

Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

**Cláusulas Claims Made en el Contrato de Seguro de Responsabilidad Civil en Colombia:
Revisión a la Afectación de los Derechos del Asegurado – Consumidor**

Paola Andrea Silva Rodríguez

Trabajo de Grado para optar por el Título de Abogada

Directora:

Karol Vega Peña

Codirectora:

Denisse Herreño Castellanos

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División De Ciencias Humanas

Facultad De Derecho

2017

Contenido

	Pág.
Introducción	6
1. Planteamiento del problema.....	8
1.1 Descripción del problema	8
1.2 Formulación de la pregunta la de investigación	12
1.3.1 Objetivo general.....	12
1.3.2 Objetivos específicos	12
1.4 Justificación	13
2. Marco teórico	14
2.1 Antecedentes	14
2.2 Estado del arte.....	20
2.3 Marco referencial o conceptual.....	26
3. Metodología	28
3.1. Fuentes e instrumentos de recolección	29
3.1.1 Fuentes primarias	29
3.1.2 Fuentes secundarias:	29
3.2 Instrumentos.....	30
4. Resultados esperados	30
5. El contrato de seguro de responsabilidad civil y las cláusulas claims made en el derecho colombiano.....	30
5.1 El contrato de seguro	30
5.2 La responsabilidad civil	34

5.3 El seguro de responsabilidad civil	39
5.3.1 Concepto	39
5.3.2 Marco legal	41
5.3.3 Elementos.....	44
5.3.3.1 Riesgo Asegurable.	44
5.3.3.2 Interés asegurable.....	46
5.3.3.3 El siniestro.	48
5.3.3.4.1 El hecho dañoso.	49
5.3.3.4.2 Reclamo de la víctima.....	50
5.3.3.4.3 Liquidación de la deuda.	50
5.3.3.4.4. Pago.....	50
5.3.3.4.5 Hecho complejo.	51
5.3.3.4 Obligación condicional del asegurador.....	51
5.3.4 Obligaciones de las partes.....	52
5.3.4.1 Cargas, deberes, y obligaciones del tomador y del asegurado en el seguro de responsabilidad.	52
5.3.4.1.1 Deberes.	52
5.3.4.1.2 Cargas.	53
5.3.4.1.3 Obligaciones.	54
5.3.5 Cargas, y obligaciones del asegurador en el seguro de responsabilidad.	54
5.3.6 Acción directa de la víctima.	56
5.3.6.1 Naturaleza.	56
5.3.6.2 Personas legitimadas.....	58

5.3.3.3 Derecho a la información como derecho derivado de la acción directa.	59
5.6.7 Prescripción de la acción derivada del seguro de responsabilidad civil.	60
5.4 Las cláusulas claims made	73
5.4.1 Antecedentes.	73
5.4.2 Concepto.	76
5.4.3 Clases.	77
5.4.3.1 Cláusulas claims made sin período de retroactividad.	78
5.4.3.2 Cláusulas claims made con período de retroactividad.	79
5.4.3.3 Cláusulas claims made más reporte durante el período de vigencia.	79
5.4.3.4 Cláusulas claims made con cobertura especial a futuro para hechos notificados.	80
5.4.3.5 Cláusulas claims made con período adicional para notificaciones.	80
5.4.4 Problemas jurídicos de las cláusulas claims made.....	81
6. Afectación de las cláusulas claims made desde la teoría del abuso del derecho y la prohibición de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo.	83
6.1 El abuso del derecho	83
6.2 Las relaciones de consumo y las cláusulas abusivas	86
6.3 Consecuencias negativas de la estipulación de las cláusulas claims made.....	96
6.4 Análisis de las cláusulas claims made a la luz del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 y del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009.....	98
7. Conclusiones	100
Referencias.....	104

Lista de figuras

Pág.

Figura 1. Prescripción de la acción derivada del seguro de responsabilidad civil según el texto inicial del artículo 1131 del Código de Comercio.	64
Figura 2. Prescripción de la acción derivada del seguro de responsabilidad civil según la Ley 45 de 1990.....	68
Figura 3. Prescripción de la acción derivada del seguro de responsabilidad civil según el Inciso 1 del Artículo 4 de la Ley 389 de 1997.....	70
Figura 4. Prescripción de la acción derivada del seguro de responsabilidad civil según el Inciso 2 del Artículo 4 de la Ley 389 de 1997.....	71

Introducción

El presente trabajo es el resultado del estudio del sistema de reclamación basado en las cláusulas claims made, contenidas dentro de los seguros de responsabilidad civil. Este estudio se torna importante y por demás necesario, considerando las críticas y problemáticas surgidas con ocasión de la aplicación de dichas cláusulas, en virtud, sobre todo, de la afectación al asegurado, frente a una ventaja de los intereses de los aseguradores, por lo que resulta imperioso efectuar un análisis direccionado a propender por un escenario en donde se garantice un equilibrio real entre las partes y/o sujetos intervinientes en el contrato de seguro en comento.

