

EL SEGURO A PRIMERA PERDIDA APLICADO EN LA LEGISLACION  
COLOMBIANA

ALBERTO FLOREZ CASTILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR  
FACULTAD DE DERECHO

Barranquilla, noviembre de 1987



134368

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

DR F 0825

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR  
HEMEROTECA  
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA  
BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR  
BIBLIOTECA  
BARRANQUILLA

Barranquilla, noviembre 13 de 1987

Doctor

CARLOS LLANOS SANCHEZ

Decano Facultad de Derecho

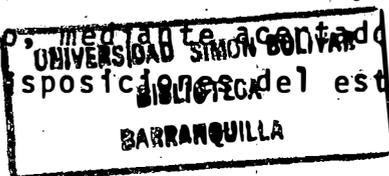
Universidad Simón Bolívar

E. S. D.

Distinguido Doctor :

Como profesor designado por la universidad para desempeñar la función de Director de Tesis del proyecto presentado por el egresado ALBERTO FLOREZ CASTILLA, a quien manifiesto que después de haber efectuado minucioso y detenido examen y revisión del trabajo realizado, y observando que el mismo, se ajusta al esquema o plan general esbozado para el desarrollo del citado proyecto de tesis denominado: "EL SEGURO A PRIMERA PERDIDA APLICADO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA", de inmediato paso a rendir concepto, previo las siguientes consideraciones:

La monografía redactada por el estudiante en mención, con la que aspira a que la universidad le otorgue el Título de Abogado, contiene elementos de juicio y esfuerzos para lograr una exposición, interpretación y análisis objetivo, técnico y práctico de este tipo especial de contrato en Colombia, o sea, el Contrato de Seguro, contribuyendo a plantear con su proyecto de tesis : "EL SEGURO A PRIMERA PERDIDA APLICADO EN LA LEGISLACION COLOMBIANA", la comprensión directa, inmediata y general de los elementos, características y aspectos sustanciales de dicho contrato, mediante los comentarios de la reglamentación y disposiciones del esta



tuto comercial que lo cobijan y desarrollan, así como a través de la síntesis de importantes jurisprudencias y de conceptos de insignes tratadistas, expertos en esta materia específica del Derecho Mercantil Colombiano.

Por estas circunstancias, estimo justo rendir CONCEPTO FAVORABLE a la elaboración y aspiraciones del egresado ALBERTO FLOREZ CASTILLA.

Del Señor Decano, atentamente,

  
ALCIDES PATERNINA MARTINEZ  
Profesor Universidad Simón Bolívar.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR  
BIBLIOTECA

BOGOTÁ, COLOMBIA

**EL SEGURO A PRIMERA PERDIDA APLICADO EN LA LEGISLACION  
COLOMBIANA**

**ALBERTO FLOREZ CASTILLA**

**Tesis de Grado como requisito para optar al título de  
Abogado**

**CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO**

**SIMON BOLIVAR**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Barranquilla, noviembre de 1987**

CUERPO DIRECTIVO

RECTOR : DR. JOSE CONSUEGRA HIGGINS

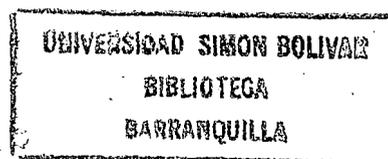
SECRETARIO GENERAL : DR. RAFAEL BOLAÑOS MOVILLA

DECANO : DR. CARLOS DANIEL LLANOS S.

VICEDECANO : DRA. EMILIA DAZA DAZA

DIRECTOR CONSULTORIO  
JURIDICO : DR. ANTONIO SPIRKOS

DIRECTOR DE TESIS : DR. ALCIDES PATERNINA MARTINEZ



T  
346.086 861  
F.632

Nota de Aceptación

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

Barranquilla, noviembre de 1987

## AGRADECIMIENTOS

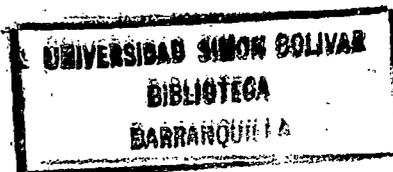
Tratándose de un trabajo que a no dudarlo significa para el autor parte de sus propósitos, debo agradecer sinceramente la decidida colaboración del doctor ALCIDES PATERNINA, quien en su condición de Asesor de Tesis me orientó hasta alcanzar esta meta.

Así mismo agradezco al doctor CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar y a todos los profesores de esta Casa Modelo de Desarrollo, quienes con sus aportes hicieron posible mi anhelada aspiración.

Finalmente son mis parabienes para la organización de SEGUROS BOLIVAR S.A. y para su Gerente en Barranquilla, quien hizo posible mi participación en varios seminarios, en donde y en la medida de su desarrollo maduré la idea y obtuve el material casi suficiente para la realización de este trabajo que hoy formará parte de nuestra Alma Mater como aporte para la Catedra de Derecho Comercial.

## DEDICATORIA

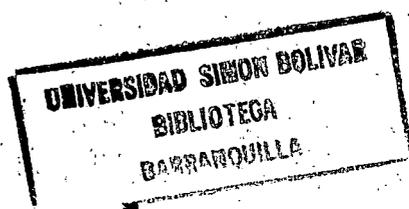
Con la satisfacción de haber cumplido mi propósito dedico este trabajo que resume parte de mi permanencia en la actividad aseguradora, a mi querida esposa y a mis tres hijos, que a pesar de los devenires que nos deja el transcurrir por la vida fueron los impulsores y me apoyaron en todos y cada uno de los momentos que fueron necesarios en la proyección y cumplimiento de este ideal.



## TABLA DE CONTENIDO

	pág
INTRODUCCION .....	10
PRIMERA PARTE .....	18
I. ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGALES DEL SEGURO...	20
1.1 HISTORICOS .....	20
1.1.1 Primitivos aspectos del seguro en la antigüedad y en la edad media .....	20
1.1.2 Nacimiento del contrato de seguro marítimo..	22
1.1.3 Fuentes legislativas que regulan la disciplina privatista del contrato de seguros.....	28
1.1.4 Aparición de los seguros terrestres y de la empresa de seguros .....	30
1.2 LEGALES .....	33
1.2.1 La Corona Española .....	33
1.2.2 El Código de comercio terrestre del Estado de PANAMA .....	33

	pág
2.3.2 Aleatoriedad.....	65
2.3.3 Bilateralidad.....	67
2.3.4 Onerosidad.....	69
2.3.5 De ejecución sucesiva.....	69
2.3.6 De adhesión.....	70
2.3.7 El seguro es un contrato en consideración a la persona.....	73
2.3.8 El seguro es un contrato de buena fé.....	74
2.4 PRINCIPIO INDEMNIZATORIO DEL CONTRATO DE SEGUROS.....	77
2.5 LA SUBROGACION.....	85
2.5.1 Condiciones de existencia.....	86
2.5.2 Efectos.....	86
2.5.3 Eventos en que no hay lugar a la subrogación	88
2.6 LA PRESCRIPCION.....	91
2.6.1 Prescripción ordinaria en el contrato de seguros.....	92
2.6.2 Prescripción extraordinaria en el contrato de seguros.....	96
2.7 EL MERITO EJECUTIVO DE LA POLIZA DE SEGUROS..	99
2.8 PROCEDIMIENTO PARA LA OBJECION DE UN SINIESTRO	106

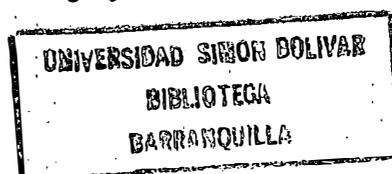


	pág
RECAPITULACION .....	108
TERCERA PARTE .....	111
III. SEGURO A PRIMERA PERDIDA .....	113
3.1 UBICACION .....	113
3.1.1 El Sobreseguro .....	114
3.1.2 El Infraseguro .....	116
IV. SEGURO A PRIMERA PÉRDIDA .....	120
4.1 CARACTERISTICAS FUNDAMENTALES .....	121
4.2 CLASIFICACION DEL SEGURO A PRIMERA PERDIDA....	126
4.2.1 A Primer riesgo relativo.....	126
4.2.2 A Primer riesgo absoluto .....	127
CONCLUSION .....	133
BIBLIOGRAFIA .....	138

## INTRODUCCION

El seguro, entendido como una forma de protección patrimonial del individuo, no es ciertamente invención del mundo contemporáneo. Sus antecedentes conocidos más remotos se ubican probablemente en Hammurabi, en cuya legislación se encuentran algunos signos, pudiendo ser rastreado en Palestina, encontrando algunas connotaciones en los pueblos nómadas y en el tráfico del comercio en caravanas, ubicándolo en los pueblos que ejercían su influjo en tierra firme, entendiendo su desarrollo como una forma de avanzada civilización de los pueblos en la medida en que la finalidad de tal figura fue tornándose en protección personal del individuo, el cual ya no necesariamente tendría que arriesgar su integridad personal o la totalidad de su patrimonio, para hacer frente a las contingencias que se presentaran en sus negocios.

Varias formas se vieron a través del largo proceso evolutivo: Ya desde la antigua Roma se había sentado la noción precisa del riesgo, el cual palpaban por ejemplo, en materia de transporte de mercancías por encargo, con la deten

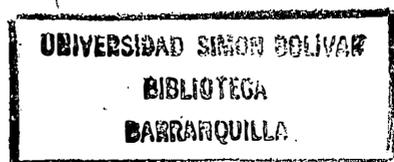


ción que sufriera la persona encargada de transportar, todo ello medido por el perjuicio de carácter económico que sufriera el dueño de la mercancía.

Fueron amplios concededores de las obligaciones a término y a condición, sufriendo así mismo los riesgos del crédito, el cual procuraban conjurar con garantías de carácter personal o real, como forma avanzada de responsabilidad.

La edad media encuentra en Portugal las denominadas " Cajas de Socorro ", para auxilio de enfermedades y muerte, inspirados en el precioso vehículo de la confraternidad, para luego, con la protección estatal crear la comunidad forzada del seguro entre los propietarios de naves, como que era en ese entonces la muestra más clara de comunicación entre los hombres. Indudablemente la actividad del transporte fue fuente suficiente de inspiración para la determinación del riesgo y sus formas de cubrimiento.

A finales de la edad media Portugal y España comienzan a pensar en el seguro a prima fija, actitud imitada por muchos otros pueblos, las cuales la toman en cuenta en sus legislaciones de finales de edad media y comienzos de la moderna, tratando el seguro a prima fija especialmente en el seguro marítimo.



Encontramos en 1537 las Ordenanzas de Sevilla, San Sebastián, Barcelona y Burgos. Ya el seguro de transporte aparece en remplazo del seguro de mar, a partir del siglo XVI, al igual que los seguros de vida.

Inglaterra puede ser considerada como la cuna del seguro científico, abanderado por figuras como Juan Witt, quien junto con Halley dió los primeros pasos para la formación de estadísticas y el desenvolvimiento del estudio de las probabilidades.

El seguro tal como se perfilaba, cobró rápidamente gran aceptación y poco a poco cobró cabida en las legislaciones de los distintos países con aplicación a las diversas actividades del hombre, lo cual permitió su desarrollo y evolución a los modernos términos actuales.

Indudablemente el seguro que como adelante se verá, surgió por la natural solidaridad instintiva del hombre, por el natural apoyo hacia los demás, no por ello menos por el afán de protección económica o por la onerosidad de las actividades de otro, fué acomodándose en la mentalidad de las personas con sus principios fundamentales. Así encontramos que comienza siendo indemnizatorio y ya desde las épocas remotas de su aparición se tenía claridad sobre los conceptos de riesgo, interés asegurable, prima y obligación

condicional; igualmente, desde los comienzos mismos de la figura se sancionaba la mala fé de alguna de las partes y se desautorizaba lo que en la actualidad es conocido como riesgo putativo.

Casi sin ningún temor podría afirmarse que la figura del seguro como tal, no ha sufrido en las legislaciones modernas ningún cambio fundamental a la que fue su estructura inicial, ni ha recibido de éstas aportes significativos. Creo más que el seguro es como los buenos vinos, producto de una larga maduración.

De otro lado, tal como actualmente está concebido entre nosotros el contrato de seguro, se debe al influjo de la legislación española e italiana, por ello hoy podemos decir que la primera compañía de seguros se fundó en 1686, con el nombre de Compañía General para los Seguros aventuras de Francia en la ciudad de París.

Para mediados del siglo XVII, mientras Luis XIV lograba instalar en el trono español a su nieto Felipe, en Londres se creaba una de las instituciones más peculiares del seguro moderno, que ha sido llamada por los historiadores "Pilar del Imperio Británico".

En un modesto café de Lombard Street de propiedad de Ed

ward Lloyd, acostumbraban reunirse los interesados en las noticias sobre cargamentos y embarcaciones. Cada vez que se tenía noticia del zarpe de una nave, los concurrentes discutían los riesgos y peligros del viaje y quienes querían tomar parte en la aventura marítima suscribían su nombre bajo el aviso que contenía los detalles pertinentes. Este fue el origen de la palabra "underwriter" que ha sido incorporado al léxico de los aseguradores.

En 1774 el local de Lloyd's se hizo insuficiente y la institución se trasladó a su histórica sede en Royal Exchange ya un poco más tecnificado. El Lloyd's como institución no es una compañía, es una asociación o bolsa en donde hoy por hoy más de 1.800 aseguradores asumen riesgos simultánea pero separadamente, o sea que cada persona o asociación son responsables por ser parte proporcional en el seguro.

En Colombia desde la adopción de la carta constitucional de 1821, hasta la promulgación del primer Código Nacional de Comercio, el contrato de seguro estuvo regulado por las ordenanzas de Bilbao en su revisión de 1737, que se dejaron vigentes como ley de la República en virtud del artículo 188 de la Constitución citada.

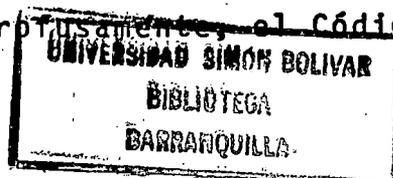
En 1853 se sancionó el primer Código Nacional de Comercio,

que era una versión modificada del Código Español de 1829 y regulaba tanto el comercio terrestre como el marítimo.

Al triunfar la tendencia federalista con la Constitución de 1858, quedaron los estados soberanos en libertad de adoptar sus propios códigos. Así, del Código de 1853 solo siguió en vigencia el libro sobre comercio marítimo que luego fue sustituido por una nueva modificación adoptada en 1870 y editada oficialmente en 1874.

Reconstituida la nación como República unitaria por la Constitución de 1886, se unificó la Legislación del país mediante la Ley 57 de 1887, que adoptó, en materia de Derecho Comercial Marítimo, el Código Nacional, edición 1874 y en lo tocante al comercio terrestre, el código del extinguido estado de Panamá en 1869. El Código adoptado para el comercio marítimo había sido tomado casi textualmente del chileno de 1866.

El del comercio terrestre, aunque también tenía su origen en el de Chile, había sido modificado en aspectos sustanciales. Desde esa época los juristas se tuvieron que enfrentar, en materia de derecho mercantil, a dos códigos que no armonizaban en todos sus concepciones básicas y que nunca tuvieron la misma difusión, en tanto que el Código terrestre fue editado y comentado por



marítimo se convirtió en una curiosidad bibliográfica reservado a unos pocos juristas y a las oficinas públicas.

Poco tiempo después y como complemento para regular ciertos aspectos del seguro de transporte, se dictó la Ley 27 de 1888, que trata del valor asegurable de las mercancías, el seguro de flete y la inclusión de las comisiones; la necesidad sentida y comentada durante décadas de expedir un código de comercio adecuado a la realidad mercantil y a los nuevos sistemas, fué motivo determinante para que en 1953 se creara una comisión revisora de los conceptos y soluciones sobre la materia.

La Asociación Colombiana de Compañías de Seguro solicitó la colaboración a los tratadistas Víctor Cock y J. Efén Ossa para que elaboraran un anteproyecto relativo al Contrato de seguro.

El trabajo se realizó y con el concurso de los doctores Alvaro Pérez Vives, Emilio Robledo Uribe y José Galieno Pinzón, el proyecto de Código fue presentado por la comisión a la consideración del Congreso Nacional en 1958 y de él se hizo una publicación nacional.

Este proyecto parecía estar destinado a morir diez años después en 1968, previa revisión final el Presidente auto

rizó la expedición del proyecto de ley sobre el Código de Comercio y que consulta la realidad actual al juzgar el Decreto Ley 410 de 1971, conocido como el Nuevo Código de Comercio.

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

BIBLIOTECA

REPOSICION

## PRIMERA PARTE

SUMARIO : I. Antecedentes Históricos y Legales del Seguro;

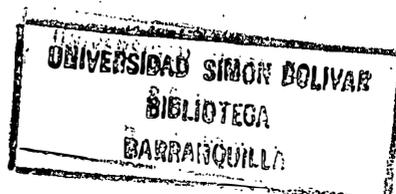
1.1 Históricos; 1.1.1 Primitivos aspectos del seguro en la antigüedad y en la edad media; 1.1.2 Nacimiento del contrato de seguro marítimo. Notas características; 1.1.3 Fuentes legislativas que regulan la disciplina privatista del contrato de seguro. Las Ordenanzas de Barcelona; 1.1.4 Aparición de los seguros terrestres y de la empresa de seguros (Siglos XVII y XVIII).

1.2 Legales : 1.2.1 La Corona Española; 1.2.2 El Código de comercio terrestre del Estado de Panamá.

SINOPSIS : Pretender rastrear hasta el más remoto origen histórico a una figura tan importante como la del seguro, constituye no solo una torpeza, sino un esfuerzo poco menos que inútil, debido a la gran cantidad de detalles históricos que no obstante su influjo en la figura se han perdido en la noche de los tiempos, por no haber sido escritos, por constar solo en el fuero interno del indi

viduo.

Pero aún así, he procurado ir lo más remotamente posible para encontrar detalles característicos en Roma, en la edad media, Grecia y Hammurabi, procurando en lo posible destacar los datos y detalles más importantes de cada etapa en la evolución.



## I. ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGALES DEL SEGURO

### 1.1 HISTORICOS

1.1.1 Primitivos aspectos del Seguro en la antigüedad y en la edad media. Como todo instituto, el seguro ha tenido una larga gestación y ha debido salvar numerosas dificultades para obtener su independencia conceptual.

La asociación mutua de numerosas personas debida al espíritu natural de recíproca asistencia se pierde en la noche de los tiempos, y podemos afirmar que ella nace como un fenómeno normal de la humanidad.

En oriente, Grecia y Roma se encuentran asociaciones que mediante la contribución de todos sus miembros hacían frente a las pérdidas originadas por la destrucción de naves, muerte de animales, gastos funerarios o derivados de actividad militar.

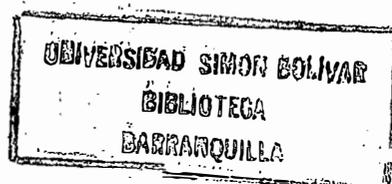
También en Roma hay algunos gérmenes de la transferencia

del riesgo de un sujeto a otros, pero en todos los casos ello aparece como accesorio de un contrato principal, como sucede en el préstamo marítimo (foenus nauticum), en el cual el capitalista entrega en concepto de mutuo una suma de dinero a un empresario de transporte para que la emplee en una determinada aventura marítima, con la obligación de restituirla con un fuerte interés si la empresa se cumple felizmente, librándose de toda obligación en caso contrario. Aquí nos encontramos frente a un contrato de mutuo aleatorio, sin que pueda hablarse de la existencia de rastros de una relación autónoma de asunción de riesgo.

En la edad media el fenómeno asociativo con fines de asistencia se generaliza en las Gildas Anglosajonas, las comunidades de ciudadanos y miembros de la Iglesia, el agermanamento y la colonia italiana, como se ha dicho.

Por su parte el comercio marítimo ensaya algunas estipulaciones dedicadas a transferir los riesgos del mar, haciéndolo a través de una cláusula accesorio de otros contratos, como el mutuo y la compra-venta.

Primeramente aparece bajo la forma de un contrato de préstamo marítimo por el cual el asegurador finge haber recibí



do un préstamo de quien debe cumplir la expedición, librándose de restituir la suma percibida en caso de feliz arribo de la nave.

Más tarde, la prohibición canónica del préstamo marítimo con interés hace que se busque en la compra-venta la forma de disimular este tipo de operaciones. De esta manera el asegurador compraba la nave o las mercaderías aseguradas bajo la condición resolutive de "salvo"arribo". El precio de las cosas compradas, que remplazaban la indemnización pactada, era pagada solo en caso de siniestro.

1.1.2 Nacimiento del contrato de seguro marítimo. Notas características. Posteriormente, con la aparición de la póliza, el contrato de seguro va modelando su estructura jurídica suplantando la concepción de la compra-venta condicionada de los objetos asegurados por la compra-venta del riesgo a correrse (emptio o venditio periculi). Luego esta práctica resultó también ficticia, y la doctrina dominante se sigue afirmando sobre la idea de considerar al contrato de seguro como un contrato innominado desde el punto de vista jurídico, si bien en la práctica había recibido el nombre de "seguro" (assecuramentum), desde el dictado de un decreto genovés del año 1309.

Si los documentos de la primera mitad del siglo XIV ( Es

tatutos de Calimala de 1318; Breve Portus Kalaritani establecido en Pisa en 1318; Libros de Comercio de Francisco del Bene, 1318/1320 y documentos de Grosseto, 1329 ), dan lugar a dudas, el más antiguo contrato de seguro a prima que ha llegado a nosotros es del año 1347.

Madre del seguro a prima fue Italia de la primera mitad del siglo XIV. Fueron las ciudades de Alto Tirreno, Florencia y Génova, y más tarde las del Alto Adriático, especialmente Venecia, las que se dedican a este comercio. De las ciudades Tirrenas se pasa rápidamente a las ciudades mediterráneas de Francia y España (Cataluña, en primer lugar ) y más tarde al norte de Francia, los Países Bajos y a las ciudades de la Hansa Teutónica, por obra de aseguradores italianos.

En poco más de un siglo el contrato de seguro marítimo inicialmente revestido bajo las formas de préstamo marítimo y de compra-venta de las cosas a riesgo corrido, adquiere su autonomía propia y estructura casi moderna (asegurador, asegurado, póliza, riesgo, prima e interés).

Surgimiento de las principales notas características del seguro:

Vivanti sostiene que "El seguro marítimo aparece como un

contrato de apuesta, del que se diferencia cuando aparece la empresa aseguradora" 1/.

Morandi a su vez dice : ..... " Históricamente aparece, desde un comienzo, como un contrato indemnizatorio" 2/. Esta distinción es muy importante para explicar la razón de ser de ciertos requisitos que se impusieron por la legislación para admitir este tipo de contratación y que hoy aparecen como características propias y definitivas del instituto.

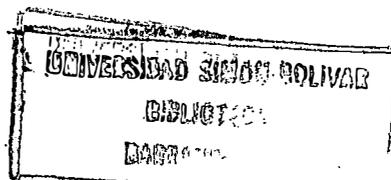
Así encontramos la aparición de los siguientes : La regla de la proporcionalidad en los casos de infraseguro o de seguro acumulativo, si bien digno es destacar que las primeras leyes, como las Ordenanzas de Barcelona de 1435, 1458 y 1484, sancionaban con la nulidad los contratos celebrados con posterioridad al primero.

También se va acentuando la exigencia del seguro de un "interés legítimo" sobre la cosa asegurada, que puede ser de naturaleza distinta del nacido de una relación de propie

---

1/ VIVANTE. II contratto di Assicurazioni. Milano 1855 -1890. Tomo 1. Capítulo I.

2/ MORANDI. Estudios de Derecho de Seguros. Editorial Panedille, Buenos Aires.



dad, criterio que se reforzó por la legislación de la época con la prohibición de asegurar los bienes por su valor íntegro, como lo hicieron las Ordenanzas de Barcelona (1484), Burgos (1538) y Sevilla (1556), lo que actualmente se mantiene en nuestro Código.

Por otra parte, se considera como de la esencia misma del contrato la obligación del asegurado de revelar al asegurador, todas las circunstancias relacionadas con el riesgo, lo que dió motivo para que los juristas de la época desarrollasen la doctrina de la invalidez del contrato por declaración errónea, falsa o reticente del asegurado, y que tiene vigencia legislativa en todos los códigos del mundo con redacción similar y parecida.

Cabe destacar que tal figura se encuentra consagrada en nuestro estatuto comercial vigente, a través del artículo 1.508, con las consecuencias allí señaladas para las distintas eventualidades que pueden presentarse. Tales sanciones van desde la nulidad relativa del contrato de seguro, hasta la reducción de la indemnización en caso de siniestro.

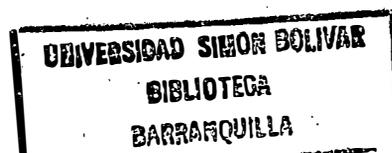
Con relación al riesgo asegurado, también se van consolidando algunos principios de carácter general que han servido a través del tiempo hasta nuestros días. Así las Or

denanzas de Barcelona de 1435 (artículo 2o.) y 1484 ( art. 9o.), el Estatuto de Florencia en 1526 y las Ordenanzas de Sevilla de 1556 (art.45) y de Bilbao de 1560 (arts. 27y 55) sancionan la nulidad del contrato de seguro cuando el asegurado sabía que el siniestro se había verificado o el asegurador tenía el conocimiento de que aquel no se produciría.

En Colombia, en la legislación comercial vigente, es cierto que se sanciona la mala fé con las consecuencias anotadas, pero también lo es que en materia de seguro marítimo se permite el riesgo putativo, permisión prevista en el artículo 1.706 del Código de Comercio.

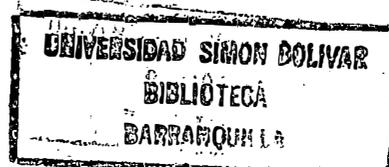
Además, se excluían expresamente ciertos riesgos ajenos a la navegación marítima, como los derivados del "vicio propio" de las cosas y a las que se refieren las Ordenanzas de Burgos de 1538 y de Bilbao de 1560, en sus artículos 8, 49, 50 y 65. También se hallaban fuera de toda cobertura los provocados por el "hecho propio del asegurado", la batería del capitán y el contrabando.

Las Ordenanzas de Barcelona de 1534, 1458 y 1484, los Estatutos de Florencia de 1523 y 1526, y las Ordenanzas de Burgos de 1538, Sevilla de 1556, Bilbao 1560 y especialmente la de Amberes de 1570, exigían que todos los elementos que



servían para determinar el riesgo como el viaje, el nombre de la nave, del capitán, del cargador y de la ruta, debían ser perfectamente especificados en la póliza de seguro, rigor que paulatinamente se fue morigerando. Al asegurado se le dió la libertad de seguir la ruta más conveniente, y el nombre del capitán se reemplazó por la fórmula "vel alium proreo". La indeterminación del nombre de la nave era solamente admitida con respecto a las mercaderías que, destinadas a los puertos de Cádiz y Lisboa, debían ser trasbordadas a otras naves. Solo a partir de 1433 la fórmula "inquovis" es adoptada en los contratos de seguro. La Ordenanza de Barcelona de 1484 que es la primera que la menciona, la prohíbe. El Estatuto de Florencia de 1523 la permite con limitaciones. La ordenanza de Burgos de 1538 (artículo 23) y la Ordenanza de Sevilla de 1556 ( artículos 43 y 45) sólo la admiten para las mercaderías provenientes de América. La Ordenanza de Bilbao de 1560 (art. 4o.) la acepta libremente y el Guidón de La Mer (cap.XII) y la Ordenanza de la Marina (I, III, t.VI, Cap.IV) la sancionan sin limitaciones.

El industrial asegurador empezó siendo una persona individual, pero pronto aparece la explotación del seguro por obra de una agrupación de personas, unidas generalmente en forma de sociedad, para el ejercicio profesional de esta actividad, o simplemente para distribuirse entre ellas



el riesgo asumido, dando origen en este último caso al sistema de coaseguro, que hallará más tarde su mejor exponente en el "Lloyd's de Londres".

Con respecto al pago de la prima que en principio se consideró como un compromiso del asegurado, condicionado en cuanto a su cumplimiento, a la verificación del siniestro, pausadamente se lo fue concibiendo como la contraprestación del deber asumido por el asegurador de resarcir los daños. De esta manera ambas obligaciones se fueron perfilando como los elementos de una nueva relación sinalagmática que fue tomando carta de ciudadanía en el orden jurídico existente y adquiriendo los títulos de nobleza necesarios que le permitieron reclamar la jerarquía derivada de su autonomía conceptual siempre creciente.

1.1.3 Fuentes legislativas que regulan la disciplina privatista del contrato de seguro. Las Ordenanzas de Barcelona. El seguro, como creación de los hombres vinculados a esa actividad, recibe de los prácticos sus primeras bases, siendo las pólizas las que le dan su primera disciplina. Es así como a fines del siglo XIV la uniformidad de las normas contractuales determina las primeras pólizas de plaza, que, como las de Pisa (1385) y Florencia (1397), asumen una gran influencia interpretativa para la solución de los casos concretos. De esta manera cuando existe duda.

acerca de la extensión y modalidad de una cláusula de póliza de una plaza, se resuelve con el auxilio de una póliza perteneciente a otra, método que se va afirmando en nuestra materia con la afirmación del derecho "viviente". Así hallamos en 1567 la póliza anconitana haciendo expresos reenvíos en los casos de duda a su similar florentina.

Sobre estas normas el derecho viviente se va construyendo paulatinamente la legislación. En primer lugar la italiana de fines del siglo XIV, que persigue respecto de este contrato únicamente fines de "orden público", como la genovesa de 1369, la de Florencia de 1393 y la veneciana de 1411 y 1468, que prohíben la usura y el ejercicio de esta actividad a extranjeros.

Cuando la primacía comercial pasa a manos de España, comienzan a dictarse las primeras ordenanzas que "regulan el contrato"... Aparecen así las Ordenanzas de Barcelona de 1435 ; 1458 y 1484 ( incluidas en el Consulado del Mar), de Burgos en 1538, de Sevilla en 1556, de Bilbao 1569 y de San Sebastián en 1682. Estos cuerpos legislativos son los primeros que disciplinan el contrato de seguro marítimo y consagran a España como la cuna del derecho de seguro. Este ejemplo legislativo español fue imitado rápidamente por Italia. Son de esa época los Estatutos de Florencia en

1523 y de Génova de 1588 y 1610 y de los Países Bajos, donde se dictan entre otras, la Ordenanza de Amberes de 1570. Luego en Francia aparecen el Guidon de la Mar a mediados del siglo XVI y en 1681 la célebre Ordenanza de La Marien, inspirada por Golbert, con la que el seguro marítimo concluyó su período constructivo y comienza el camino de su legislación moderna.

Los siglos XIV, XV, XVI y XVII se caracterizan por el surgimiento del contrato de seguro marítimo y la formación integrativa de sus rasgos esenciales, período que concluye con la sanción de las Ordenanzas francesas, que ejerce influencia decisiva en toda la legislación posterior y será la fuente directa del Code de Commerce.

1.1.4 Aparición de los Seguros terrestres y de la empresa de seguros (Siglos XVII y XVIII). A mediados del siglo XVII, el seguro, nacido de la necesidad de amparar los daños en el transporte marítimo, expande sus principios a los seguros terrestres mediante la aplicación analógica de su técnica en sazón.

Este período que se extiende hasta fines del siglo XVIII, se caracteriza por el desarrollo de los seguros terrestres y de la empresa de seguros, correspondiéndole a Inglaterra la supremacía de esta evolución.

El seguro de incendio, que hasta 1666 se había desenvuelto bajo las formas primitivas de la mutualidad, a raíz del gran incendio que se produjo ese año en Londres donde que daron destruidas más de trece mil casas y sin albergue más de veinte mil personas, comenzó su desarrollo técnico y científico. Este hecho marca un halón muy importante en la historia del seguro en general, porque motivó en Inglaterra la organización de este seguro mediante la fundación de numerosas sociedades por acciones, mientras en el continente europeo se inclinó su desarrollo por el seguro nacional. Son de esta época La Fire Office 1667, creada por el doctor Barbón; La Friendly Society 1684, que se disputó con aquella a partir de 1686 la egemonía en este terreno; La Hand and Hand 1690; La Lombard House, 1704 y la Phoenix 1705.

El seguro de vida surge en Inglaterra mediante la contribución de tres factores fundamentales : el organizativo, el técnico y el Jurídico.

En este período se constituyen las empresas de seguro con un sentido moderno como consecuencia de la importancia siempre creciente del comercio, de la profesionalidad con que se ejercitaba la actividad aseguradora y se utilizaba el nuevo instrumento de la sociedad por acciones.

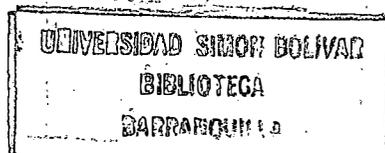
El factor técnico estuvo constituido por la confección de las primeras tablas de la mortalidad y la adopción al seguro, efectuada por Bernouille, del cálculo de probabilidades aplicado ya para los problemas demográficos y para la renta vitalicia en Holanda.

El elemento jurídico está representado por la sanción del Gambling Act de 1774, que declara válidos los seguros sobre la vida de un tercero cuando existe "interés legítimo del estipulante" sobre la vida de aquel.

Más tarde, la legislación europea se limitará a exigir un simple interés o el consentimiento por escrito del tercero, eliminando la relación entre suma asegurada e interés asegurable. Con ello el seguro de vida se independiza definitivamente de la apuesta.

Sobre estas bases, en 1762 se constituye en Londres la "equitable Society", que aún existe y es la primera compañía de seguro de vida en la acepción actual de la palabra, que descansa sobre una base científica.

El ejemplo inglés fue seguido más tarde en Francia donde un decreto del 3 de noviembre de 1787 del Rey Luis XVI autoriza el ejercicio de la rama vida a la Compagnie Royale d'Assurances Generales" que hasta ese momento operaba en



incendio confiriéndole un monopolio por quince años, superándose de esta manera la prohibición que regía por la Ordenanza de 1681.

## 1.2 LEGALES

1.2.1 Es indudable el influjo ejercido por la Corona Española en los pueblos del nuevo mundo. Ello es tangible con la preponderancia y vigencia de las distintas leyes emitidas, las cuales en buen número rigieron en el Nuevo Reino hasta más allá de la independencia, encontrando que en la recopilación de las Leyes de los Reinos de Indias, el libro IX, está dedicado al seguro, auncuando también las Ordenanzas de Sevilla y Bilbao.

1.2.2 En 1853 Panamá sanciona su primer Código Nacional de Comercio, versión un tanto variada del ya mencionado Código de Comercio español de 1829, en donde se reglamentaba conjuntamente los comercios marítimos y terrestres.

Fue aquel el adoptado por el Estado Colombiano, conservando vigencia hasta 1972, cuando entró a regir el Decreto 410 en el que se regulaba todo lo concerniente con la materia,

El Código de Comercio anterior que entró a regir en Colom

bia por virtud de la Ley 57 de 1887 <sup>3/</sup>, traía en su artículo 634 una extensa e incompleta definición; con base en ella una persona natural podía asumir la calidad de asegurador, lo que cumplió su ciclo histórico, por ser conveniente, en los primeros tiempos del seguro, pero que afortunadamente por razones de organización, seguridad y control estatal, fue reformado por la Ley 105 de 1927, en el sentido de que solo pueden ser aseguradores las personas jurídicas constituidas como sociedades anónimas.

Código de Comercio Terrestre, artículo 634 : " El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona natural o jurídica toma sobre sí, por un determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida o cualquier otro daño estimable, que sufran los objetos asegurados.

---

3/

Art.10: "Regirán en la República noventa días de la publicación de esta Ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los Códigos siguientes:... El de Comercio del extinguido Estado de Panamá, Sancionado el 12 de octubre de 1869, y el nacional sobre la misma materia, edición de 1884, que versa únicamente sobre el comercio marítimo.

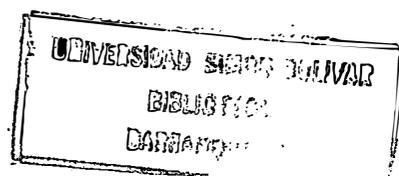
Definición extensa e incompleta pues no incluye los seguros personales, limitando además los posibles riesgos asegurables. Obsérvese además, que tampoco trataba el seguro marítimo.