El origen de las cláusulas Claims Made obedece a circunstancias eminentemente económicas. Este se dio en Estados Unidos de Norte América, con el fin de detener los efectos patrimoniales negativos que se surgieron como consecuencia de los siniestros tardíos o de cola larga -long tail-, cuya reclamación se realiza años después de finalizada la vigencia del contrato de seguro; así ocurrió en el caso del asbesto, del agente naranja, y de daños ambientales, etcétera¹. Estas eventualidades produjeron una crisis en el sistema de seguros de responsabilidad civil, ya que la afectación retroactiva de pólizas perjudicó la estructura financiera y actuarial de esta clase de seguro.

Es menester dejar por sentado que las contingencias que suscitaron la creación de este tipo de cláusulas en Estados Unidos, son diferentes a las que se viven en Latinoamérica; aunado a ello, es imposible obviar la diferencia existente entre los sistemas judiciales, y pasar desapercibido el

¹En Estados Unidos, en virtud de los casos de asbestosis (En los años 80s llegaron a acumularse 30.000 reclamaciones de trabajadores industriales expuestos al asbesto entre los años 20s y 30s), talidomida, el dispositivo dalkon shield, y contaminación por residuos tóxicos (Contaminación de aguas subterráneas entre 1952 y 1982 de una planta de la Shell; se le demandó solo por costos de limpieza en cuantía de US1.900.000millones), entre otros, los aseguradores tuvieron que asumir cuantiosas indemnizaciones correspondientes a pólizas que habían expirado muchos años atrás; situación que generó una crisis en el aludido sistema de ocurrencia.(Díaz-Granados, 2012)

hecho que allí los términos de prescripción son mucho mayores en comparación con los nacionales, situaciones estas que generan una serie de cuestionamientos, en su adopción e implementación en el sistema jurídico colombiano, los cuales se abordarán y analizarán en el presente estudio.

Esta monografía se divide en dos capítulos. El primero de ellos resume la descripción de los elementos y características del seguro de responsabilidad civil y las cláusulas claims made; toda vez que por una parte y según la legislación nacional, solo en aquel tipo de seguros se permite el pacto de estas cláusulas, por lo que cuenta con particularidades que lo distinguen de los demás seguros patrimoniales; por otra parte y en lo que a las cláusulas claims made respecta, se estudiarán de forma concreta, desde su noción, antecedentes, modalidades, aspectos positivos y negativos de acuerdo con la doctrina y los problemas jurídicos que consideramos se gestan en el marco de su aplicación práctica.

De esta forma, se busca dejar claro al lector el significado, implementación y alcance de estas instituciones jurídicas, como objeto principal de estudio y así establecer un panorama claro, antes de encarar los escenarios surgidos a partir del pacto de estas cláusulas.

En el segundo capítulo analizaremos las cláusulas claims made, desde el estudio de la teoría del abuso del derecho y la prohibición de la estipulación de cláusulas abusivas de conformidad con el derecho de consumo, de forma tal que, se pueda revisar cómo con el establecimiento de ellas podría verse afectado el asegurado.

El presente trabajo de grado pretende abrir un espacio de debate y reflexión que sugiera nuevos planteamientos encaminados a proponer soluciones justas y acordes a nuestro sistema jurídico, a fin de lograr el mayor equilibrio contractual posible.

1. Planteamiento del problema

1.1 Descripción del problema

En nuestro ordenamiento jurídico, el seguro de responsabilidad civil se define según el artículo 1127 del Código de Comercio, como aquel en el cual se impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley; y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, quien en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

El objeto del seguro de responsabilidad civil es el de proteger al asegurado contra la responsabilidad civil que puede contraer frente a terceros; no obstante, la normatividad legal colombiana se orienta a resarcir a la víctima, antes que proteger al asegurado.

Joaquín Garriges define el Seguro de Responsabilidad Civil como un seguro de daños patrimoniales, ya que este no busca reparar los daños causados por un siniestro sobre una cosa determinada, sino los que puede producir en el patrimonio del asegurado, la obligación de indemnizar los daños que con culpa o sin ella, haya producido en la persona o bienes de un tercero (Garriges, 1982, p. 362); entendiendo de esta manera que lo que se busca es proteger el patrimonio de la persona asegurada.

La principal función del seguro de responsabilidad civil es la resarcitoria, es decir, que existe la obligación del asegurador de asumir la responsabilidad del asegurado frente al tercero perjudicado, pagando la indemnización a que haya lugar, en razón a una sentencia o un acuerdo conciliatorio.

En el mercado nacional de pólizas de seguros, las de responsabilidad civil, antes de la entrada en vigencia de la Ley 389 de 1997, se regían en su totalidad, por el principio general que se ha aplicado en el seguro de responsabilidad civil, bajo el cual solo son amparados los hechos generadores de responsabilidad que ocurran durante la vigencia del contrato de seguro. Actualmente, la referida norma permite dentro del contrato de seguro objeto de estudio, el pacto de las cláusulas Claims Made, estableciéndose así, una delimitación temporal del riesgo.