## RECAPITULACION

La evolución del contrato de seguro, si bien ha sido lenta a través de todos los tiempos, también ha sido precisa y determinante de las notas características que lo gobiernan aún hoy día.

Sus primeros orígenes fueron marcados por el carácter meramente indemnizatorio —ya se le tratara como apuesta o a riesgo corrido— por el afán del hombre de restablecer, por lo menos en parte, aquella parte de su patrimonio que resultó afectada por la ocurrencia de un riesgo en una de sus empresas. Así se conservó en su evolución y así se ha mantenido en todas las legislaciones desde la española hasta las más modernas de la época actual.

Si bien el Código de Comercio Terrestre del Estado de Panamá; adoptada luego por el Estado colombiano, trataba en un solo libro el comercio terrestre y el marítimo; es bueno dejar en claro de entrada, que en el Decreto 410 de 1971, el cual puso en vigencia el actual Código de Comercio Colombiano; estos temas se trataron por separado.

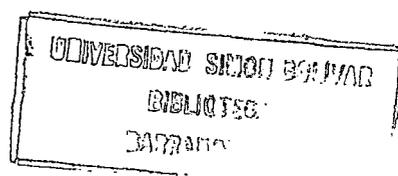


Lo que no se hace en el Código de Comercio vigente en la actualidad, es definir lo que es el contrato de seguro, pero se remplace señalando sus características principales en el artículo 1.036.

En la enunciación que de ellas hace el artículo en comento se puede notar que son las mismas que se han venido enunciando desde los primeros orígenes del contrato.

Podemos agregar sí, que existen algunos nuevos aportes por la doctrina pero de ellas nos ocuparemos en la segunda parte de este estudio.

Igual cosa podemos anotar respecto de los elementos esenciales del contrato de seguro. Estos se han mantenido desde que el seguro es un contrato y en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia han aportado algunas variaciones y modalidades que, sin desconocerlos, buscan hacer más flexibles su imposición.



## SEGUNDA PARTE

SUMARIO : II. Ubicación Legal y conceptual del seguro;

2.1 Partes en el Contrato.

2.2 Elementos esenciales del contrato de seguro; 2.2.1 El interés asegurable; 2.2.1.1 En los seguros de daños; 2.2.1.2 En los seguros de personas; 2.2.1.3 Permanencia del interés asegurado; 2.2.2 El riesgo asegurable; 2.2.2.1 Que sea un suceso incierto; 2.2.2.2 Que no dependa exclusivamente de la voluntad del tomador; 2.2.2.3 La realización del riesgo da origen a la obligación del asegurador; 2.2.3 La prima o precio del seguro; 2.2.3.1 Proporcionalidad de la prima; 2.2.4 Obligación condicional del asegurador.

2.3 Características del Seguro; 2.3.1 Solemnidad; 2.3.2 Aleatoriedad; 2.3.3 Bilateralidad; 2.3.4 Onerosidad; 2.3.5 De ejecución sucesiva; 2.3.6 De Adhesión; 2.3.7 El seguro es un contrato en consideración a la persona; 2.3.8 El seguro es un contrato de buena fé.

2.4 Principio indemnizatorio del contrato de seguro.

2.5 La subrogación; 2.5.1 Condiciones de existencia;

2.5.2 Efectos; 2.5.3 Eventos en que no hay lugar a la subrogación.

2.6 La prescripción; 2.6.1 Prescripción ordinaria en el contrato de seguro; 2.6.2 Prescripción extraordinaria en el contrato de seguro.

2.7 El mérito ejecutivo de la póliza de seguro.

2.8 Procedimiento para la objeción de un siniestro.

SINOPSIS : Esta segunda parte toca ya las características y elementos vertebrales en el contrato que se estudia.

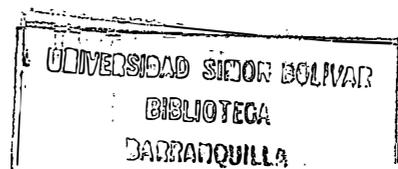
El contrato de seguro se ubica legal y conceptualmente dentro de la esfera de lo contractual, en cuyo marco se analizan sus elementos esenciales y principales características, puntos éstos tratados bajo la gúfa del criterio de reputados tratadistas, lo cual facilita mucho el buen entendimiento de la figura.

En donde ha sido pertinente se ha hecho el análisis compa

rativo con el código de Comercio terrestre del Estado de Panamá, vigente hasta 1971. Sin embargo, tal comparación fue más que todo para dejar el antecedente de carácter legal, pues es sabido que en la época actual el contrato se conserva con ligeras modificaciones. Algunos puntos han variado y de ello se ha dejado la constancia del caso, como por ejemplo en lo que al asegurador se refiere, encontrando que en la actualidad solo puede ejercer tal función una sociedad anónima constituida como aseguradora, vigilada hasta el extremo por el Estado a través de la Superintendencia Bancaria.

Se trata pues lo principal del contrato de seguro: sus elementos esenciales y características fundamentales, en relación con las cuales se tendrán en cuenta no solo las enunciadas en el estatuto legal, sino aquellas que la doctrina ha acogido como parte integrante del mismo.

Así mismo, tocaremos otros puntos que consideramos importantes como por ejemplo, la prescripción, la subrogación y el mérito ejecutivo de las pólizas de seguro.



## II. UBICACION LEGAL Y CONCEPTUAL DEL SEGURO

### 2.1 PARTES EN EL CONTRATO

Luego de extensos y pormenorizados debates en las comisiones designadas para el estudio de la reforma del régimen comercial vigente, el 27 de marzo de 1971 el Gobierno Colombiano emitió el Decreto 410 contentivo del nuevo Código de Comercio, el cual aún rige, tras conocer los acertados comentarios del doctor J.Efrén Ossa G, Alvaro Pérez Vives y otros destacados tratadistas de los que me referí en el primer capítulo.

En él se regula todo lo concerniente al seguro en sus distintas áreas y modalidades. Especialmente el Título 50. del Libro IV trata lo relativo al contrato de seguro y sin definirlo de manera expresa señala en el artículo 1.036 sus principales características, las que se encuentran reiteradas a lo largo del mismo, así como sus elementos esenciales y principios orientadores.

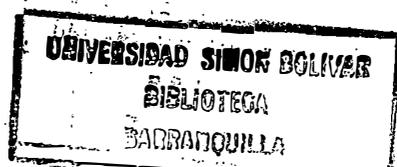
Conceptualmente el seguro se ubica dentro de la gran esfe

ra legal contractual, obedeciendo a la autonomía de la voluntad, pero enmarcada ésta dentro del rigor de normas que regulan tal disciplina en el Código Civil, artículos 1.494 y s.a. Se nutre pues de ambas disciplinas orientadoras.

En desarrollo de la autonomía de la voluntad, las partes plenamente capaces pueden y legitimadas para ello, definir si contratan o no, pero al resolver hacerlo deben sujetarse necesariamente a lo establecido por el estatuto legal y demás reglamentos y disposiciones que emite la entidad encargada de ejercer la vigilancia y control a las aseguradoras.

Solo dentro de ese marco se desenvuelve y cumple su cometido la autonomía de la voluntad particular. Y una vez llevado a cabo el respectivo contrato, este se vuelve ley entre las partes, se torna forzoso e imperativo. Sana tutela de origen legal establecida para seguridad y crédito entre las partes.

Las partes en el contrato de seguro se encuentran determinadas con precisión en el art. 1.037 del Código de Comercio. Son ellas, el asegurador, persona jurídica que debidamente autorizada para ello, asume los riesgos, y el tomador, o sea la persona que obrando por cuenta propia o aje



na traslada los riesgos.

Suele ocurrir y de hecho la práctica así lo enseña, que se confunda en una persona el tomador, asegurado y beneficiario, como por ejemplo en el seguro de automóviles. Allí nada se opone a que la persona que tome el seguro sea a la vez el asegurado y el beneficiario del mismo.

Pero hay otros casos, como por ejemplo en el seguro de cumplimiento, en donde uno es el tomador (que puede ser un corredor de seguro), otro el afianzado y un tercero beneficiario del mismo.

La existencia de este trío en esta parte de la relación contractual, la encontramos saludable para evitar incurrir en la sanción prevista en el artículo 1.055 del C. de Co. Pensemos por ejemplo en que el afianzado fuera el mismo tomador en un contrato de seguro de cumplimiento. Podrían las compañías aseguradoras verse enfrentadas, y no sería nada raro, a estar amparando su acto doloso o meramente potestativo.

## 2.2 ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO

El art. 1.501 del C. C, dice : "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de

su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente...; según el artículo 1.045 del Código de Comercio, son elementos esenciales del contrato de seguro : 1) Un interés asegurable; 2) Un riesgo asegurable; 3) La prima o precio del seguro; 4) La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno, sanción acorde con el citado artículo 1.501 del Código Civil. La común expresión " no producirá efecto alguno", nos traslada al campo de la ineficacia del negocio celebrado, la cual opera sin necesidad de declaratoria judicial por mandato expreso del artículo 897 del Código de Comercio.

De manera que para que el contrato de seguro produzca efecto de tal, es absolutamente necesario que cumpla con las exigencias mínimas requeridas por el artículo 1.045 en comento.

### 2.2.1 El interés asegurable

2.2.1.1 En los seguros de daños : El artículo 1,083 del Código de comercio hace referencia al interés asegurable

en los seguros de daños, y dice que lo tiene toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado directa o indirectamente por la realización de un riesgo. Tal interés debe ser lícito ( C.c. art. 1.517 y s.s.), y susceptible de estimación en dinero.

Es necesario pues, para que se pueda hablar de interés asegurable, que sea susceptible, de estimación pecuniaria; en los seguros de daños el valor del bien sirve de base para fijar el precio máximo de ese interés.

Sigamos al profesor López Blanco <sup>1/</sup>, quien sostiene que la estimación pecuniaria puede enfocarse no solo desde el punto de vista del daño, sino también de lucro cesante. Anota, que "la amplitud del concepto de interés asegurable hace referencia a la eventualidad de que respecto a un mismo bien coexistan diversos intereses asegurables permitidas por el artículo 1.084 del C. de Co., con la limitación concerniente a que la indemnización, en caso de producirse el hecho que la origine, no podrá exceder del valor total del bien asegurado en el momento del siniestro. Opinamos que

---

1/

LOPEZ, Blanco. Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguros. ppa.30, 31.

esta restricción se predica tan solo del daño emergente, pero que no es valla para el concepto de lucro cesante.

Efectivamente, si tomamos como ejemplo una casa, pueden tener intereses asegurables sobre ella, entre otros: el propietario, el arrendatario, el acreedor hipotecario, quienes pueden contratar un seguro que proteja sus diversos intereses, pero sin que sea posible, en principio, ante la ocurrencia de un siniestro, aspirar a que se pague una suma mayor del valor de la casa al momento del siniestro, de acuerdo con la discutible limitación que impone el artículo 1.084.

En nuestro concepto, la limitación del art. 1.084 solo opera para el daño emergente y nada tiene que ver con el lucro, que también es posible asegurar y su valor podrá ser muy superior al del bien, cuya destrucción generó ese lucro cesante.

Basta pensar en un comercio que funcione en un local que vale un millón de pesos, y cuyo arrendatario, de destruirse el local, puede sufrir lucro cesante por una suma mucho mayor que el valor mismo del local, interés asegurable que válidamente puede amparar sin consideración al precio del inmueble donde funciona su negocio.

El valor del seguro debe ser siempre igual al valor real del interés asegurado, cuando el monto es superior o inferior al valor real se presentan los fenómenos del supra seguro y del infraseguro, aspectos éstos que estudiaremos más adelante y que a lo largo del desenvolvimiento de esta industria, ha sido tema de largos tratos.

Por su parte Efren Ossa <sup>2/</sup>, afirma que el interés asegurable descansa sobre tres pilares fundamentales : El sujeto, que es la persona natural o jurídica amenazada en la integridad de su patrimonio; el objeto, que es el bien sobre el que recae la amenaza del riesgo y la relación económica entre uno y otro, que puede resultar afectada por la realización del riesgo. El interés asegurable es, por tanto, un concepto subjetivo. Y como tal es el objeto del contrato de seguro. No es la cosa misma, es la relación económica que la vincula al titular del interés mismo, relación que puede ser de propiedad, de usufructo, de arrendamiento, y que tanto puede hallarse radicada en cosas corporales como incorporales, presente y futuras, determinadas o indeterminables. Y aún en bienes inmateriales como la esperanza cierta o siquiera probable, pero profunda, de una ganancia.

---

<sup>2/</sup> OSSA, Efren. Teoría general del seguro. El contrato. Bogotá. Ed. Temis. 1984. p.67.

Soler Aleu <sup>3/</sup>, a su vez conceptúa que el interés asegurable consiste en la voluntad de querer conservar indemne un valor incorporado a una relación jurídica de contenido económico que vincula a un sujeto con un objeto; en concreto, en la voluntad de conservar un valor incorporado a un derecho subjetivo.

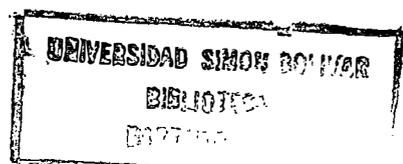
Otro requisito indispensable del interés asegurable es que sea lícito, ésto es, que el interés que se pretende proteger no sea contrario a la ley y a las buenas costumbres. \*C. de Co. Artículo 1.083 ap. 2o.).

2.2.1.2 En los seguros de personas : Adecuar el concepto de interés asegurable en los seguros de personas, resulta un tanto difícil, dada su naturaleza peculiarísima.

Tenemos que, en los seguros de personas el interés asegurable existe en cabeza del propio asegurado, interés de las personas que legalmente pueden reclamarle alimentos y todos aquellos que de algún modo sufran perjuicio económico con la muerte o incapacidad del asegurado, aunque este

---

<sup>3/</sup> SOLER, Aleu. Amadeo. El nuevo contrato de seguro. Buenos Aires. Editorial Astra. 1970. p.46.

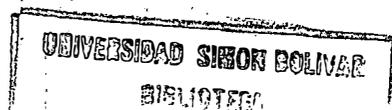


perjuicio no sea susceptible de una evaluación cierta.  
(Art. 1.137 C. de Co.).

La significación económica del interés asegurable en los seguros de persona se hace de antemano, al momento de firmar el contrato de seguro, a esto se denomina valor admitido indiscutible, para diferenciarlo del valor admitido reducible que opera en los seguros de daño.

Cuando se trata de la vida de un tercero que se quiera asegurar, el vigente estatuto comercial exige el consentimiento escrito del asegurado, contrario ésto a lo que sucedía en el antiguo código de comercio, en donde se decía que podía realizarse sin noticia y consentimiento de la persona cuya vida es asegurada, art. 694 ob.cit. El artículo 1137 actual, habla de ese consentimiento solo en los seguros individuales, de donde podemos inferir que en los seguros colectivos o de grupo no es necesario dar ese consentimiento.

Como una formalidad, la ley exige que ese consentimiento sea escrito para efecto de dar mayor seguridad a los terceros y lo que realmente persigue la ley con esta exigencia es que el tercero sobre cuya vida se contrate el seguro, se entere de quien va a ser el beneficiario final de la prestación asegurada, al producirse su muerte y cual el monto del beneficiario obtenido.



2.2.1.3 Permanencia del interés asegurado : Sobre este aspecto el artículo 1.086 del C. de Co. establece: El interés deberá existir en todo momento, desde la fecha en que el asegurador asuma el riesgo, La desaparición del interés llevará consigo la cesación o extinción del seguro, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1.070, 1.109 y 1111 íbidem.

De lo anterior podemos deducir que para que exista el contrato de seguro es necesario que haya un interés asegurable de lo contrario no producirá ningún efecto. Esta existencia debe ser desde el momento en que la aseguradora asume el riesgo pues debe coexistir con la obligación condicional del asegurador que es otro elemento esencial.

La falta del interés asegurable puede ser total o transitoria. Se producirá la extinción del seguro cuando la falta es total por las razones enunciadas. Si la falta es transitoria, esto es, si por circunstancias especiales deja de haber un interés asegurable en un lapso de tiempo dentro de la vigencia del amparo, se puede decir que hay cesación del seguro, o sea que queda suspendida su vigencia y en caso de llegar a ocurrir el siniestro en ese momento, la obligación condicional del asegurador no se podrá cumplir. Esta suspensión, que se da al faltar transitoriamente el interés asegurable, no obsta para que tenga plena vigencia

las obligaciones legales del tomador, asegurado o beneficiario, sobre la noticia que de ello deban dar al asegurador, C. de Co. artículos 1.106, 1.107 y 1.109.

Según lo dispuesto por el artículo 1.106 citado, la transmisión por causa de muerte del interés asegurado o de la cosa que es objeto del seguro, no producirá la extinción del contrato radicándose en cabeza del adquirente las obligaciones que estuviesen pendientes al momento de la muerte del asegurado.

La transmisión por acto entre vivos de la cosa o del interés asegurado si produce la extinción del contrato automáticamente a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del asegurado. Art. 1.107 íbidem.

Por otra parte, el artículo 1.109 dice que en caso de destrucción de la cosa, al cual está ligado el seguro, se producirá la extinción del seguro. Si la destrucción es parcial, la extinción se producirá parcialmente.

### 2.2.2 El Riesgo Asegurable

Siendo otro elemento esencial del contrato de seguro, es definido así por el Código de comercio, artículo 1.054 :  
"Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclu

sivamente de la voluntad del tomador, del asegurador o del beneficiario, cuya realización de origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituyen riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

No obstante, esta última previsión encuentra una clara excepción en el artículo 1.706 el cual habla del riesgo putativo. Al tenor del mismo, será válido el seguro marítimo sobre el riesgo putativo, esto es, el que solo existe en la conciencia del tomador o del asegurado y del asegurador, bien sea por que ya haya ocurrido el siniestro o bien por que ya se haya registrado el feliz arribo de la nave en el momento de celebrarse el contrato.

De la definición del artículo 1.054 C. de Co., se desprenden los siguientes elementos característicos:

2.2.2.1 Que sea un suceso incierto. Significa que siempre esté sujeto a la incertidumbre objetiva, a la contingencia y por tanto debe ser futuro. Queda excluidos los hechos físicamente imposibles, pues nunca habría lugar al siniestro y no se podría cumplir otro elemento esencial del contrato como es la obligación condicional del asegura

dor; y los hechos ciertos que por ser ya ocurridos escapan a la noción de riesgo.

2.2.2.2 Que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario. En la anterior legislación se identificaba el riesgo con la eventualidad de todo caso fortuito, no se admitía que en el concepto de riesgo pudiese intervenir la voluntad del hombre.

Nuestro actual estatuto comercial no liga al suceso incierto con la noción de caso fortuito, sino que establece que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario; este criterio es más amplio, da cabida a que se incluya como riesgo asegurable no solo los hechos fortuitos, sino también los hechos culposos, en los cuales interviene la voluntad del tomador en mayor o menor grado, pero sin depender exclusivamente de ella.

Tenemos entonces que con las limitaciones legales establecidas se permite con claridad los seguros de responsabilidad civil contractual o extracontractual por hechos ajenos que afecten civilmente la responsabilidad del asegurado y además por hechos personales del asegurado mismo.

2.2.2.3 La realización del riesgo da origen a la obligación;

del asegurador. Según el artículo 1.054 C. de Co. es necesario que la realización del suceso incierto de origen a la obligación del asegurador, que lo constriña a indemnizar.

J. Efrén Ossa dice al respecto : "De condicional que era, como causa de la obligación del asegurado, pasa —con el siniestro— a ser pura y simple, abstracta —si se quiere— en los seguros de daño, y líquida, subordinada a la cuantificación de la pérdida indemnizable; concreta, ordinariamente líquida en los seguros de personas, que por regla general, impermeables como son al principio de la indemnización, no reclaman evaluación del daño como factor determinante de la prestación contractual a cargo del asegurador. Afirmamos, en síntesis, que, a la luz del artículo 1.054, la realización del riesgo (siniestro) hace nacer, ipso Jure, el derecho del asegurado o beneficiario, y, con él, la obligación correlativa del asegurador a la prestación económica pactada en el contrato"<sup>4/</sup>

---

<sup>4/</sup> OSSA, J.Efrén. Ob.cit. p.90

### 2.2.3 La Prima o Precio del Seguro

Este tercer elemento esencial del contrato de seguro, hace referencia también a una de las obligaciones fundamentales de una de las partes; el pago de la prima, que en el contrato corresponde a la parte asegurada; obedece a la tarifa correspondiente, que ha sido calculada sobre las bases de la probabilidad de ocurrencia del siniestro y de su cuantía posible, guardando el correspondiente equilibrio con la prestación del asegurador.

No debe confundirse —dice el profesor Hernán Fabio Lopez <sup>5/</sup>— la prima como elemento esencial del contrato de seguros, que se reduce a su estipulación con el pago de ella, puesto que la legislación lo único que exige es que exista el señalamiento de una prima o la manera de fijarla, pero que no se haya pagado. Tampoco puede un asegurador proponer ante un tomador o asegurado renuente al pago del precio del seguro, la excepción de contrato no cumplido en el caso de que ocurra un siniestro ya la prima no se haya cancelado, porque en tal hipótesis, lo único que podría hacer el asegurador será compensar y deducir del valor de la

---

<sup>5/</sup>

LOPEZ B. Hernán Fabio. Ob. cit. p. 36.

indemnización el de la prima. Lo esencial, repetimos, es determinar la prima; que se haya pagado o no es irrelevante para la eficacia del contrato.

La afirmación anterior es muy cierta, pues encontramos al tenor del artículo 1.068 del C. de Co., que en caso de mora en el pago de la prima, el asegurador queda facultado para dar por terminado el contrato, de una forma unilateral, enviando una comunicación a la dirección registrada del tomador o asegurado, lo cual no requiere formalidad alguna. De tal manera que si el asegurador tiene esa facultad y no hace uso de ella, se entenderá entonces que tácitamente, por conducta concluyente, está ampliando el plazo para el pago; de tal forma, si llegare a ocurrir el siniestro sin que el asegurador haya comunicado su determinación de dar por terminado el contrato por mora en el pago de la prima, deberá sin discusión alguna, cumplir su obligación condicional.

2.2.3.1 Proporcionalidad de la prima. El cálculo de la prima se realiza en forma matemática, con base en las leyes de los grandes números, de las probabilidades y en todos los casos, teniendo en cuenta la estadística. En los eventos de cobertura de riesgos no muy conocidos, la Ley de los grandes números no puede aplicarse rigurosamente. Aquí se hace necesario establecer la prima empíricamente,

teniendo en cuenta las condiciones especiales de cada riesgo y haciendo comparación con otros más usuales y conocidos.

La proporcionalidad de la prima y el riesgo a cubrir no puede ser exacta porque este varía en el curso del contrato, ya sea para aumentar o disminuir. Entonces cuando se hable del principio de la proporcionalidad se hace referencia es al equilibrio contractual entre las prestaciones del asegurador y del asegurado, esto es, el equilibrio entre el riesgo y la creencia que de él se forme el asegurador al momento de asumirlo.

Como elemento esencial que es la prima deberá ser determinada al momento de expedir el contrato, o la forma como se habrá de determinar, el riesgo y su duración. En la práctica, una vez que se expide el contrato se liquida la prima. Quedan exceptuados de la regla anterior las pólizas flotantes o automáticas, donde se fija una prima provisional que posteriormente se reajusta una vez se van produciendo los certificados respectivos.

#### 2.2.4 Obligación Condicional del Asegurador

Según el art. 1.054 del C. de Co., es el último elemento

esencial del contrato de seguro.

Ocurrido el siniestro indemnizable surge para el asegurador la obligación condicional, expresado en forma concreta, se verifica la condición suspensiva a que estaba sometida y aquella se hace exigible.

Esta obligación condicional es además una condición positiva en la generalidad de los casos, y está sometida a que se realice el evento incierto que el asegurador ha asumido como riesgo.

Una excepción la constituyen las llamadas pólizas dotales de seguro de vida, en las cuales el asegurador se obliga a pagar una suma determinada o determinable si la muerte del asegurado no ocurre dentro de un período convenido.

En el contrato de seguro, la condición positiva consiste en que el riesgo asegurado se realice, ésto es, que acontezca el siniestro.

### 2.3 CARACTERISTICAS DEL SEGURO

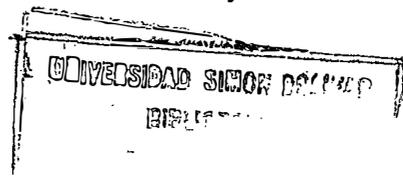
En el capítulo I del título V, artículo 1.036 del Código de Comercio, se señalan las características sobresalientes del contrato de seguro, indica que "El seguro es un contra

to bilateral, solemne, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva", y se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza.

Así, enmarcado dentro de las leyes contractuales, de la mano del artículo 1.495 del Código Civil, en el que se indica que "contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas".

Esas partes, que resultan correlativamente obligadas como consecuencia de la relación negocial, no ofrecen mayor dificultad al tratarse de contrataciones distintas de la del seguro, pues ambas pueden ser personas naturales o jurídicas o unas y otras. Pero para efectos del contrato de seguros, la Ley ha querido -por razones económicas y de control estatal- que una de ellas, la encargada de asumir los riesgos (aseguradora), sea una persona jurídica, sociedad anónima o cooperativa especialmente autorizada para ello. Ley 105 de 1927.

Para que ese contrato cumpla con lo establecido por el art. 1.602 del C.C., es necesario además que las partes cumplan con ciertos requisitos esenciales para la validez de su actuación. Así encontramos que "Para que una parte se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es nece



sario : 1o. que sea legalmente capaz; 2o. que conscienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicios; 3o. que recaiga sobre un objeto lícito; 4o. que tenga una causa lícita. C.C. artículo 1.502.

Así, a grandes rasgos, tenemos los puntos generales para la validez de los contratos.

### 2.3.1 Solemnidad

Pero ya en punto de contrato de seguro no es solo necesario que las partes convengan en celebrarlo, sino que para que este produzca el efecto legal querido, debe cumplir con el lleno de ciertas solemnidades, es decir, que ajustándonos a los términos del artículo 1.500 C.C., ....está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil...."

Este vertebral principio de la solemnidad, está refrendado en la Ley comercial en el artículo 824 con supremacía sobre el 626 íbidem, al indicar que el negocio no se formará cuando las partes han omitido una solemnidad exigida como requisito esencial, y para efectos del contrato de seguro tal solemnidad la constituye la póliza.

En cumplimiento de tal formalidad, el contrato de seguro no puede constar en un papel cualquiera libremente escogido, sino que debe constar en el documento conocido como póliza, expresamente detallado y regulado a través del artículo 1.047 del C. de Co., en lo que a su contenido se refiere, siendo la prueba insustituible de la existencia y validez del contrato de seguro, según las voces del artículo 1.046 íbidem.

La falta de tal solemnidad, es decir, la falta de la póliza, hace inexistente el acto, sin perjuicio de que, al tenor del art. 898 C. de Co. sea ratificado luego; lo anterior se reafirma con la prevención legal de que las normas 1.046 y 1.047 son inmodificables por convención, a la luz del 1.162 del C. de co. De manera, que un negocio de seguro que no se perfecciona por medio de una póliza válida, es un acto inexistente. 898 íbidem.

El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza...." Art.1.046 C. de co.

Si bien es cierto que además hacen parte de la póliza la solicitud de seguro firmada por el tomador y los anexos que se emitan luego (1.048 íbidem), debemos reafirmar el punto anterior en el sentido de que la sola solicitud no

demuestra la existencia en sí del contrato. No, ella, una vez ha sido aceptada por el asegurador genera para sí la obligación de emitir el respectivo documento, pero nada más; eventualmente, la obligación de indemnizar al tomador por los perjuicios que le cause su tardanza en la emisión.

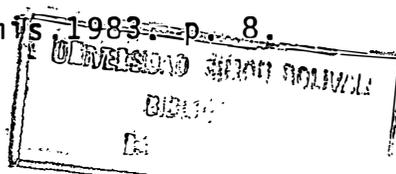
Podría decirse que la solicitud es una propuesta de negocio, de celebración de contrato de seguro. "En cualquiera de estas propuestas, puede haber el trámite de un negocio de seguro, y si... son debidamente aceptadas pero no se perfecciona el seguro con las solemnidades requeridas, el acto jurídico resultante es únicamente una oferta o propuesta aceptada.

" Este acto solo puede generar una obligación de hacer (artículo 861 C. de co. ), es decir, la obligación de realizar con todas sus formalidades el contrato de seguro..." <sup>6/</sup>

Esto nos pone de presente a los que podrían llamarse amparos inexistentes. Es frecuente en la práctica aseguradora nacional encontrar el amparo verbal o por carta, llama

---

<sup>6/</sup> BUSTAMENTE, Ferrer. Jaime. Manual del principio jurídico del seguro. Editorial Temis 1983, p. 8.



do comunmente Amparo Provisional ( en ocasiones hasta el telefónico). Pues bien, debe quedar claro que éstos amparos son inexistentes, pues no cumplen con la formalidad de la póliza establecida por la ley, pero la costumbre comercial ha implantado que si durante la vigencia del precipitado amparo sobreviene un siniestro, la aseguradora responde ante su asegurado, eso sí, con el lleno de todas las formalidades legales, tal como proceder a expedir la póliza con retroactividad.

Las obligaciones son civiles o meramente naturales .....

... Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado a pagado por razón de ellas.

... Tales son : .... 3o. Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles.

"Para que no pueda pedirse la restitución... es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes". C. C. art.1.527.

De manera, en el caso de que se haya dado verbalmente un amparo por parte del representante legal de la Compañía Ase

guradora (persona que es quien puede comprometerla, aun que no se cumpla con ello en la práctica ) y ocurra un siniestro de los amparados sin que se haya emitido la póliza respectiva ni sus anexos, el asegurador solo estará obligado para con su presunto asegurado en forma natural. Y si resuelve voluntariamente pagar, el asegurado puede retener este pago. Es decir, no se aceptaría la acción de pago de lo no debido.

Esta situación es más frecuente de lo que se puede imaginar, y también es más frecuente de lo que se cree el que las compañías aseguradoras paguen, por razones comerciales y de buen trato y crédito en el medio comercial.

Un pago de esa naturaleza coloca a la aseguradora en situación de mayor confiabilidad.

Sin embargo, la costumbre de aceptar o conceder amparos telefónicos no deroga las leyes que exigen la formalidad para el contrato de seguro, ni adquiere su misma autoridad, por no ser este el espíritu del contexto general del contrato de seguro. La costumbre pues, hace el acto inexistente.

### 2.3.2 Aleatoriedad

Teniendo en cuenta que en el contrato de seguro las obligaciones correlativas para las partes están sometidas a un hecho futuro, incierto y extraño a las mismas, podemos inferir que es un contrato aleatorio por excelencia. El riesgo, que el Código de Comercio en su artículo 1.054 define como "El suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador..." depende del factor suerte, y escapa a la voluntad de los sujetos contratantes.

Algunos tratadistas se apartan del concepto anterior. Benítez de Lugo<sup>7/</sup> afirma : "Estimamos que en el contrato de seguro general ambas partes se obligan a prestaciones ciertas y determinadas; el asegurado con el importe exacto de su prima y el asegurador con el límite de la suma asegurada, por lo que ambas partes saben exactamente de antemano a lo que se comprometen y el límite máximo de sus prestaciones y por lo tanto del interés pecuniario de las mismas. Ningún parentesco jurídico tiene por lo tanto, el contrato de seguro con el juego de la suerte, envite o azar con la

---

<sup>7/</sup>

BENITEZ, De Lugo, Tratado de Seguros. Vol.I Madrid 1955.  
p.22

apuesta, y resulta verdaderamente atentatorio para el contrato de seguro el que se le rotule conjuntamente con estos tipos contractuales.

Otros son de la opinión de que si se mira el contrato de seguro aisladamente, como un negocio esporádico, sería aleatorio, pero nos encontramos frente a un negocio de frecuente ocurrencia que ha hecho surgir poderosas empresas que representan al asegurador y cuya organización técnica y científica excluye toda la idea de "Alea" o "suerte" aplicando en cambio el concepto técnico matemático de la probabilidad. Teniendo en cuenta este concepto se ha instituido por parte de las Compañías aseguradoras las llamadas reservas técnicas, para los riesgos en curso, que constituyen un determinado porcentaje de las primas percibidas en el curso de un ejercicio, que cubrirán un eventual siniestro.

Morandi <sup>8/</sup> disiente de la anterior opinión y afirma : "En nuestra opinión, a pesar de los grandes esfuerzos hechos por los sostenedores de la prealudida posición, se mantiene en pie y en todo su vigor la conclusión de que una cosa es

---

<sup>8/</sup> MORANDI, Juan Carlos. Estudios de Derecho de Seguros. Buenos Aires, Ed. Pannedille, 1971. pp.84,85.

la seguridad de la industria aseguradora y otra muy distinta el alea del contrato individual. La compensación de los riesgos efectuada por el asegurador dentro de los resortes técnicos de la industria aseguradora, no modifica en lo más mínimo el carácter aleatorio de la relación jurídica singular".

### 2.3.3 Bilateralidad

La característica de la bilateralidad del contrato de seguros se traduce en que las partes vinculadas por la relación comercial deben cumplir con las cargas que surgen de la misma, es decir, que las partes se obligan recíprocamente.

El tomador o asegurado tiene a su cargo la declaración de los hechos o circunstancias que determinen el estado de riesgo, mantenerlo, pagar la prima dentro de la época estipulada, y, ocurrido el siniestro, evitar su extensión y propagación proveyendo al salvamento de lo asegurado, avisar de su ocurrencia dentro de los tres días siguientes indicando los seguros coexistentes, correspondiéndole además, demostrar la existencia del siniestro y su cuantía. En tratándose de establecimientos de comercio debe probar la existencia y el valor de los objetos asegurados al momento del siniestro, informar sobre la contratación de se

guros de igual naturaleza, y hacer todo lo que esté a su alcance para permitirle al asegurador el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación. C. de Co., Artículos : 1.058, 1.060, 1.066, 1.074, 1.075, 1.076, 1.077, 1.085, 1.093, 1.098.

Lo anterior no es sino el desarrollo de los elementos esenciales del contrato de seguro (art. 1.045 C. de co.), lo que nos conduce necesariamente a la obligación del asegurador, la cual es de naturaleza condicional, pues se hace exigible cuando ocurre el siniestro. Naturalmente ha tenido el deber legal de mantener una provisión de fondos suficientes para cubrir la eventualidad.

Vale la pena destacar por último, que una consecuencia directa de la bilateralidad del contrato de seguro es la condición resolutoria del mismo, institución tratada en los artículos 1.546, 1.609 del Código Civil, desarrollada en la Ley Comercial a través del Art. 870.

Puede También revocarse o darse por terminado el contrato de seguro ante la ocurrencia de la situación prevista en los artículos 1.068 y 1.071 del Código de Comercio.

#### 2.3.4 Onerosidad

El que se determine que es oneroso nos pone de manifiesto según los artículos 1.497 y 1.498 del Código Civil, que cada uno de los contratantes se grava en beneficio del otro. Lo anterior se manifiesta esencialmente en el pago de la prima por parte del asegurado y el pago de la indemnización por parte de la aseguradora; lo anterior no se desvirtúa ante la no ocurrencia del siniestro pues siempre existe para la aseguradora la posibilidad del pago y de que el siniestro se presente. En caso de que el siniestro no ocurra, no podríamos afirmar que fue oneroso para el asegurado y gratuito para la aseguradora, pues si lo anterior ocurre tendríamos que la prestación del asegurador se constituyó en el mantenimiento de la protección que otorgar el seguro para la contingencia del siniestro.

#### 2.3.5 De Ejecución Sucesiva

Que es de ejecución sucesiva se evidencia pues el contrato de seguro tiene su desarrollo en el tiempo; el asegurado debe no solo pagar la prima, sino cumplir con todas las obligaciones a su cargo, y el asegurador mantiene su expectativa de pago durante toda la vigencia del contrato y sus sucesivas renovaciones.

Las obligaciones a cargo de las partes contratantes no se agotan con la suscripción del contrato, sino que por el contrario, apenas se inician.

### 2.3.6 De Adhesión

Además de las características señaladas en el artículo 1.036 del Código de Comercio, la doctrina ha señalado otras que se encuentran implícitas en el contrato mismo.