Según Andrés Ordoñez en su estudio de la Ley 389 de 1997, al parecer, el principal motivo para la inclusión de las cláusulas Claims Made, era el de solucionar los problemas que presentaba la concepción del siniestro en el seguro de responsabilidad civil para las aseguradoras, por lo que, se buscó proteger a los aseguradores, quienes se encontraban expuestos frente al asegurado, a cubrimientos de largo tiempo, una vez finalizada la vigencia de la póliza, teniendo que hacer provisiones y reservas igualmente prolongadas en el tiempo, sumado a la dificultad de estas compañías en el momento de querer reasegurar este tipo de riesgos. (Ordóñez, 1998. p 156)

El origen de las cláusulas Claims Made, se dio en Estados Unidos de Norte América, con el fin de evitar los efectos patrimoniales negativos que se dieron como consecuencia de los siniestros tardíos o de cola larga, long tail, cuya reclamación se realiza años después de finalizada la vigencia del contrato de seguro, tal cual como ocurrió en el caso del asbesto, o del agente naranja, o de daños ambientales, etcétera (Sobrino, 2003. p.123). Eventualidades estas que, produjeron una crisis en el sistema de seguros de responsabilidad civil, ya que la afectación retroactiva de pólizas de seguros perjudicó la estructura financiera y actuarial del seguro de responsabilidad civil.

Waldo Sobrino afirma que las circunstancias que suscitaron este tipo de cláusulas en Estados Unidos, son diferentes a las que se viven en Latinoamérica, aunado a la diferencia existente entre los sistemas judiciales, y teniendo en cuenta además, que allí los términos de prescripción son mucho mayores en comparación con los nacionales. En Colombia, el artículo 4 de la ley 389 de 1997, permite la posibilidad de incluir las cláusulas Claims Made en el seguro de responsabilidad civil, con la limitación de la cobertura a la reclamación de hechos durante la vigencia del contrato:

En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. (Ley 389 de 1997)

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

El Código de Comercio en su artículo 1131 indica cómo se debe entender el siniestro, así:

En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial. (Código de Comercio, 1971)

Pero a pesar de que la norma es clara en la determinación del siniestro, este concepto se convierte en uno de los problemas jurídicos que han surgido a partir de la implementación de las

cláusulas Claims Made en el contrato de seguro de responsabilidad civil, pues, para este tipo de póliza, el siniestro deja de ser el hecho dañoso, y se constituye en la reclamación de la víctima o tercero damnificado. Así el asegurador tiene que cubrir los siniestros que ocurran durante la vigencia de la póliza, pero cuya reclamación se haga dentro de ese mismo período o dentro de un periodo posterior pactado por las partes, de no ser así, se dará lugar al plazo extensivo que otorga la ley de dos años; en tal sentido, las cláusulas claims made limitan temporalmente el riesgo.

La admisión e implementación de la modalidad de aseguramiento bajo el sistema claims made, ha generado una serie críticas y cuestionamientos por parte de la doctrina y la jurisprudencia internacionales, encaminadas a la vulneración de los derechos de los asegurados frente a una ventaja manifiesta de los intereses económicos de los aseguradores; críticas promovidas sobre todo, por la defensa a los derechos del consumidor; campo en el cual, es inevitable abrir el debate sobre la existencia de una afectación de la referida modalidad.

En este sentido y a manera de ejemplo, es preciso traer a colación a Ordóñez, quien sostiene que se trata de un criterio de limitación temporal del riesgo muy curioso, pues no obedece a ninguna realidad de carácter técnico, relacionada con la responsabilidad civil, sino al comportamiento arbitrario de la víctima, tercero ajeno a la relación contractual aseguraticia; hacer depender el beneficio del seguro del reclamo de un tercero no parece la forma más lícita de limitar la cobertura del Seguro de Responsabilidad Civil. (Ordóñez, 2005, p. 158)

Así las cosas, se considera pertinente efectuar un análisis en términos de abusividad y prohibición de dichas cláusulas, de cara a los postulados constitucionales y legales que propenden por los derechos del tomador como consumidor.

1.2 Formulación de la pregunta la de investigación

¿De qué manera las cláusulas Claims Made dentro del contrato de Seguro de Responsabilidad Civil en Colombia configuran o no una afectación a los derechos del asegurado – consumidor, desde la teoría del abuso del derecho y la prohibición de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

Determinar si se configura o no afectación de los derechos del asegurado – consumidor en el marco de las cláusulas Claims Made dentro del contrato de Seguro de Responsabilidad Civil en Colombia, desde la teoría del abuso del derecho y la prohibición de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo.

1.3.2 Objetivos específicos

Identificar los elementos teóricos del contrato de Seguro de Responsabilidad Civil y la aplicación de las cláusulas Claims Made dentro del mismo, con base en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación nacional vigente.

Revisar el grado de afectación de las cláusulas Claims Made desde la teoría del abuso del derecho y la prohibición de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo.

1.4 Justificación

Considerando la adopción y aplicación dentro del derecho colombiano, de instituciones como la autonomía de la voluntad, el equilibrio contractual y el derecho del consumidor, se hace importante, y por demás, necesaria, la realización de la presente investigación, la cual, tiene por objeto, indagar sobre la afectación de los derechos del asegurado – consumidor dentro del Contrato de Seguro de Responsabilidad civil, introducidas al ordenamiento jurídico colombiano, mediante la Ley 389 de 1997, de cara a tales instituciones, que se constituyen como pilares del derecho civil, e incluso son producto de los postulados constitucionales establecidos por la Carta Política de 1991.