En la doctrina no existe unidad conceptual respecto de esta característica, pues mientras unos consideran al contrato de seguro como un típico contrato de adhesión, otros niegan incluirlo dentro de esa categoría.

Las connotaciones que se le dan al contrato de adhesión, son las siguientes:

1. La oferta va dirigida a persona indeterminada, tiene carácter general y permanente y se presenta generalmente impresa para que sea aceptada o rechazada en bloque.
2. La oferta es hecha por un monopolio que goza de un gran poder económico.
3. Las cláusulas impresas son de difícil lectura y hechas

en beneficio de quien hace la oferta.

4. Aquí se excluye toda discusión entre las partes.

Desde el punto de vista de la comercialización de los contratos de seguros, nos encontramos con algunos que por la complejidad y la naturaleza de los riesgos amparados podríamos llamarlos seguros especiales (ramos técnicos). En esta categoría de seguros, la costumbre comercial ha establecido que las partes discutan y determinen las condiciones del amparo, cláusulas, tarifas y las connotaciones más importantes.

Exclusiones de tal forma que no podrían ser incluidas dentro de la categoría de los contratos de adhesión.

Los seguros ordinarios, que son los más frecuentes, como los de incendio y sustracción, automóviles, transporte, etc., las condiciones de las pólizas son preestablecidas, no hay lugar a discutir las condiciones generales del contrato, o se toma el seguro en las condiciones ofrecidas, o no se contrata, aunque dadas las diferentes gamas de productos susceptibles de asegurar, algunos contratos llevan implícita condiciones particulares y también forman parte de él.

Esta clase de contratos de seguros caben perfectamente dentro de la categoría de adhesión de que se ha venido hablando, no obstante el pensamiento de algunos autores que sostienen que tampoco pueden ser clasificados como tales pues no reúnen las características necesarias como serían entre otras, el que el contrato se imponga y no existe tampoco la oferta abierta de obligatoria aceptación.

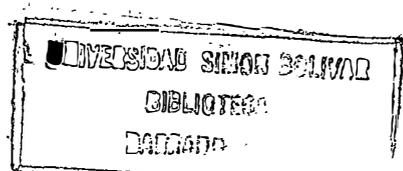
En estos casos también se ofrece, se discute y además participan intermediarios y se suscribe solicitud.

El profesor López Blanco, sostiene: Mucho es lo que en la doctrina se ha discutido acerca de la teoría de los contratos de adhesión, llegándose al extremo de quitarles ese carácter para luego —esta es la concepción que predomina en la actualidad —volver a encausarlos dentro del régimen general de los contratos, de donde nunca han debido salir"<sup>9/</sup>

Y es que en verdad, el contrato de adhesión no implica su presión de la manifestación de la voluntad de uno de los contratantes, porque él es libre de aceptar la oferta en las condiciones preestablecidas y normalmente sin lugar a

---

<sup>9/</sup> LOPEZ, B.Hernán Fabio. Ob.cit,



discusión, constituyendo esa manifestación la esencia del consentimiento propio del contrato.

El estatuto civil que nos rige ha considerado desde siempre la situación en que se encuentra el contratante que puede ser considerado como débil y prescribir una serie de normas de interpretación que son las que tradicionalmente se han venido aplicando entre nosotros, tales como entender en contra de quien ha redactado las cláusulas oscuras, ambiguas o contradictorias, o señalar la ineficacia de las que atentan contra el orden público y que solo buscan eludir la responsabilidad de quien las ha redactado ( por ejemplo, reducción de los términos de prescripción).

En suma, la única consecuencia que tiene la aceptación de la ya revaluada teoría de los contratos por adhesión como una modalidad contractual de características especiales, se reduce básicamente a buscar el restablecimiento del equilibrio contractual con esos criterios interpretativos.

### 2.3.7 El Seguro es un Contrato en Consideración a la Persona.

Causa determinante para la aceptación de una propuesta de seguro es la condición personal del solicitante, no solo en el aspecto de la teoría del error en cuanto a la persona

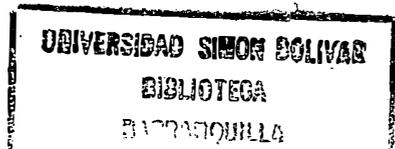
como vicio del consentimiento, sino respecto de las cualidades, aptitudes y cultura de la misma, siempre y cuando tengan estas cualidades relevancia frente al contrato de seguro.

El contrato de seguro es intuitu personae, el asegurador mira más la condición moral del asegurado que la sustancia o calidad de la cosa asegurada; de lo anterior se desprende que el contrato de seguro generalmente sea nominativo, esto es, otorgado a nombre de una persona determinada. Es por ésto que la transferencia por acto entre vivos del interés asegurado, produce "automáticamente la extinción del contrato"

El artículo 1.051 del Código de Comercio es una excepción al carácter personal del contrato, porque establece que la póliza puede ser nominativa o a la orden. Si es a la orden, el asegurador está aceptando de antemano su cesión por el simple endoso, sin consideración a la persona del endosatario.

#### 2.3.8 El seguro es un Contrato de buena fé

La buena fé alcanza su más alto grado en el contrato de seguro, en donde adquiere connotación más estricta, por eso se dice que este es uno de los principios filosóficos del



contrato.

Conductas que en otros negocios resultan irrelevantes, en el contrato de seguro son drásticamente sancionadas. La aseguradora da por ciertos los datos proporcionados en la solicitud por el asegurado, los acepta, pues dado el gran volumen de los negocios asegurados resulta extremadamente difícil hacer inspecciones minuciosas a cada uno de ellos; cuando ocurre el siniestro la aseguradora procede a hacer una detenida investigación con el fin de establecer si las declaraciones con base en las cuales emitió el seguro, son ciertas o no.

El equilibrio económico-jurídico del contrato de seguro tiene sus pilares en la lealtad y honestidad del asegurado. De ahí, lo drástico de algunas sanciones, especialmente lo que concierne a la declaración del riesgo.

La "ubérrima fides" es la que da al contrato de seguro su peculiar conformación jurídica que lo diferencia de otros actos de la vida civil y mercantil desde el punto de vista ético.

Las obligaciones que impone a las partes contratantes el Código de comercio, se basan en este principio.

El art. 1.058 íbidem impone al tomador la obligación de declarar sinceramente los hechos o circunstancias del riesgo y establece las sanciones por su reticencias o inexactitud.

El art. 1.060 impone al asegurado o tomador la obligación de mantener el estado del riesgo y en caso de cambio del mismo dar oportuno aviso al asegurador.

El art. 1.061 obliga al cumplimiento estricto de la garantía convenida para un determinado contrato.

El Art. 1.074 impone la obligación al asegurado, en caso de siniestro, de evitar la extensión y propagación del mismo y proveer al salvamento de las cosas aseguradas.

El art. 1.076 obliga al asegurado a dar noticia al asegurador de los seguros coexistentes.

El art. 1.077 señala que le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del hecho y la cuantificación del mismo.

El art. 1.078 sanciona la mala fé del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del siniestro.

El art. 1.091 establece la nulidad del contrato cuando hay intención manifiesta de defraudar al asegurador con un exce

so sobre el valor real del interés asegurado.

#### 2.4 PRINCIPIO INDEMNIZATORIO DEL CONTRATO DE SEGUROS

Es un importante y definitivo principio que orienta la filosofía del contrato de seguro. Con la indemnización se busca restablecer las cosas al estado que tenían antes de ocurrido el siniestro, por cuya razón no podrá ser entendida como fuente de enriquecimiento. De lo que se trata es de que el asegurado amortigue patrimonialmente una pérdida que de no existir el seguro contratado, sería total.

Y decimos amortiguar, porque en primer término el valor del seguro no puede ser superior al monto del interés asegurable, pues de ocurrir así, haría falta el interés sobre el exceso y aquel es un elemento esencial del contrato de seguro.

En segundo lugar, existen los deducibles y los coaseguros que en últimas son una forma de disminuir la indemnización a pagar cuando ésta es en dinero. Pero es conveniente señalar que el espíritu filosófico del fijar en un contrato un deducible o un coaseguro, es convertir al asegurado en su propio asegurador, de tal manera que sea el mismo, así sea de una proporción como en la práctica ocurre, procure

cuidar lo propio, o bien en un siniestro disponga de todas sus fuerzas en contrarrestar un suceso incierto.

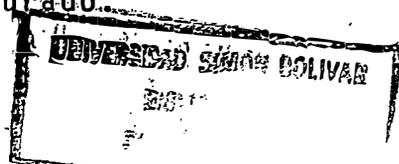
La aseguradora estará obligada a indemnizar a su asegurado conforme lo expresa el artículo 1.080 del código de Comercio, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente su derecho ante el asegurador; días que se consideran hábiles; vencido este plazo el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo, intereses moratorios del dieciocho por ciento anual (18%).

Conviene en este capítulo hacer una aclaración y consiste en que es meramente potestativo del asegurador atender directamente el siniestro o a través de entidades especializadas en el manejo de este asunto; en estos casos se entiende que los sesenta días (60), que nos ilustra el artículo en comentario, empiezan a correr desde la fecha que el asegurado entregó completamente la documentación a estas entidades profesionales.

Todo ello hace que el asegurado participe con el riesgo con la compañía aseguradora y que por lo tanto no propicie ni exponga imprudentemente su patrimonio a la ocurrencia de un riesgo.

Según lo dispuesto por el artículo 1.079 del C. de Co., " El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada...", y, en materia de seguro de daños, "... los seguros serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir... fuente de enriquecimiento...", según el dicho del artículo 1.088 "... la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido...", siendo así que el exceso del seguro sobre el valor real del interés asegurado producirá la nulidad del contrato..." C. de Co. artículos 1.089 y 1.091.

Las anteriores normas ponen de presente el principio indemnizatorio en el contrato de seguro, el cual se encuentra reiterado con el tratamiento preventivo que se le da a la coexistencia de seguros. Claros son los artículos 1.092 y 1.093 cuando señalan que "en caso de pluralidad o coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya obrado de buena fé...", correspondiéndole además informar de los seguros de igual naturaleza que contrate. La inobservancia de esta obligación acarrea la terminación del contrato, a menos que el valor total de los seguros no exceda el valor real del interés asegurado.



Ahora, tampoco podemos olvidar que al tenor del artículo 1.110, ocurrido el siniestro el asegurador podrá optar, para cumplir con su obligación, entre pagarla en dinero o reponer el bien siniestrado, o repararlo o reconstruirlo.

Sin embargo, no ha habido unidad conceptual respecto de esta característica del contrato de seguro, pues si bien opera para los seguros de daños no es así para los de personas, específicamente con el seguro de vida, al cual es ajeno tal concepto según algunas corrientes doctrinarias.

Morandi (10), con detalle dice al respecto: "Mientras el seguro limitó su campo de aplicación a las cosas materiales, legislación y doctrina no tuvieron dificultades en calificar el contrato de seguro, como un contrato indemnizatorio. Todos los seguros -se sostuvo- tienen por finalidad la indemnización de un daño eventual que se manifiesta en una disminución del patrimonio en el impedimento de su aumento. Pero la aparición y expansión de los seguros personales, en especial el seguro de vida, dió origen a numerosas inconvenientes derivados del esfuerzo de encontrar

---

(10) MORANDI, Juan Carlos. Op.cit.

una definición unitaria, capaz de comprender todos los tipos y especies de seguros y dejar fuera a todas aquellas figuras jurídicas afines o similares con las que pudiese ser confundido.

La doctrina siguió en las primeras épocas, la concepción indemnizatoria, sosteniendo que el seguro persigue la reparación de un daño efectivamente sufrido por el asegurado, con una finalidad de indemnidad.

Esta corriente que tuvo plena aplicación en los seguros de daños patrimoniales, sufrió serios aprietos cuando se le trató de aplicar a los seguros de personas, con el contenido jurídico tradicional.

Las tentativas que en tal sentido hicieron algunos tratadistas franceses (Alauret, Lefort, Standinger y Herbault) y alemanes (Goldschmidt, Lewis, Gerhard, Staudinger y Wagner), presentó rápidamente amplios flancos de debilidad que originaron su fracaso.

En efecto, el gran error de esta posición radicó en querer aplicar al seguro de vida la función indemnizatoria real y efectiva que cumples en el seguro de daños. De allí se llegó a la conclusión negativa de que la muerte no siempre produce un daño, como cuando el asegurado es económica

mente "pasivo" o en el caso de un seguro de supervivencia, cuando es económicamente activo.

Además, se hizo hincapié en el hecho de que aun cuando el siniestro pueda presentarse como realmente dañoso, la indemnización que debe abonar el asegurador no es valorable en la medida del daño efectivo, sino que debe consistir en el pago del capital o de la renta predeterminados en el contrato, sin interesar si guardan una exacta relación con el perjuicio económico sufrido.

Frente a los tropiezos que encontraba al querer aplicar en forma lisa y llana la teoría indemnizatoria a los seguros de vida, la doctrina empieza a recurrir a diferentes variantes, entre las que podemos destacar: "La vida del hombre es siempre un valor, si bien, muy difícil de estimar; lo asegurado no es la persona, sino el capital determinado en el contrato, consistiendo el siniestro en la interrupción de un proceso de ahorro".

Esta posición mereció serias críticas porque resultaba inaplicable a los casos en que el monto de las primas pagadas superaba a la suma asegurada cuando el asegurado no era lóngevo, y el importe pagado por concepto de primas resultaba superior al importe que abonaba el asegurador al momento del siniestro.

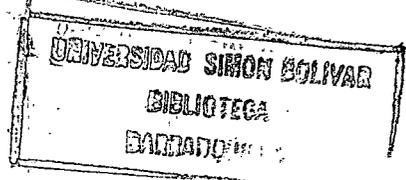
Frente a las dificultades por las que atravesó la teoría indemnizatoria al ser aplicada al seguro de vida, dió motivo a que un grupo importante de la doctrina negase a aquel naturaleza aseguradora, calificándolo en cambio como un contrato de mutuo, de depósito o de capitalización; o bien se habló, como lo hicieron autores de la talla de Brunnetti y Fanélli, de la existencia de dos tipos de contrato de seguro, uno indemnizatorio y otro similar al juego o la apuesta, que merece el reconocimiento y la tutela del derecho objetivo por su relevante función social.

Luego de un largo y pormenorizado estudio, Morandi concluye que con base en el principio indemnizatorio los seguros privados se pueden clasificar en : Seguros de indemnización objetiva que son aquellos en que en el momento de la indemnización se fija a "posteriori" teniendo en cuenta el daño real y efectivo; y los seguros de indemnización subjetiva, que son aquellos en los cuales el monto de la indemnización se fija al momento de realizar el contrato. En este segundo grupo entran exclusivamente los seguros de personas y en el primero los demás tipos de seguros.

El profesor Lopez Blanco, afirma<sup>11/</sup>: " El seguro siempre

---

<sup>11/</sup> LOPEZ, Blanco, Hernán Fabio. ob.cit. pp. 19 y 20.



busca indemnizar una pérdida, la que ocurra por el daño de un determinado bien o la que pueden experimentar personas como consecuencia del fallecimiento del asegurado, aunque no puede desconocerse que en ocasiones, ante la posibilidad de designar libremente el beneficiario, no aparece clara la razón por la cual esta vaya a ser indemnizado, cuando en realidad ninguna relación tenía con el fallecido que pudiese verse afectado por su muerte. Creemos que el seguro, tanto el de daño como el de persona, siempre tiene carácter indemnizatorio, y nos decidimos por la teoría de "unidad" preconizada por Donati, porque lo cierto es que la única objeción que impediría aceptar ese carácter, consistiría en que se presentara una situación puramente excepcional, que por serlo, tan solo vendría a confirmar dicho carácter.

Y es que casi siempre quien tiene derecho a la indemnización, llámese asegurado o beneficiario, recibe un perjuicio proveniente de la ocurrencia del siniestro en materia de seguros de personas, solo que en casos muy raros se designa como beneficiarios a personas con las cuales no se tiene algún vínculo, que de presentarse la muerte, esta la puede perjudicar; y como las características de una institución jurídica deben establecerse por lo que normal y frecuentemente ocurre, no podemos admitir la excepción para negar el carácter indemnizatorio del contrato.

Es pues en nuestro sentir, el principio indemnizatorio el que marca la orientación definitiva en el contrato de seguro. Con el se busca satisfacer o al menos atemperar las más inmediatas necesidades del asegurado con ocasión del siniestro.

Una vez ha operado este principio, es decir, una vez que por el pago de la indemnización ha quedado resuelta la situación asegurado-asegurador, surge una nueva figura legal: La Subrogación.

## 2.5 LA SUBROGACION

Considerada en su más amplia acepción, la subrogación es la acción y el efecto de reemplazar, sustituir o cambiar una persona o cosa por otra, de ahí que latamente pudiera decirse que, en derecho, hay subrogación en todos aquellos casos en los que una persona o una cosa es sustituida, remplazada por otra persona o cosa (el heredero al causante, el comprador al vendedor, el precio de la cosa a la cosa misma).

Hasta aquí, cabe que existen dos clases de subrogación jurídica: una personal y una real.

### 2.5.1 Condiciones de Existencia

Para que se configure la subrogación por pago, es necesario que concurren estos requisitos:

- 1) Que exista una relación obligatoria insoluta.
- 2) Que dicha relación obligatoria sea de aquellas que admitan el cumplimiento por parte de personas distintas del obligado.
- 3) Que, efectivamente, el cumplimiento se verifique por quien no es sujeto pasivo de la deuda.
- 4) Que quien cumple no actúe ni como mandatario ni como agente oficioso del deudor.
- 5) Que exista una disposición legal, o en su defecto de ésta, la voluntad del acreedor, que permita al tercero sustituir al acreedor primitivo en frente del deudor.

### 2.5.2 Efectos

Si concurren los anteriores requisitos, la subrogación por pago debe producir los efectos contemplados en el artículo 1.670 del c.c., que dice : "La subrogación, legal como con

vencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualquiera terceros obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda."

El efecto primordial de la subrogación por pago es, por tanto, la sustitución en el crédito, o mejor, el remplazo del sujeto activo de la relación obligatoria con el consecuencial derecho de pretender la prestación del deudor.

La subrogación de que trata el artículo 1.096 del Co. de Co., solo es aplicable en los seguros de daños, no en los seguros de personas.