Es así, como se pretende a través del análisis de la regulación normativa de la cláusulas claims made en el contrato de seguro de responsabilidad civil y el estudio de las disposiciones constitucionales referentes al Derecho del Consumidor y los fundamentos legales del contrato de seguro, el equilibrio contractual y la autonomía de la voluntad, determinar la afectación al asegurado dentro del negocio jurídico aseguratorio; de forma tal que, finalmente pueda concluirse que tan convenientes resultan, teniendo en cuenta el contexto proteccionista de la legislación respecto del consumidor o parte débil del contrato, la prohibición de la estipulación de cláusulas abusivas, la teoría del abuso del derecho y la posición dominante, bajo el estudio de la doctrina nacional e internacional al respecto.

La relevancia social del presente trabajo investigativo, se sustenta además del aporte dado a la comunidad académica, en el beneficio que representa la comunidad en general, pues procuramos orientar a los sujetos que se dispongan a celebrar un contrato de seguro de responsabilidad civil, con conocimientos básicos sobre todo lo concerniente al vínculo contractual: tipos de cláusulas, amparos, exclusiones, y específicamente, sobre el escenario jurídico y fáctico que rodea la

celebración de contratos de seguro de responsabilidad civil contentivos de cláusulas claims made; para que de esta forma, estos puedan decidir libremente si desean o no pactar tal tipo de contrato, bajo esta modalidad, la cual tiene como fin, la delimitación temporal del riesgo. En este punto, es preciso recordar una de las características esenciales del contrato objeto de estudio dentro la presente monografía, como lo es la buena fe, sobre la cual la ley exige su presencia y aplicación de forma rigurosa, en los momentos previos a su celebración, como en los de su perfeccionamiento y en los posteriores a ellos, en virtud a la naturaleza del contrato de masa, de condiciones generales uniformes e impuestas al tomador, la carencia de conocimientos y comprensión de la materia por parte del tomador, y la posición especial de las partes; lo que obliga al asegurador a conducirse con la mayor lealtad posible en todo a cuanto se refiere a la ejecución de sus obligaciones y a la interpretación de la póliza; buena fe, que entonces toma la connotación de ubérrima buena fe (López, 2004); situación que hace mucho más importante y necesaria, la realización del presente trabajo investigativo.

2. Marco teórico

2.1 Antecedentes

De la fusión de dos instituciones jurídicas encaminadas a la protección y resarcimiento de las personas, como lo son la responsabilidad y el seguro, se gesta el contrato de seguro de responsabilidad civil, para garantizar una mayor eficacia en el amparo a la víctima y al patrimonio del asegurado.

En la aplicación y desarrollo del referido contrato de seguro, nacieron las cláusulas claims made, como mecanismo de defensa de los aseguradores frente a las reclamaciones tardías; con ellas se buscó delimitar temporalmente el riesgo.

En principio, las pólizas de seguro de responsabilidad civil operaban únicamente bajo el sistema de ocurrencia, dentro del cual, el asegurador se obliga a pagar a la víctima la indemnización a que haya lugar, como consecuencia de los hechos generadores de responsabilidad, atribuibles a su asegurado, y ocurridos durante la vigencia del contrato de seguro.

Fue así, como a mediados del siglo XX, en Estados Unidos, en virtud de los casos de asbestosis (En los años 80s llegaron a acumularse 30.000 reclamaciones de trabajadores industriales expuestos al asbesto entre los años 20s y 30s), talidomida, el dispositivo dalkon shield, y contaminación por residuos tóxicos (Contaminación de aguas subterráneas entre 1952 y 1982 de una planta de la Shell; se le demandó solo por costos de limpieza en cuantía de US1.900.000 millones), entre otros, los aseguradores tuvieron que asumir cuantiosas indemnizaciones correspondientes a pólizas que habían expirado muchos años atrás; situación que generó una crisis en el aludido sistema de ocurrencia.

El profesor Juan Manuel Diaz-Granados, en su obra El Seguro de Responsabilidad Civil, 2012, cita a Charles Kingdollar, para exponer la magnitud de la problemática derivada de los siniestros de long tail, o cola larga, es decir, aquellos respecto de los cuales, solo transcurrido un lapso prolongado, a partir de la exposición, se conocen sus resultados dañinos, por lo que la reclamación de la víctima se efectúa varios años después del hecho generador del daño:

En 2001 se presentaron en los Estados Unidos más de 75.000 nuevas demandas por daños causados por asbesto y, según informes de firmas especializadas de calificación, el valor que

deberán pagar las aseguradoras de ese país por las reclamaciones por lesión corporal causada por asbesto oscilan entre US\$55.000 y US\$65.000 millones. (...) En algunos casos, los tribunales consideraron que los demandantes podían afectar todas las pólizas que habían cubierto la actividad asegurada y, en casos extremos, acumularon las sumas aseguradas de las diferentes pólizas.

Por lo anterior, a partir de la década de los ochenta, comenzaron a incluirse las cláusulas claims made (reclamo hecho), dentro de los contratos de seguro de responsabilidad civil para algunos productos y determinadas profesiones, con el fin de limitar la cobertura, únicamente a los casos en los que la reclamación fuese formulada durante la vigencia de la póliza. (Díaz-Granados, 2012. 315).

Así las cosas, se puso en marcha el sistema de reclamación, el cual surge en Colombia, según criterio de Andrés Ordóñez, Carlos Ignacio Jaramillo y Juan Manuel Díaz-Granados, como consecuencia del influjo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros Privados de España expedida en 1995, y en virtud, además, de la negativa de los mercados internacionales de reaseguro a otorgar cobertura de responsabilidad civil para algunas actividades bajo el tradicional sistema de ocurrencia, lo que conllevó al imperativo cambio legislativo en el ordenamiento jurídico colombiano en lo referente al contrato de seguro de responsabilidad civil. Para hacer alusión a la norma que incluyó el sistema claims made en nuestro sistema jurídico, es necesario revisar el desarrollo legislativo que derivó en el efectivo acogimiento de ese sistema por parte del legislador.

Como primer antecedente normativo, tenemos el Decreto 410 de 1971, actual Código de Comercio colombiano, por medio del cual se introdujo la regulación del seguro de responsabilidad civil, en los artículos 1127 al 1133, y a partir de allí, bajo la modalidad de

ocurrencia, tal y como lo preceptúa el artículo 1131: En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado (...). (Código de Comercio, 1971)

Posteriormente, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 01 de 1990, mediante el cual se reformó el seguro de transporte, reglamentado por el artículo 1124 el Código de Comercio, incorporando el seguro de responsabilidad en el contrato de transporte.

Meses más tarde, el legislador profirió la Ley 45 de 1990, consagrando un significativo avance en lo que a los derechos de las víctimas por la ocurrencia de siniestros refiere, por cuanto introdujo la acción directa de la víctima contra el asegurador, modificando el artículo 1133 del Código de Comercio, de la forma que a continuación se expone:

Artículo 87. Acción de los damnificados en el seguro de responsabilidad. El artículo 1133 del Código de Comercio, quedará así: En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un sólo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador. (Ley 45 de 1990).

Estando reglado el seguro de responsabilidad civil, y con el propósito de actualizar la legislación y acoger las nuevas tendencias del mercado mundial de reaseguros, para los seguros de manejo y responsabilidad civil, se profirió la Ley 389 de 1997, norma que, finalmente, en su artículo 4° prescribe el ámbito temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad y así incorpora la modalidad de reclamación (sistema claims made).

En el texto de la ponencia del primer debate del proyecto de ley, se definió textualmente:

Este artículo posibilita que las compañías cubran en este tipo de ramos, hechos ocurridos antes del contrato, que produzcan pérdidas que se descubran o reclamaciones que se formulen en la vigencia de la póliza. Igualmente, se permite precisar la cobertura de responsabilidad civil frente a reclamaciones tardías.

Se justifica en el mismo texto de la ponencia del proyecto de ley en primer debate, que de esta manera, -con la acogida del precitado artículo 4º-,

El sector asegurador colombiano podrá contar con un adecuado apoyo internacional de reaseguros para el otorgamiento de mejores coberturas a precios mucho más atractivos a favor de los asegurados, atendiendo a necesidades sentidas en el país, tales como las coberturas en materia ambiental y de contaminación, en cuanto a la elaboración de productos defectuosos, en relación con actividades profesionales, etc.

Es así, como reza el artículo 4º de la norma en comento:

En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

PARAGRAFO. El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten. (Ley 389 de 1997).

Con ocasión del anterior artículo, se han desarrollado una serie de cláusulas, que delimitan temporalmente el riesgo en el seguro de responsabilidad, entre las cuales se destacan, según el Profesor Diaz-Granados, la cláusula claims made sin periodo de retroactividad, claims made con período de retroactividad, claims made más reporte, claims made con cobertura para hechos

notificados, y claims made más período para notificar; cláusulas todas estas que estudiaremos en la realización del presente trabajo investigativo.

Ahora bien, la evolución legal no se dio solo respecto del contrato de seguro de responsabilidad civil, con la inclusión de la nueva modalidad de cobertura, dado que esta, trajo consigo críticas por parte de la doctrina y la jurisprudencia, las cuales se han materializado además, en leyes dirigidas a la protección de los consumidores de seguros.

En este orden de ideas, encontramos la Ley 1328 de 2009, mediante la cual se introdujeron reformas a las actividades financieras, de seguros y de valores; aunado a lo anterior, estableció el régimen de protección al consumidor financiero, figura dentro de la que se hallan incluidos los asegurados y beneficiarios de los contratos de seguro; así mismo, reguló las cláusulas y prácticas abusivas.

También contamos con la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor, cuya aplicación se extiende al sector asegurador, con ciertas particularidades.

A los preceptos normativos inmediatamente anteriores, se suma la aparición de los seguros obligatorios de responsabilidad, mediante los cuales el Estado corrige la imprevisión de los potenciales responsables al imponerles la contratación de una cobertura destinada a la protección de víctimas como consecuencia de determinadas actividades, por ejemplo, el uso de automóviles, el transporte y el ejercicio de conductas consideradas lesivas para la comunidad. (Díaz-Granados, 2012, p. 165)

Vistos los antecedentes del tema objeto de estudio, se concluye que, las cláusulas claims made, configuran una ventaja manifiesta para los aseguradores, ventaja que sumada a las normas tendientes a la protección del consumidor de seguros, -como se ha expuesto con anterioridad-, ha conllevado a que aquellas cláusulas sean cuestionadas universalmente, como también se ha

afirmado, por la doctrina y la jurisprudencia, en lo que refiere particularmente, al pacto de las denominadas cláusulas abusivas, por tratarse el seguro de responsabilidad civil, de un contrato de adhesión; con lo que se evidencia el favorecimiento de los intereses económicos de las compañías aseguradoras en detrimento de los derechos de los asegurados.