Así lo dispone en forma expresa el artículo 1.139 del Co. de Co., al indicar que "La subrogación a que se refiere el artículo 1.096 no tendrá cabida en esta clase de seguros".

Esta disposición es enteramente lógica, ya que en el sistema legal colombiano, el valor del interés asegurado en los seguros de personas no tiene otro límite que el que libremente le asigne las partes con la salvedad que el mismo artículo 1.138 del Co. de Co. establece con respecto a la posibilidad de avaluar ciertamente el perjuicio al que se refiere el artículo 1.137 del Co. de Co., es evidente

entonces, de acuerdo con las normas comentadas, que tratándose de seguros personales corresponderá a los casahabientes del asegurado, o al asegurado mismo, accionar contra los terceros responsables del daño para que de acuerdo con las reglas que regulan el pago de daños por delitos, indemnicen los perjuicios ocasionados.

Aunque el seguro de accidentes de trabajo tiene una características mixtas, por ser un seguro de personas, en cuanto cubre al asegurado del daño que pueda padecer en su persona por un accidente de esta naturaleza y de ser un seguro de daños en cuanto que el patrono traslade mediante el seguro, el riesgo a su cargo impuesto por las leyes laborales, las partes, asegurado-asegurador, podrán convenir al decir del artículo 1.100, que las reglas de la subrogación sean enteramente aplicables. A falta de pacto expreso sobre el particular, deberá entenderse que no hay lugar a la subrogación.

### 2.5.3 Eventos en que no hay lugar a la subrogación.

Se encuentra regulado por el Artículo 1.099 del Co. de Co., que contempla entre otros: " No hay derecho a la subrogación, cuando el tercero responsable del siniestro es una persona cuyo acto u omisión da origen a responsabilidad del asegurado, y si ello es así, es lógico suponer que no

pueda aceptarse la subrogación como quiera que finalmente el asegurado saldría a responder por los efectos del acto u omisión que ocasionó el siniestro.

Hay responsabilidad por el hecho de otras personas según las leyes y de acuerdo con las regulaciones contenidas en los artículos 2.341 y s.s. del c.c., que reglamentan las responsabilidades comunes por delitos y las culpas. Veamos un ejemplo (Art. 2.347 del c.c.) : "EL padre y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa; el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia o cuidado; los directores de escuelas o colegios responden del hecho de los discípulos mientras estén bajo su cuidado; los amos responderán por los daños causados por sus criados o sirvientes con ocasión del servicio prestado por éstos o aquellos (Art. 2.349 del C.C.), tampoco hay derecho a la subrogación cuando el tercero causante del siniestro, es , respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o conyuge no divorciado.

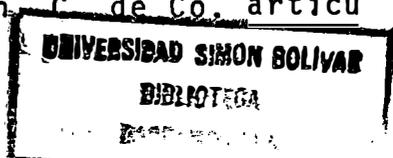
Opera por expreso mandato de la ley y por su ministerio, con lo cual se quiere significar que cuando el asegurador pague una indemnización, se subrogará por ministerio de la

ley, hasta el importe de lo pagado, contra la persona responsable del siniestro. C. de Co., artículo 1.096.

Es esta la regla general que permite a la aseguradora recobrar lo pagado de manos del causante del siniestro. Pero como toda regla -por más general que sea- tiene sus excepciones, a la luz del artículo 1.099 íbidem, el asegurador no se subrogará en los derechos del asegurado contra el causante del siniestro, cuando ésta se encuentre bajo su responsabilidad, o sus actos den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con las leyes. Es decir, ubicados en el campo de la responsabilidad civil indirecta, prevista a través de los Artículos 2.347 y s.s. Co. de C., el asegurador no tendrá ninguna acción en contra de estas personas así sean los directos responsables del daño.

Tampoco opera la subrogación en el seguro de personas. Su exclusión es expresa en expresa en el Art. 1.139 C. de Co. y su razón de ser radica en que el seguro de personas no es de carácter indemnizatorio. Luego al no operar el principio, indemnizatorio, tampoco opera la subrogación.

Retornando al campo de la figura en su aplicación general, encontramos que por parte del asegurado debe existir una conducta adecuada que le permita al asegurador ejercer en debida forma su derecho de subrogación. C. de Co., artícu



los 1.097 y 1.098.

El asegurado no puede renunciar a sus derechos contra el tercero responsable, y si lo hace, perderá el derecho a la indemnización.

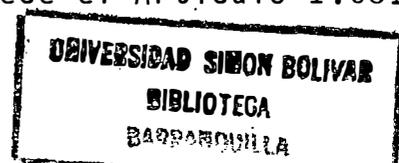
Debe además, el asegurado, ayudar a la aseguradora en todo lo necesario para que pueda ejercer válidamente su derecho.

Estas son normas inmodificables por convención. C. de Co. 1.162 .

## 2.6 LA PRESCRIPCION

El derogado código de comercio establecía en su artículo 692 que la prescripción de la acción que emana del contrato de seguro era de veinte años, omitiendo hacer una distinción de la misma. Solo una era la prescripción, que por ser tan dilatada generaba toda suerte de problemas sobre todo con respecto a las reservas frente a los reaseguradores del exterior.

En el actual estatuto comercial se establece una prescripción más corta de dos clases : Ordinaria de dos años y extraordinaria de cinco, como lo establece el Artículo 1.081.



Existen para el cálculo de estas prescripciones diversas bases, lo cual ha ocasionado muchas controversias y disputas doctrinarias.

El actual Código de comercio señaló prescripciones ordinarias y extraordinarias en igual forma que lo hace el Código Civil, para la usucapión o prescripción adquisitiva de dominio, y nunca para la prescripción extintiva que es la que trae el artículo 1.081 comentado. Esta dualidad de prescripciones de la acción que surge del contrato de seguro, ha ocasionado innumerables conflictos, pues esta norma resulta ineficaz para solucionar los problemas que se derivan del mismo.

#### 2.6.1 Prescripción Ordinaria en el Contrato de Seguro

A la luz de la norma en cita, "La prescripción de las acciones que se deriven del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, podrá ser ordinaria o extraordinaria".

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

Sigamos al profesor Lopez Blanco : Para el cabal entendi

miento de este artículo es preciso comprender que se qui-  
so sentar en la primera parte de la disposición, común a  
las dos prescripciones, y que significan las expresiones  
"el interesado" y "hecho que da base a la acción".<sup>12/</sup>

Iniciando el análisis de la norma, es necesario tener pre-  
sente que por "el interesado" debe entenderse la persona  
natural o jurídica que tiene la posibilidad de ser indem-  
nizada por el asegurador, con la ocasión de ocurrir un si-  
niestro; en otras palabras, la persona a quien el asegu-  
rador debe pagar, y por lo tanto, ese interesado será quien  
esté en posibilidad de exigir el pago de una indemnización;  
naturalmente también lo será el asegurador.

Por consiguiente, no es un interés jurídico indirecto en  
el contrato el que permite tipificar la calidad del inte-  
resado, sino un interés directo y de contenido económico.

".... Tenemos, en consecuencia, que si por "el interesado"  
se entiende el asegurado o beneficiario, con relación a es-  
tos correrá como término de prescripción el de dos años, es  
decir, que estarán cobijados por la prescripción ordinaria,

---

<sup>12/</sup> LOPEZ, B. Hernán Fabio. Ob. cit. pp. 150, 151.

y que es a ellos a quienes se destina este tipo de prescripción, y, obviamente, también a la empresa aseguradora.

En cuanto a la expresión "hecho que da base a la acción", comenta : "Frente a la existencia de una obligación es necesario tener presente que una cosa es el momento en que nace el derecho en el cual encuentra su fundamento esa obligación, y otra cosa, enteramente distinta, la posibilidad de exigir su cumplimiento, ya que es posible exigir determinada conducta al deudor tan solo cuando se hace exigible la obligación".

En suma, la prestación a cargo del deudor permite utilizar adecuada y exitosamente el derecho de acción solo cuando aquella está vigente y exigible por no haber sido realizada en oportunidad.

El derecho de acción es la posibilidad de exigir el cumplimiento de una obligación, acudiendo al órgano jurisdiccional; de ahí que dicha exigibilidad sea el motivo fundamental para ejercer la acción que permite hacer efectivo de terminado derecho, la cual, además se utilizan cuando las gestiones para el pago han sido infructuosas..."

Según sea la persona a cuyo favor va a obrar la prescripción, varía la base que se toma para computar el término.

ordinario de la prescripción, cuando es en favor del asegurado empieza a contarse el término de los dos años desde el momento en que vence el plazo para pagar la prima, cuando este ha sido acordado, en caso contrario, a partir del décimo día contado desde la entrega de la póliza, por que solo hasta entonces se hace exigible la prima respecto del tomador o asegurado. C. de Co. 1.066.

La prescripción en contra del asegurado, tomador o beneficiario, comienza a computarse desde que se conoció o debió conocerse el siniestro, por parte de los mismos. Es entonces el siniestro el "hecho que da base a la acción" y que coincide y tiene los mismos alcances que la expresión "momento que nace el derecho".

El siniestro, que es el hecho que sirve de fundamento para ejercer exitosamente la acción, no marca la iniciación del momento en que empieza a contarse el término de la prescripción, porque este comienza a contabilizarse desde que se conoció o debió conocerse por parte del interesado. Si el interesado conoce el siniestro el mismo día de su ocurrencia, se empezará a contar el término de los dos años ese mismo día; pero si tuvo conocimiento del hecho seis meses después, habiendo impedimentos para conocerlo antes, se le contabilizarán los dos años de la prescripción ordinaria a partir de esos seis meses luego del siniestro.

Los dos años de la prescripción ordinaria quedan supeditados al término de los cinco años de la prescripción extraordinaria.

#### 2.6.2 Prescripción extraordinaria en el Contrato de Seguro

Contenida en el aparte 3o. del Art. 1.081 del Co. de Co., en donde se señala que "será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará contarse en el momento en que nace el respectivo derecho.

En este tipo de prescripción lo relativo al cómputo de los cinco años es diferente al previsto para la ordinaria, pues en aquella lo que se tiene en cuenta es el momento en que ocurrió el siniestro independientemente si se conoció o debió conocerse, lo cual constituye la diferencia más evidente frente a la prescripción ordinaria.

Después de ocurrida la prescripción, el asegurado no puede interponer ninguna acción para exigir judicialmente el pago de una indemnización.

Entre la prescripción ordinaria y la extraordinaria, existe afinidad, ya que no es difícil identificar, pues una y otra llamadas a correr contra los mismos sujetos vincula

dos al contrato; uno y otro pueden recaer, por lo menos teóricamente, sobre las mismas acciones, ni el término de la ordinaria ni de la extraordinaria admiten modificación convencional, las dos son susceptibles de interrupción natural; una y otra pueden correr simultáneamente; igualmente existen marcadas diferencias en cuanto a los términos y en cuanto a su iniciación.

Por vía de ejemplo pensemos en que el primero de enero ocurre un siniestro de responsabilidad civil extracontractual y que el asegurado solo sea demandado ocho años después. En este caso es evidente que su responsabilidad frente al afectado subsiste y que debe hacerse efectiva, pero no ocurrirá lo mismo con la responsabilidad de la aseguradora, la cual puede proponer válidamente la excepción de prescripción, debido a que el término máximo que era el de la extraordinaria, se encontrará más que vencido. Es que la prescripción que opera para el contrato de seguro es de las de corto plazo permitidas por la Ley (C.C. Art.2.542). Todo ello reforzado, claro está, con el principio de la legalidad de los contratos previstos en el Artículo 1.602 íbidem. El contrato legalmente celebrado es ley para las partes y solo para éstas, las cuales quedan vinculadas con lo pactado; una es pues la relación damnificado-asegurado y otra la de éste con su compañía de seguros. Hablando claro está del seguro de responsabilidad, en donde además

existe la previsión del Artículo 1.133 de. Co. de Co.

Es lo anterior la posición más legalista. Existe sin embargo, otra corriente que sostiene que, con base en el artículo 1.131 C.de Co., si ocurrido el siniestro cuya indemnización por parte del damnificado es solicitada, digamos a los ocho años, el asegurado puede válidamente reclamar el auxilio de la aseguradora, atendido a que solo hasta esa fecha tuvo reclamación por parte del afectado. Es decir, que con base en esa teoría mientras legalmente exista por parte del asegurado obligación de indemnizar un perjuicio que ha causado, existirá también la de su compañía aseguradora y aquel y ésta deberán entonces dentro del marco general en que opera la prescripción del código Civil.

Solo a partir del momento en que el asegurado reciba reclamación extrajudicial y demanda judicial, es cuando comienza a correr el término de prescripción en su contra. Contra ella podrá utilizar el mecanismo del llamamiento en garantía previsto en el Art. 57 del Código de Procedimiento Civil.

Hay por último una tercera corriente doctrinaria que sostiene que la prescripción comienza a correr a partir del momento en que exista una sentencia ejecutoriada que preste mérito ejecutivo en contra del asegurado. Ello en el

entendido de que solo en ese momento es cuando se ha visto comprometida la responsabilidad del asegurado y consiguientemente deteriorado su patrimonio.

Estas dos últimas teorías tienen en su contra lo siguiente:

Aquella, que la responsabilidad de la compañía aseguradora estará regida por normas generales del Código Civil, siendo así que el citado Artículo 2.542 permite las prescripciones de corto plazo y que además la norma establecida en el artículo 1.081 C. de comercio es inmodificable a la luz del 1.162 íbidem. Esta última tiene en su contra además la existencia misma de la figura del llamamiento en garantía en asocio del mismo artículo 1.131 del Código de Comercio.

## 2.7 EL MERITO EJECUTIVO DE LA POLIZA DE SEGURO

Este quizás sea uno de los puntos particularmente más discutidos y que ha dado a las más diversas opiniones, debido a que su carácter sui generis, el legislador se ha ocupado sobre el tema de una manera especial y excepcional frente a la teoría general de lo que es el Título ejecutivo aún cuando infortunadamente, sin las necesarias claridad en aspecto tan importante.

Señala taxativamente la póliza contrato de seguro que pres

ta mérito ejecutivo por sí sola (Art. 1.053 del C. de Co.) en los siguientes casos :

- 1) En los seguros dotales, una vez cumplido el plazo.
- 2) En los seguros de vida, en general, respecto a los valores de rescate o cesión.
- 3) Cuando transcurren "sesenta días contados a partir de aquel en que el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que según la póliza, sean indispensables, sin que dicha reclamación sea objetada"

Como se aprecia, es el ordinal tercero el que presenta aspectos polémicos y el que ha conservado el espíritu orientador del artículo 25 de la ley 105 de 1927.

Por eso una de las obligaciones del asegurado es la de dar aviso oportuno a la aseguradora, de la ocurrencia del siniestro.

Tal obligación debe cumplirla dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo haya conocido o debido conocer (Código de Co. Art.1.075), sin embargo, su incumplimiento no le hace perder el derecho a la indemnización, si

no solamente se le impone como sanción la deducción de los perjuicios sufridos por parte de la aseguradora por la tardanza.

Con el aviso del siniestro y posteriormente en la medida en que se le vaya solicitando, corresponderá al asegurado demostrar la existencia del siniestro dentro de los treinta días siguientes, así como la cuantía de la pérdida (C. de Co. Art. 1.077) y al asegurador los hechos y circunstancias excluyentes de su responsabilidad.

Demostrado lo primero, el asegurador cuenta con sesenta días dentro de los cuales puede : a) Pagar; b) Objetar fundada y razonablemente, en cuyo caso al asegurado le toca recurrir al proceso ordinario para obtener sentencia que ordene a la aseguradora cancelar la indemnización solicitada más los perjuicios ocasionados con la tardanza. c) No pagar ni tampoco objetar.

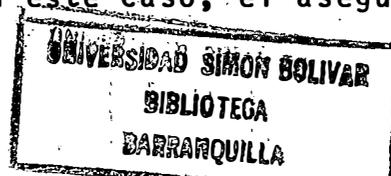
En este último caso el asegurado podrá, bien demandar la indemnización por la vía ejecutiva ( que es el procedimiento más común ) en cuyo caso cobrará intereses a la tasa de el 18% anual (C. de co. Art. 1.080), con la única ventaja de embargar como medida anticipada a la aseguradora, pudiendo también acudir al proceso ordinario.

Debe destacarse que la objeción fundada y oportuna por parte de la aseguradora, lo único que hace es enervar la vía ejecutiva, pero deja la puerta abierta para que el asegurado demanda por vía ordinaria. Y también que la no objeción o la objeción infundada, le plantean al asegurado la escogencia de una de dos alternativas : 0 la ejecutiva o la ordinaria.

El art. 1.080 del C. de Co., está directamente enlazado con el art. 1.053 íbidem, y deben entenderse en conjunto a propósito del mérito ejecutivo de la póliza de seguros.

En cuanto al mérito ejecutivo que puede presentar la póliza en favor de la compañía aseguradora, tenemos : Según el artículo 1.066 del código de Comercio., "el tomador del seguro estará obligado al pago de la prima. Salvo disposiciones legales o contractuales en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro de los diez días siguientes a la fecha de la entrega de la póliza, o si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella".

Debe tenerse en cuenta que la mora en el pago de la prima produce la terminación del contrato a partir de la fecha del envío de la respectiva comunicación por el asegurador, a la última dirección conocida del tomador....., según las voces del artículo 1.068 íbidem. En este caso, el asegu



rador tiene el derecho de exigir que se le paguen la parte devengada de dicha prima y los gastos causados en el proceso de formalización del contrato.

Según lo dispuesto por el artículo 1.052 del C. de Co., las firmas de las pólizas de seguro.... se presumen auténticas. Pues bien, participamos de la creencia de que cuando la póliza ha sido firmada también por el tomador ( cuando este es también el asegurado, pues se refuerza más ), puede exigirse válidamente, por vía ejecutiva, el recaudo de la prima. Ello con plena sujeción a lo requerido por el artículo 488 del C. p. c.

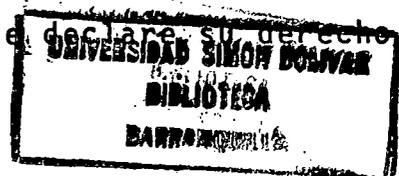
En el contrato de seguro como en cualquier otro contrato, cuando una de las partes intervinientes ha cumplido con su obligación y la otra no, se abre la posibilidad de que quien cumplió o estuvo de acuerdo en cumplir, demanda por intermedio de un juez a quien no cumplió ni estuvo de acuerdo en cumplir.