Para finalizar, podemos dejar sentado que en la actualidad del ordenamiento jurídico colombiano, se encuentra vigente el sistema claims made dentro del contrato de seguro de responsabilidad civil, lo cual, no es cosa distinta a que, la cobertura dentro de dicho contrato, está sujeta a la reclamación que realice la víctima por los daños sufridos, al asegurador a través de acción directa, o al asegurado, judicial o extrajudicialmente, dentro de la vigencia del contrato o dentro de un término posterior, previamente pactado; pudiendo ampararse hechos acaecidos en el pasado, siempre que el asegurado tenga conocimiento de los mismos; tornándose irrelevante que el hecho dañino haya ocurrido dentro de tal vigencia.

2.2 Estado del arte

El origen de las cláusulas Claims Made es el derecho anglosajón, donde su motivo de inclusión ha sido el de evitar la inseguridad de las compañías de seguro frente a los denominados siniestros tardíos, donde no es suficiente que el hecho generador se produzca dentro de la vigencia de la póliza, sino que además el reclamo deberá presentarse en este mismo período. Estas modalidades de cláusulas han evolucionado conforme las necesidades del mercado de seguros, donde se han adaptado según la legislación y la jurisprudencia propia de cada país que las ha tomado. Esta modalidad contractual es muy exigente respecto de la necesaria especificación del contenido de las obligaciones asumidas por el asegurador y del asegurado, debiéndose hacer una clara descripción del hecho que origina la obligación indemnizatoria a

cargo del asegurador, ya que este debe conservar incólume al asegurado, en las condiciones y límites determinados en el contrato de seguro, en la medida que le deba a un tercero a consecuencia de un hecho u omisión ocurrido durante el plazo previsto en la póliza. A continuación, se presentan cuatro aportes doctrinales que han intentado esclarecer y orientar las necesidades existentes en torno a la escasa referencia bibliográfica del tema.

Daniel B. Guffanti en su artículo “Las Cláusulas Claims Made, una Decisión que denota cierta parcialidad y un llamado al debate de Ideas” de fecha 3 de agosto de 2011, en el que a la luz de una Sentencia de la sala F de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, de Argentina, hace algunos comentarios acerca de la mencionada decisión judicial, con el cual muestra como las cláusulas Claims Made como parte de las cláusulas de reclamación hacen parte de la legislación de muchos países, tales como Reino Unido, Estados Unidos de América, Alemania, Holanda, Bélgica, Italia, España y en la misma Argentina.

Daniel B. Guffanti resalta en sus comentarios que para el uso de las cláusulas Claims Made es necesario que se pacten correctamente todos los riesgos, es decir su identificación positivamente (aquello que el riesgo cubierto es) y negativamente (aquello que el riesgo cubierto no es) (Guffanti, 2011, p.86). Pues bien, cuando se encuentra ante un seguro por ocurrencia del reclamo, mediante la denominada cláusula Claims Made, se establece contractualmente, mediante su determinación causal, que el riesgo cubierto será que el asegurado reciba un reclamo por haber incurrido en la responsabilidad civil prevista. Como ese es el riesgo cubierto, ello debe ocurrir durante el período de vigencia del contrato; pero igual que en los casos en que el riesgo cubierto es la ocurrencia del hecho generador de la responsabilidad, implica una determinación causal y no solo una delimitación temporal de la cobertura.

Según el autor se debe considerar la evolución que este tipo de cláusulas contractuales han tenido en el mercado, pues estas se han dado conforme a la necesidad de los usuarios de este tipo de cláusula de renovar su cobertura para poder seguir estando cubiertos, lo cual ha generado una evolución logrando que estas cláusulas de reclamo puro hoy se comercialicen impuras, es decir "cláusulas Claims Made impuras"(Guffanti, 2011, p. 87), las cuales que contienen una extensión de los períodos de cobertura, luego de cumplido el período de vigencia de la última renovación, por dos, cinco o hasta diez años. Es decir que, si el reclamo se produce dentro de ese período extendido, habrá cobertura. También se otorga al asegurado cobertura retroactiva por hechos no conocidos y la facultad de establecer cobertura por ocurrencia del hecho generador de la responsabilidad en las renovaciones próximas a su retiro de la actividad profesional.

El autor español, Dario Sandoval Shaik, en su tesis doctoral titulada las Condiciones Generales del Contrato de Seguro y su Control Interno e Internacional, presentada en el año 2013 para el Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid de España, en la que desarrolla temas tales como los aspectos generales de la actividad aseguradora, las condiciones generales de la contratación aseguradora, y los límites de las condiciones generales del contrato de seguros, entre otros, aborda el tema de las cláusulas Claims Made indicando la existencia de una restricción contractual, en razón a que las cláusulas Claims Made establecen una nueva condición para que quien toma el seguro se encuentre protegido, pues además de requerirse que el hecho generador o siniestro se produzca durante la vigencia de la póliza, se pretende también que la reclamación se haga durante la vigencia de la póliza o en un limitado plazo subsiguiente. Dice entonces el autor que este nuevo esquema se traduce en un método de aseguramiento conforme al cual, ex ante, se delimita temporalmente el riesgo asegurado, en la medida en que se determina que la

empresa aseguradora, inicialmente, se hará responsable en aquellas situaciones en que la reclamación se presente durante la vigencia del seguro, todo en función de distintas modalidades o reglas especiales de cobertura, aún prospectivas (post– contractum) (Sandoval, 2013. p.63). Es decir, el asegurador solo cumplirá su obligación por el hecho dañino, aunque sea previo, solo si se formula durante la vigencia o durante el plazo adicional acordado, más allá del cual, consecuentemente, no habrá responsabilidad contractual para la compañía aseguradora, aunque el conocimiento haya surgido antes.