Como ya se ha planteado, existen dos caminos para que un particular o el asegurado acuda ante la justicia ordinaria para que mediante los trámites del proceso ejecutivo u ordinario se imparta justicia. En el proceso ordinario el Juez debate ampliamente las peticiones del demandante mediante la prueba suficiente de todos aquellos hechos que

el mismo demandante aduce como fundamento de sus peticiones; en esta clase de proceso se le permite igualmente al demandado ejercer todos los medios de defensa que considere oportuno, para que finalmente el aquo, que es una tercera persona imparcial nombrada por el estado para administrar justicia, defina a favor de quien está la certeza o seguridad del derecho, llamese demandante o demandado.

Precisamente por ser tan amplio el campo dentro del cual las partes pueden debatir la incertidumbre o duda que tienen respecto de un derecho subjetivo, este proceso resulta muy dispendioso y en algunas circunstancias costoso.

Para ilustrar un poco mejor como opera el proceso, veamos un sencillo ejemplo: El asegurado X se presenta en una aseguradora a reclamar un seguro de incendio, habida consideración de la ocurrencia de un siniestro (Art. 1.072 del C.de co.). Obviamente dentro de la vigencia, pero el asegurador aduciendo que el asegurado obró de mala fé o actuó dolosamente ( con intención ), destruyendo y/o incendiando su propio bien inmueble, para obtener la indemnización, el derecho de pago de la indemnización ha quedado en entredicho. En este pago si el asegurado considera que le han vulnerado sus derechos e insiste tener derecho a la indemnización negada, podrá acudir ante un juez de la República, para demandar al asegurador, solicitándole que declare su derecho



cierto y definido a recibir la indemnización por el siniestro ocurrido y por la cuantía que se señale en la demanda. El asegurador a su vez, al responder la demanda, podrá proponerle al juez todos los argumentos y medios de defensa que crea tener a su favor, en este caso el juez a través del proceso de juzgamiento, en el que se debaten ampliamente las pruebas aportadas por los integrantes de la litis, termina declarando a favor de alguna de las dos partes comprometidas, un derecho cierto e indiscutido, si falla a favor de el asegurado, la sentencia que dicta prestará mérito ejecutivo contra la aseguradora, si desestima las peticiones del asegurado, el asegurador estaría eximido de responsabilidad y por ende de tener que pagar la indemnización solicitada.

En contraposición al proceso ordinario, existe otro proceso que denominamos ejecutivo, su característica principal es que en este proceso no existe duda o incertidumbre sobre el derecho en cabeza del demandante, sino que por no haber podido satisfacer al demandante su pago se ve en la necesidad de demandar al deudor, para que un juez a través de un proceso coactivo obligue al deudor a pagar aún en contra de su voluntad.

## 2.8 PROCEDIMIENTO PARA LA OBJECION DE UN SINIESTRO

Presentada la reclamación por parte del asegurado a la Compañía Aseguradora, acompañada de todos aquellos documentos que según la póliza son necesarios para definirle el reclamo, éste último dispone de sesenta días para tomar una decisión, bien sea de pagar u objetar.

Si opta por la de objetar, ésta debe estar contenida en una carta elaborada en papel membreteado de la compañía, en la cual se tendrá que expresar de manera clara y precisa las razones o fundamentos de la objeción, así como los hechos en que se funda; la simple manifestación de la aseguradora de que objeta la reclamación, no constituye una objeción, y así lo predica ampliamente la doctrina y la jurisprudencia.

La objeción debe estar firmada por el representante legal de la organización o por la persona que posea poder para objetar, dicho poder debe haber sido otorgado por medio de escritura pública ante notario.

De otro lado, no basta con haberse preparado el escrito, ni que haya sido firmada por el representante legal o por persona autorizada para esta práctica, debe tenerse especial cuidado en la entrega de la misma, o sea debe entregarsele

en forma personal, y si este se muestra renuente a recibir la, dejar constancia en la copia de la objeción de que el asegurado no quiso recibir la comunicación y se hará firmar por dos testigos debidamente identificados con sus cédulas de ciudadanía y direcciones, inmediatamente procederá a enviar la comunicación que no quiso firmar el asegurado por correo certificado con el cuidado de que le sean entregados los recibos de la administración postal, con las cuales se compruebe el respectivo envío, además de lo anterior se le remite una comunicación telegráfica a la misma dirección del asegurado en la cual se le informe que le fue enviada la objeción por correo certificado.

## RECAPITULACION

Las notas consignadas en esta parte del estudio ponen los cimientos y estructuran el marco general dentro del cual se desarrollará la parte siguiente. En ella se han destacado las más importantes connotaciones del contrato de seguro.

Con el estudio de sus antecedentes históricos encontramos como el contrato de seguro surgió como una necesidad de protección. Ante los embates de la naturaleza y los estragos de la guerra surgieron algunas formas de seguro cuya finalidad era la de proteger la integridad y el patrimonio de los individuos.

Con la forma como está concebido el contrato de seguro en la actualidad, lo tomamos enmarcado dentro de precisas leyes contractuales que lo destacan como solemne, oneroso, aleatorio y bilateral. A pesar de compartir las características propias de todo contrato, tiene otras que hacen de él algo particular, con notas peculiares, como aquella que exige que una parte de las partes, la compañía

aseguradora, sea una persona jurídica a la cual se le exige una serie de requisitos de orden técnicos, administrativos y legales, dando de esta forma seguridad y confianza a los asociados en la celebración del contrato.

Encontramos en el contrato de seguro que es el principio indemnizatorio el que principalmente orienta su filosofía, con la indemnización se busca restablecer las cosas al estado que tenían antes de ocurrido el siniestro, restablecimiento que impide que la dicha indemnización sea tomada como fuente de enriquecimiento. Lo que se busca es amortiguar una pérdida patrimonial, que de no existir el seguro, sería total.

Además, de las características que trae el Código de Comercio en su artículo 1.036, estudiamos otras señaladas por la doctrina. Por ejemplo, se dice que el contrato de seguro es de adhesión : sobre este punto no hay unidad conceptual; pues unos consideran incluso, que el contrato de adhesión propiamente dicho no existe, ya que siempre la parte que se va a adherir es libre de hacerlo o no, de contratar o de abstenerse de hacerlo. La conclusión a la que pudimos llegar sobre ese punto, es que en los contratos de seguros ordinarios, sí impera esta característica. En otros, dado su complejidad y significación económica, puede haber discusión respecto del clausulado y las reglas que van a regir

lo, (naturalmente dentro de lo permitido).

Con la característica de la buena fe se pone de presente el más estricto sentido en la contratación, pues las consecuencias que se generan son altamente peligrosas. La lealtad y honestidad del asegurado proporcionan el equilibrio económico -jurídico del contrato de seguro.

### TERCERA PARTE

SUMARIO : III. Seguro a Primera Pérdida; 3.1 Ubicación; 3.1.1 El sobreseguro; 3.1.2 El Infraseguro ; 3.1.2.1 Operancia; 3.1.2.2 Pago según la Regla Proporcional;

IV. Seguro a Primera Pérdida; 4.1 Características fundamentales; 4.2 Clasificación del seguro a primera pérdida; 4.2.1 A primer riesgo relativo; 4.2.2 a primer riesgo absoluto.

SINOPSIS : Intencionalmente quisimos pasar por alto algunos puntos generales del contrato de seguro, pues lo que pretendíamos era destacar las que consideramos sus más importantes características, dejando abierto el campo para estudiar esta especial manera de asegurar reservada solo para determinados eventos.

El seguro a primera pérdida también es conocido como seguro a primer riesgo. Se inspira en el principio de la pérdida más probable, por virtud del cual el candidato a ase

gurado hace el cálculo técnico de probabilidades de riesgo que puede afectar su patrimonio o una parte de él, y procede a la contratación. Riesgoso hasta cierto punto pues por razón del cálculo el asegurado deja de todas formas expuesta una parte de lo asegurado, pero creemos que prefiere asumirlo ante el alto costo de las primas y las bajas probabilidades de siniestro total. En este punto, es bueno aclarar de entrada que la proporción que establece el asegurado, debe mantenerse durante todo el contrato, para que, si siniestro que ocurra durante su vigencia sea pagado en su totalidad, pues la variación de la misma coloca al asegurado frente al sobreseguro o al infraseguro en la medida en que varía la proporción establecida.

### III. SEGURO A PRIMERA PERDIDA

#### 3.1 UBICACION

Tal como ha quedado expuesto el contrato de seguro es atendido por la Legislación Colombiana, regulado en sus aspectos más importantes, encausado en estricto sentido con formalidad y rigorismo hacia el campo de la protección del asegurado o sus causahabientes, en cuanto a su patrimonio se refiere, lo que a la postre redundará en seguridad ciudadana.

Con clara y precisa orientación hacia el plano de lo indemnizatorio, en la medida en que la relación contractual haya sido gobernada por la buena fé, no solo en lo prestablecido, sino a lo largo de la relación, como que han podido surgir variantes puestas en conocimiento de una y otra parte y aceptadas con los reajustes a que hubiere lugar.

Todo ello ateniéndonos a la regla general, que no la común, de que el seguro sea contratado de manera adecuada, es decir, que la suma asegurada corresponda al verdadero valor del riesgo, lo que conduce a que, producido el siniestro

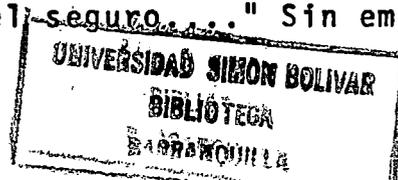
dentro de la cobertura del contrato y las circunstancias del mismo, el seguro cumpla en debida forma su función como ha sido el querer del legislador, receptor de las necesidades económicas y sociales.

Al margen de ésto pueden presentarse otras circunstancias que alteran la normalidad del contrato y que producen sus propias consecuencias dentro de su propia autonomía. Así encontramos dos figuras jurídicas que rompen el equilibrio contractual, y de las cuales nos ocuparemos por separado: el sobreseguro e infraseguro.

### 3.1.1 El Sobreseguro

Consiste en que el valor asegurado es superior al valor real del interés, en cuyo caso, cuando ha habido por parte del asegurado intención manifiesta de defraudar al asegurador, se producirá la nulidad del contrato con retención de la prima a título de pena. Naturalmente, esto es, en nuestro sentir, carga probatoria del asegurador. C.de Co. art. 1.077.

..... En los demás casos podrá promoverse su reducción por cualquiera de las partes contratantes, mediante la devolución o rebaja de la correspondiente prima al importe del exceso y al período no transcurrido del seguro. Sin em

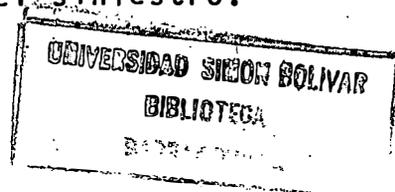


bargo esta reducción puede efectuarse mientras no haya transcurrido un siniestro total. C. de co. art. 1.091.

Según se desprende de la citada norma, con respecto al fenómeno contractual del sobreseguro, se tienen dos posibilidades : La nulidad del contrato y la devolución de la prima o la reducción de esta.

En cuanto a la primera posibilidad, tenemos que para que se pueda declarar la nulidad del contrato es necesario, y requisito básico, demostrar la clara intención de defraudar por parte del asegurado, hecho que resulta difícil de probar por la aseguradora, por lo cual muchas optan por pagar tomando como base el valor del bien en el momento del siniestro.

Contratado el seguro de esta manera el asegurado cree erróneamente sacar provecho o ventaja, cuando por el contrario lo que puede suceder es que se le declare la nulidad del contrato, y en caso de que ello no llegare a ocurrir, por ser el contrato de seguro meramente indemnizatorio, lo único que lograría sería que se le indemnizara con base en el verdadero valor del bien al momento del siniestro y no por uno mayor aunque la suma por la que fue asegurada sea superior, perdiendo entonces las primas de una cobertura que no tiene operancia alguna al momento del siniestro.



La segunda posibilidad en el caso del sobreseguro, es la devolución de la prima o la reducción de esta. Esta posibilidad tiene operancia cuando queda establecido un supra seguro sin intenciones fraudulentas, sino que proviene de una mala estimación del interés asegurable o de una posterior depreciación del bien, caso en el cual se puede lograr la reducción de las primas y en los más obtener la devolución del exceso.

Si llegase a ocurrir el siniestro total, ya no sería posible la reducción o la devolución de la prima, pero la indemnización deberá ajustarse al valor del bien antes o en la fecha del siniestro.

### 3.1.2 El Infraseguro

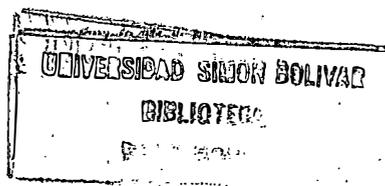
3.1.2.1 Operancia. Esta modalidad se presenta cuando la suma asegurada resulta inferior al valor del interés asegurable. También conocido como seguro insuficiente, su consecuencia lógica es la de que la indemnización será parcial, es decir, que no corresponda, como era de esperarse, al verdadero valor del interés sino que se ajusta a la equivalencia que guarda el contrato entre la prima recibida y la indemnización a pagar por parte de la aseguradora, por haber asumido el riesgo.

En estos casos el asegurado es considerado como su propio asegurador en la parte proporcional no asegurada. El profesor Lopez Anota : En lo que respecta al tema del infra seguro por las múltiples discusiones que se originan cuando se presenta, semillero de pleitos y de mala imagen para las aseguradoras, a causa de la creencia errada, existente no solo en nuestro medio, de que se ahorran primas cuando no se indican adecuadamente los valores asegurados, pensando que es remota la posibilidad de pérdida total, con relación a que en caso de daños parciales la aseguradora les indemnizará íntegramente, pues se ignora que cuando en el momento del siniestro no existe esa adecuada concordancia entre el valor asegurado y el valor asegurable por ser aquel notoriamente inferior a éste, se aplica la regla proporcional establecida en el numeral 10. del artículo 1.102 del código de Comercio".<sup>1/</sup>

3.1.2.2 Pago según la regla proporcional . Esta modalidad del pago surge cuando en el momento del siniestro no existe una adecuada concordancia entre el valor asegurado y el valor asegurable, por ser aquel notoriamente inferior a éste. El pago según la regla proporcional está estableci

---

<sup>1/</sup> LOPEZ, B. Hernán Fabio. Ob cit, pp.115,116.



do en el numeral 10. del artículo 1.102 el cual dice : "No hallándose asegurado el íntegro valor del interés, el asegurado sólo estará obligado a indemnizar el daño a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no lo esté".

Esta fórmula de la regla proporcional legalmente concebida significa que, en caso de siniestro que origine la pérdida parcial del interés asegurado, el asegurador estará obligado a indemnizar una parte del daño equivalente a la relación porcentual que hay entre la suma asegurada y el valor asegurable en el momento del siniestro.

La proporcionalidad nos resulta de una simple operación aritmética:

$$\text{Indemnización} = \frac{\text{Suma asegurada}}{\text{Vr. del bien al momento del siniestro}} \times$$

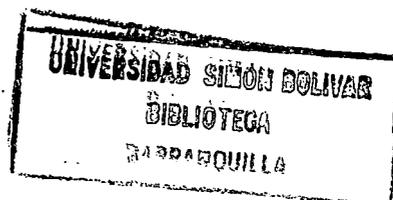
valor pérdida.

$$\text{Digamos que : } \frac{12'000.000.}{18'000.000.} \times 5.000.000.$$

Indemnización será igual a : \$ 3.333.333,33

Asegurado tendrá que asumir : \$ 1'666.666,67

Así las cosas, tenemos que por no haberse trasladado a la compañía aseguradora el riesgo sobre la totalidad del bien, el asegurado debe soportar una parte proporcional de su pérdida que será justamente aquella que la compañía no tenga que pagar, o sea el 66.6%.



#### IV. SEGURO A PRIMERA PERDIDA

También denominado seguro a primer riesgo, tratado como una clara excepción a la regla proporcional de que hemos venido hablando, encontró asidero jurídico en la legislación colombiana a través del aparte tercero del art. 656 del Código de Comercio Terrestre. "... Sin embargo, los interesados podrán estipular que el asegurado no soportará parte alguna de la pérdida o deterioro, sino en el caso que el monto del siniestro exceda la suma asegurada".

De igual manera tal figura estuvo planteada en el proyecto de Código de Comercio colombiano de 1958, luego por el segundo aparte del Art. 1.102 del Código vigente.

El seguro a primer riesgo suele solicitarse <sup>1/</sup> cuando el proponente cree que cualquier siniestro que pueda sufrir

---

<sup>1/</sup> Técnicas de Seguro. p.109,

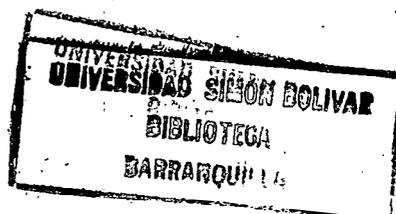
a consecuencia de un determinado peligro no puede representar más que una fracción del valor en juego. De acuerdo con ellas, cuando se produce un siniestro el asegurador paga hasta la suma asegurada, sin tener en cuenta el valor total. Los aseguradores, por lo general, no son partidarios de las pólizas que no se basen en los valores totales, pero cuando aceptan esa cobertura suelen cobrar un tipo de prima sustancialmente superior a la normal.

Las probabilidades de pago total son más elevadas, por lo que el asegurado debe soportar también un costo más alto.

#### 4.1 CARACTERISTICAS FUNDAMENTALES

Originario del seguro de incendio exige estipulación expresa. Se ubica legalmente dentro "..... las cosas puramente accidentales del contrato..." pues ".... ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales" c.c. art. 1.501.

Su naturaleza puramente accidental lo ubica de entrada en el campo de la autonomía de la voluntad, pues son las partes contratantes quienes deben decidir si lo pactan o no, en qué medida y para qué tipo de riesgo. Su inclusión ha de ser expresa y debe constar por escrito.