El autor cita a Izquierdo Tolsada, para afirmar que uno de los principales problemas existentes en torno a las cláusulas Claims Made es su redacción, ante la nula o escasa existencia de precedentes, en ocasiones para mitigar determinadas lagunas legislativas, o también están elaboradas en ámbitos geográficos donde la normativa paccionada rige las relaciones entre las partes, como es el caso de los países de tradición jurídica anglosajona; donde se termina imponiendo el requisito de que la víctima formule el reclamo durante un plazo determinado (Izquierdo, 1988). Razón por la cual el autor señala como la principal consecuencia de este tipo de cláusula la reducción de la protección a los asegurados puesto que al hacerse la reclamación fuera de los plazos fijados por la propia aseguradora se produce así la contradicción de que la eficacia concreta de la póliza depende del hecho de un tercero. Es decir, la actuación de un tercero por el cual no se debe responder, sería lo que en un momento dado decidiría si el asegurado tiene o no el amparo de la póliza.

Igualmente, Darío Silva afirma que este tipo de cláusulas afecta la delimitación temporal del periodo de vigencia del contrato ya que desvinculan el momento en que se produjo el hecho causal generador de la responsabilidad civil del asegurado y el surgimiento de la obligación de indemnización del asegurador. Estableciéndose entonces dos modalidades de cláusulas Claims

Made válidas dentro de sus límites: una, aquella en que la reclamación se realiza dentro de un plazo determinado posterior al período de vigencia de la póliza, esto es cláusulas de cobertura posterior, también denominadas subsiguiente, o post contractum; y otra, aquella en que la reclamación se formule durante la vigencia de la póliza en relación con hechos que pudieron haber ocurrido con anterioridad, siendo entonces cláusula de cobertura retroactiva. Se trata de cláusulas que al delimitar temporalmente el riesgo favorecen al asegurador y desplazan la responsabilidad sobre el asegurado al que se impone, no solo que el hecho generador de la responsabilidad se haya producido durante el periodo de vigencia de la póliza, sino que es necesario también que la reclamación del perjudicado sea realizada en ese mismo intervalo de tiempo.

Ofelia de Lorenzo y Aparici y Macarena Iturmendi García juristas españolas en su artículo denominado el Seguro de Responsabilidad Profesional Sanitaria II, la Delimitación Temporal en las Pólizas de Responsabilidad Profesional, publicado el 2012, el cual estudia los criterios de delimitación temporal de las pólizas de seguros que toman principalmente los profesionales de la salud, establece que las cláusulas de delimitación temporal dependen del momento en que se determina la ocurrencia del siniestro, esto es, en el momento del hecho causante, es decir en el momento que se manifiesta el daño o en el momento que se hace la reclamación. La elección de uno u otro permite hablar de tres criterios: de ocurrencia, del daño o de la reclamación. Lo cual, para el presente caso, hace referencia al criterio de reclamación, el cual es el que se tiene en cuenta para las cláusulas Claims Made, según lo cual estarán cubiertas las reclamaciones recibidas por el asegurado durante la vigencia de la póliza, entendiendo entonces el siniestro como la reclamación, con independencia de cuando se produjo la acción u omisión errónea y de cuando se haya manifestado el daño para la víctima.

En el trabajo de grado “el Seguro y su Evolución Histórica en Colombia a la luz del Derecho de Consumo” de fecha 2012, para optar el título de especialistas en Derecho Comercial, por parte de Alejandro Durán Acosta y Sebastián Vinueza Murillo, como estudiantes de la Universidad ICESI de la facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de Santiago de Cali. Trabajo en el cual desarrollan una evolución del concepto del seguro en Colombia, en el que reconocen la importancia de la inclusión de las cláusulas Claims Made, ya que en nuestro ordenamiento jurídico después de la Ley 389 de 1997 se permitió el aseguramiento bajo esta modalidad de cláusulas en los seguros de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad civil, circunscribiendo la cobertura al descubrimiento de las pérdidas durante la vigencia del seguro, para los primeros (seguro por descubrimiento de un hecho), y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia en el seguro de responsabilidad civil (seguro por reclamación); estableciéndose que se podían definir como cubiertos todos los hechos que acaezcan bajo la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

Según Durán Acosta y Vinueza Murillo, las cláusulas Claims Made delimitaron temporalmente la cobertura del seguro, concediendo al asegurador la posibilidad de restringir la garantía a los reclamos que se formulen durante la vigencia del amparo y de esta manera, eximieron de reclamos cuando la manifestación se presente tiempo después de ocurridos los hechos amparados. Medida que facilitó a las aseguradoras la obtención del reaseguro para amparar estos riesgos, así como la evolución de los seguros de responsabilidad civil para diversos ramos como el de profesionales, administradores, profesional médica, por contaminación o daño ambiental, entre otros. (Duran, Vinueza, 2012, p. 183).

Duran y Vinueza respecto de las críticas citan el Profesor Javier Tamayo Jaramillo, indicado que estas cláusulas parecen lesivas para los intereses del asegurado, pues condicionan el pago del seguro al doble hecho de la ocurrencia del daño y de la reclamación del perjudicado durante la vigencia del seguro; sumado a que la naturaleza del daño, de su exteriorización y de su reclamación, dejan prácticamente sin contenido el contrato de seguro.

2.3 Marco referencial o conceptual

Contrato de seguro: Un acuerdo de voluntades, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva, en virtud del cual una persona jurídica (conforme a nuestra legislación), asume el riesgo asegurable que le traslada el tomador, a cambio del pago de una contraprestación pecuniaria, denominada prima.

Seguro de responsabilidad civil: El artículo 1127 del Código de Comercio, reformado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, lo define como aquel seguro que impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurre de acuerdo con la Ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Con el seguro de responsabilidad se protege el patrimonio del potencial responsable (asegurado), quien es el deudor de la obligación de indemnizar a la víctima, y a la vez se protege a la víctima.

Cláusulas claims made: Las cláusulas claims made implican una limitación al cubrimiento otorgado por el asegurador, de forma que éste sólo asuma la atención de los siniestros respecto

de los cuales la reclamación de la víctima se produzca dentro del término de vigencia del contrato o dentro de un período determinado con posterioridad a esta vigencia.

Derecho del consumidor: Es aquel que regula los intereses de los consumidores y usuarios, así como las relaciones de consumo en general.

Cláusulas abusivas: Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Teoría del abuso del derecho: Sobre esta teoría, la Corte Suprema de Justicia, ha afirmado que, ella “tiene por fundamento la consideración de que el derecho es una función que debe ejercitarse para el cumplimiento del fin social y sobre bases de estricta justicia, o sea, sin traspasar los límites de la moral; porque –como dicen los tratadistas de esta teoría- “no se conforma el derecho con el ejercicio de las facultades que con arreglo a las normas no corresponden; exige que las mismas sean ejercidas no solo sin perjuicio de los demás, del todo social, sino también con la intención de no dañar con un fin lícito y moral simultáneo.””

Buena fe: Principio básico y característico de todos los contratos que obliga a las partes a actuar entre sí con la máxima honestidad, no interpretando arbitrariamente el sentido recto de los términos recogidos en su acuerdo, ni limitando o exagerando los efectos que naturalmente se derivarían del modo en que los contratantes hayan expresado su voluntad y contraído sus obligaciones.

La buena fe tiene una especialísima importancia en el contrato de seguro.

En cuanto al asegurado, este principio le obliga a describir total y claramente la naturaleza del riesgo que pretende asegurar, a fin de que el asegurador tenga una completa información que le permita decidir sobre su denegación o aceptación y, en este último caso, pueda aplicar la prima correcta, así como procurar evitar la ocurrencia del siniestro o, una vez producido, intentar disminuir sus consecuencias.

En cuanto al asegurador, la buena fe le exige facilitar al asegurado una información exacta de los términos en que se formaliza el contrato, ya que muy difícilmente puede aquel conocer o interpretar correctamente las condiciones de la póliza que se le presenten en el momento de su aceptación y firma y redactar con claridad el clausulado de las pólizas, de forma que el asegurado pueda conocer por sus propios medios el alcance de las condiciones a que se compromete.

3. Metodología

La presente, es una investigación cualitativa, que se desarrollará a través de una lógica deductiva, es decir partiendo de premisas generales, para llegar a premisas particulares; y mediante el desarrollo de etapas, tales como: la definición del problema, diseño del trabajo, recolección y análisis de información y la realización de un informe que valide esa información se pretende lograr una densa compilación conceptual de carácter jurídico.

El presente trabajo investigativo es de tipo descriptivo, toda vez que se pretende analizar e ilustrar el escenario jurídico que rodea las cláusulas claims made y su injerencia en los derechos con los que el asegurado cuenta, en su condición de consumidor, dentro del contrato de seguro de responsabilidad civil, a través de la recolección y estudio de información contenida en la legislación, jurisprudencia y doctrina nacional e internacional.

3.1. Fuentes e instrumentos de recolección

3.1.1 Fuentes primarias

Las fuentes primarias a emplear, para dar resolución a los objetivos propuestos en la presente monografía, son:

- Jurisprudencia.
- Códigos y legislación, tanto nacionales como de países latinoamericanos.
- Sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional.

3.1.2 Fuentes secundarias:

Como fuentes secundarias, utilizaremos las siguientes:

- Doctrina nacional e internacional en materia del contrato de seguro de responsabilidad civil y cláusulas claims made.
- Tesis de grado afines.
- Artículos de revistas indexadas.
- Ponencias.
- Exposiciones

Con estas fuentes, se pretende dar un sustento sólido y confiable a los criterios jurídicos que se constituyan como conclusiones o resultados de la presente investigación.

3.2 