Es un seguro en que "... el capital es manifiestamente inferior al valor total de los bienes sometidos al riesgo y en el que, sin embargo, el asegurador renuncia de antemano a aplicar la regla proporcional en razón de la insuficiencia del valor asegurado con relación al valor asegurable. El asegurado obtiene así una garantía total hasta concurrencia de una cifra determinada; empero, si él se encuentra dispensado de hacer cubrir un capital igual a la totalidad de sus existencias, por lo general está obligado a declarar al asegurador dicha totalidad, de suerte que convencionalmente la garantía opera en función de esta declaración y la regla proporcional aparece bajo una forma diferente..."

El seguro a primer riesgo, se funda en la cuasicertidumbre de parte del asegurado del carácter simplemente parcial del siniestro : El capital asegurado representa el daño máximo posible... prácticamente el siniestro no puede, sobre todo si el seguro está bien hecho, sobrepasar el capital asegurado. 2/.

---

2/ Cita de M.Picard et A.Besson. Les Assurances Terrestres, T.I., Contrat d'Assurance, 4<sup>ème</sup> ed.L.G.D.J., Paris, 1975, No.179, pp.305/7, hecha por Fernando Hineztosa en su alegato ante el Tribunal de Arbitramento Abocol vs. Seguros Bolívar y otra.

En el seguro a primer riesgo cada daño es indemnizado hasta la suma asegurada, sin preguntarse si la suma asegurada corresponde al valor asegurable.....por cuanto las cosas no son aseguradas por el valor que tienen..." 3/

" Con la póliza a primer riesgo, el asegurador se obliga a responder por la totalidad de un siniestro, dentro de los límites de la suma asegurada, la cual es generalmente inferior al valor real total de los bienes amparados. Lo cual quiere decir que no se aplica la regla proporcional..."4/

La fórmula contemplada en el segundo aparte del artículo 1.102 del Código de comercio, se basa fundamentalmente en lo que se conoce como "La pérdida más probable" como con traposición a la "Máxima Pérdida Probable" utilizada especialmente cuando se está frente a un gran riesgo, determinada por el multimillonario valor del bien asegurado, pero en el que dentro de un cálculo razonable, producto de un con

---

3/ PROLS, Martín. Versicherungsvertragsgesetz- Ley del Contrato de Seguro. 21a.ed. Ed.Beck,Munich,1977,56,3,a., p.310. Citado por Hinestrosa en el Mencionado alegato.

4/ R.DOERR. El seguro de Incendio. Ed.Cfa Suiza de Reaseguros. 1976. pp.29 y 30.

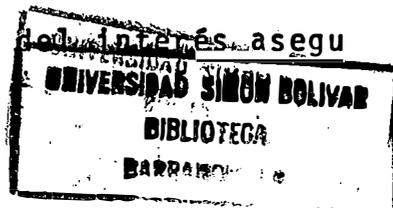


científico y técnico análisis, de llegar a ocurrir un siniestro este no afectaría la totalidad del mismo, razón que justifica la existencia legal y económica de este especial tipo de seguro.

Las partes admiten que la suma asegurada se fije en proporción al valor total del interés asegurable, no siendo nunca inferior al 70% y ello por el razonamiento ya planteado de que de ocurrir un siniestro este no afectaría la totalidad del bien sino cuando mucho la parte asegurada.

Esta situación nos coloca frente al pago de la prima: Podríamos pensar que se está alterando el justo equilibrio prestacional entre los contratantes pues la prima no se cobra en la misma proporción, sino que es ostensiblemente mayor. La razón de ser, sin embargo, radica en que el asegurador asume mayor riesgo al efectuar completo el pago del siniestro parcial.

Ahora, es claro que la proporción que se ha aceptado para la celebración del contrato de seguro debe mantenerse durante toda la vigencia del mismo, y en caso de que varíe el valor de dicho interés asegurable se deben llevar a cabo los ajustes de rigor para que no haya desequilibrio en la proporción establecida y aceptada. Porque en caso contrario, es decir, que aumente el valor del interés asegu



rable y no se reajuste la proporción, al ocurrir el siniestro tendríamos definitivamente que resolverlo a la luz del infraseguro y habría lugar a la aplicación de la regla proporcional, amén de cualquier otra consecuencia que se genere.

Hasta aquí tenemos entonces que el asegurado tiene interés asegurable solo en una parte del valor total del bien asegurado, en la proporción aceptada por ambos contratantes; pero el valor de la prima se cobra con base en su valor total. Esto porque se establece previamente que un siniestro no afectaría nunca la total integridad del objeto asegurado sino cuando mucho, la parte que se aseguró.

Por esa razón, el valor de la prima es más alto, y por la misma, de ocurrir el siniestro temido por el asegurado, tiene la aseguradora que pagar la totalidad, así sea parcial.

Cuando el siniestro sobrepasa el valor del interés asegurado, (cuando no ha variado la proporción) el exceso debe ser asumido por el propio asegurado como consecuencia de su mal cálculo.

## 4.2 CLASIFICACION DEL SEGURO A PRIMERA PERDIDA

La doctrina lo ha dividido en dos tipos básicos diferentes: A primer riesgo relativo y a primer riesgo absoluto.

### 4.2.1 A primer Riesgo Relativo

En esta modalidad se fija una relación entre el valor exacto de los bienes asegurados y el monto asegurado a primer riesgo.

Bajo este régimen se aplica la regla proporcional en caso de que, en el momento del siniestro, se compruebe que esta relación mínima estipulada no ha sido respetada... en el caso de que la relación mínima estipulada haya sido respetada es decir, que la relación real es igual o mayor, se indemnizarán todas las pérdidas hasta el importe convenido para el primer riesgo.

La aplicación más conocida de seguro a primer riesgo relativo es la llamada cláusula del 80%. Bajo esta forma de póliza, la compañía concede al asegurado que la regla proporcional o sea la cláusula de coaseguro....., solo se aplicará cuando el porcentaje de la suma asegurada con respecto al valor que ampara, sea inferior al 80% de este último.."

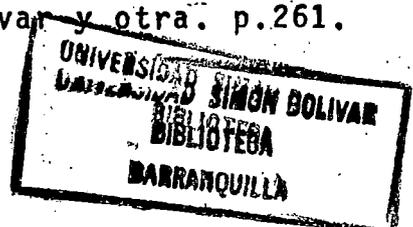
"....pero las partes, que pueden lo más, ésto es, derogar totalmente la regla proporcional, también pueden lo menos, o sea, derogarla parcialmente, delimitar, con arreglo a otros criterios, su campo de aplicación, o, simplemente, subordinar la derogación al cumplimiento de determinada condición o la satisfacción u observancia de determinada prestación. Es el seguro a primer riesgo relativo. En que la redención del asegurado de la cláusula de prorrateo se haya estipulada, la pérdida será absorbida, en su totalidad, por el asegurador si funcionan los presupuestos contractuales, pero no es fatal ni ineludible, como en el seguro a primer riesgo absoluto. Con esos presupuestos subordinantes se busca también, por otros caminos, preservar el equilibrio de las prestaciones recíprocas, afianzar o aquilatar la relación riesgo-prima que es el sustento técnico-financiero de la institución". <sup>5/</sup>

#### 4.2.2 A Primer Riesgo Absoluto

El segundo caso es el del primer riesgo absoluto, donde no se fija ninguna relación entre el valor real y el monto asegurado. Sin embargo, es necesario estimar el valor total

5/

Arbitramento Abocol vs. Seguros Bolívar y otra. p.261.



de los bienes para calcular la prima apropiada. El monto del primer riesgo absoluto se fija normalmente, tomando en cuenta el valor máximo por riesgo que la póliza protege, o el siniestro máximo probable que pueda ocurrir, añadiendo cierto margen de seguridad sobre todo cuando se trata de una sola ubicación, de un solo riesgo" <sup>6/</sup>

Esta distinción es un poco más pormenorizada por Ossa <sup>7/</sup>, el cual divide el seguro a primer riesgo de la siguiente manera:

- Seguro a primer riesgo absoluto : a) por acuerdo expreso; y b) por acuerdo tácito.
  
- Seguro a Primer riesgo relativo : a) Coaseguro pactado; b) Seguro de índice variable; c) Valor asegurable como determinante de la suma asegurada, y d) Pólizas de de claraciones.

1. El seguro a primer riesgo absoluto es el sistema contractual según el cual por acuerdo expreso o tácito, el

---

<sup>6/</sup> DOERR, R. Ob.Cit,

<sup>7/</sup> OSSA J. Efrén, Teoría General del Seguro, Ed. Temis, 1984.

el asegurador se obliga a soportar el valor total de la pérdida derivada del siniestro, en cuanto no exceda la suma asegurada.

Cuando este acuerdo lo es en forma expresa, se basa en la estipulación contractual, y se basa en una tarifa y en la respectiva prima adecuadas a la dimensión del riesgo asumido por el asegurado, obteniendo el asegurado el derecho a la indemnización total del daño cualquiera que sea la relación existente entre la suma asegurada y el valor asegurable.

2. "Y el seguro a primer riesgo absoluto por acuerdo tácito, se presenta cuando sin necesidad de estipulación expresa, por improcedencia de la regla proporcional, es decir, por exclusión natural de ésta, puede provenir del "acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador, sobre el valor real del interés asegurado, de acuerdo con el aparte 2o. del art.1.089, toda vez que esta hipótesis, no es dable al asegurador, ocurrido el siniestro, probar que el "valor acordado" es inferior al "verdadero valor del interés objeto del contrato"....."

El seguro a primer riesgo relativo se presenta cuando la redención del asegurado de la cláusula de prorrateo se haya estipulada y la pérdida sea absorbida en su totalidad

por el asegurador, si funcionan los presupuestos contractuales, pero no es fatal e ineludible, como en el seguro a primer riesgo absoluto.

Este seguro a primer riesgo relativo presenta las siguientes modalidades:

- Coaseguro Pactado : Es aquella figura jurídica por medio de la cual las partes acuerdan que la suma asegurada se determina en función de un porcentaje del valor asegurable y al cual se debe adecuar la prima correspondiente en el evento siniestral, supuesta la equivalencia de ese porcentaje el valor asegurable en el momento del siniestro, el asegurador debe absorber la totalidad de la pérdida". El exceso de éste, necesariamente sobre la suma asegurada, queda a cargo del asegurado.

No es aconsejable en el seguro de intereses particularmente susceptibles de pérdida total derivada del riesgo asegurable.

- El Seguro de Índice Variable : Que supone una suma asegurada aceptable, gradual y permanentemente durante la vigencia del contrato, el valor asegurable del interés asegurado, con arreglo a un índice preestablecido en la póliza, como puede ser el de costo de la construcción, etc., aunque

no es descartable tampoco en el presente caso, la regla proporcional, ya que a la ocurrencia del siniestro, el valor asegurable del interés objeto del contrato, confrontado con la suma asegurada ajustada conforme con el índice contractual, puede arrojar un déficit a cargo del asegurado con la consiguiente reducción proporcional de la prestación asegurada.

- El valor asegurable como Determinante de la Suma asegurada : se presenta cuando el seguro a primer riesgo se subordina al cumplimiento de determinada condición, como a la observancia por parte del asegurado de una conducta contractual específica, como por ejemplo, ajustar con cierta periodicidad el valor del seguro, para proveer la suficiencia de la prima, por lo que el asegurado no puede omitir tal obligación, pues, de lo contrario, le sería impuesta, en caso de siniestro, la aplicación de la regla proporcional, por ser éste el modo como se obtiene el equilibrio contractual.

- Las Pólizas de Declaraciones : Se les denomina de declaraciones o también flotantes a las que van enderezadas a prevenir la eventual aplicación de la regla proporcional en caso de siniestro, teniendo en cuenta que tienen un límite máximo asegurado, por encima del cual no responde el asegurador, el valor asegurable esencialmente flexible o

valor real que día a día van restringiendo las cosas aseguradas durante la vigencia del seguro y el valor declarado que con periodicidad preestablecida ( decenal, quincenal, mensual, trimestral), basados en valores asegurables promedios debe suministrar el asegurado al asegurador como base indispensable para la liquidación o ajuste de la prima y que da origen a la emisión periódica de los respectivos certificados de "aplicación a la póliza".

Y puede ocurrir que al acaecimiento del siniestro, por imprevisión del asegurado, el valor asegurable exceda el límite máximo asegurado, caso en el cual procede la regulación del año indemnizable con aplicación de la regla proporcional, si la pérdida llegare a ser parcial, pero si fuere total, este último constituye el límite de la indemnización a cargo del asegurador, ya que por ley no puede desvirtuar el asegurador tal realidad.

## CONCLUSION

No obstante constituir el tema principal de este trabajo el Seguro a Primera Pérdida aplicado en la Legislación Colombiana, en la primera parte del estudio trato de ilustrar la indiscutible y trascendental importancia que tienen los seguros en el normal desenvolvimiento de la vida, tanto económica como social de las personas y de la industria en general.

Los contratos en términos generales podríamos decir que conservan cierto ritual característico, pero en realidad son completamente diferentes y están divididos básicamente en dos grandes conceptos: los seguros de personas y seguros patrimoniales; dentro de los primeros podríamos citar el Seguro de vida individual, de vida colectivo, seguro prorrogado, accidentes laborales, escolares y sus anexos de doble indemnización, incapacidad total y permanente, gastos de entierro; mientras que dentro de los patrimoniales encontramos: incendio y ramas afines, transporte, automóviles, sustracción, marcando gran importancia el de incendio por la incidencia en la vida diaria de las perso

nas y/o empresas, ya que nadie ni ninguna entidad podría con sus propios recursos hacerle frente a las pérdidas derivadas de la ocurrencia de un siniestro.

Este ramo de los seguros generales es el que marca la pauta dentro de esta industria, por su volumen de pólizas expedidas, de primas escritas y pagadas y de valores asegurados; sin dejar a un lado los seguros especiales que día a día y en la medida que la tecnología avanza, los aseguradores a su vez exploran más y llegan aún más a las necesidades de las personas, por ello hoy contamos con un seguro apropiado para la construcción de un gigantesco puente, denominado de Montaje o Rotura de Maquinaria, los sofisticados equipos electrónicos con la póliza para equipos electrónicos, o corriente débil como ha querido llamarlo Fasecolda; estos contratos a su vez se complementan con otros, pero definitivamente dependiendo de las necesidades de cada industria en particular.

De la investigación realizada debo hacer notar el tremendo auge que ha tomado en la última década los seguros colectivos de vida, ya que por sus valores asegurados y costos relativamente al alcance de las personas, hacen que sea o se convierta en el seguro novedoso y a no dudarlo, marcará eco en la historia de los seguros en Colombia.

En lo tocante al seguro a Primera Pérdida, tema que he escogido, su importancia y necesidad hacen indispensable el comienzo de las investigaciones que conduzcan a su óptima aplicación, dentro de él debemos tener en cuenta el concepto de Pérdida Máxima Probable, ya que es la base fundamental de su aplicación, entendiendo como Pérdida Máxima Probable el valor máximo que en circunstancias normales puede significar la pérdida derivada de un solo acontecimiento sobre un interés o conjunto de intereses asegurados, habida consideración de la naturaleza y grado del riesgo que los amenaza y de su propia magnitud económica.

Por constituir el contrato de seguro de automóviles el ramo que más complejidad presenta, he querido traer a este trabajo, aunque sea muy superficial, las grandes dificultades que con frecuencia se presentan en la atención de un siniestro.

Básicamente la póliza está dividida en dos secciones, la primera denominada de Responsabilidad Civil Extracontractual y la segunda de Casco o daños parciales o totales, siendo entendido que para la aplicación de la primera parte para efectos de la indemnización, se hace necesaria la presentación de la sentencia judicial debidamente ejecutoriada que declare la responsabilidad del asegurado, práctica ésta que en mi opinión debe ser revaluada y no me mues

tro de acuerdo con esta tésis, y apoyo mi fundamento en que siendo clara la responsabilidad de un accidente, no veo conducente que para lograr el resarcimiento de los daños causados, se tenga que recurrir hasta la justicia ordinaria para que previo los trámites del proceso ordinario declaren culpable al asegurado, produciendo esta práctica molestias y gastos al cliente que en suma igualmente deberán ser reembolsados por los aseguradores; afortunadamente, el gobierno, a través de la Superintendencia Bancaria, mediante oficio DS 3.111 y C-024994 de junio 4 de 1987 y que entró en vigencia en agosto 8 de 1987, dispuso que en tratándose de accidentes, en donde la responsabilidad de los intervinientes no diera lugar a controversias se podría o podrá atender el siniestro sin necesidad de la Sentencia Judicial en firme, situación que me parece muy lógica, pero como nuestro ordenamiento Civil contempla la figura de la transacción como una de las formas anormales de terminar un proceso, en la práctica se ha abolido la sentencia, pero continuamos cortos en las indemnizaciones que en mi sentir y dado el costo de las primas, las compañías perfectamente podrían cubrir las indemnizaciones en su totalidad, es decir, el valor real de los daños sufridos y de esta manera considero que la industria ha dado un paso fundamental en lo que yo llamaría depuración de la moral de algunos ciudadanos.

Con lo anterior, reseño la importancia del Contrato de Seguros, en sus distintas modalidades, en la época actual.

## BIBLIOGRAFIA

ACOLDESE. La Acción Ejecutiva Derivada del Contrato de Seguros. 2o. Encuentro Nacional. Cali, junio de 1976. Folleto.

ACOLDESE. El Derecho de Subrogación en el Contrato de Seguros. 7o. Encuentro Nacional. Manizales. Julio de 1981. Folleto.

COLOMBIA CONGRESO DE LA REPUBLICA. Nuevo Código de Comercio. Compilado por José Felix Castro. Librería Publicitaria. Bogotá, edición 1979.

COLOMBIA CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código Civil Colombiano. Compilado por Jorge Ortega Torres. Editorial Temis, Bogotá. Edición 1982.

CURSO DE SEGUROS. Seguros Patrimoniales. Editorial Mapfre S.A. Avenida Bavaria, 10 Madrid.

DIAZ, Luis Antonio. Aspectos Generales del Contrato de Se

guro. Edición Subgerencia Capitalización Seguros Bolívar. Mayo 25 de 1985.

OSSA, J.Efrén. Teoría General del Seguro. Editorial Temis, Librería Bogotá. 1984.

TORRES ZULETA, Bernardo. El contrato de seguros en el nuevo Código de Comercio. Librería Nacional. Edición Marzo de 1972.

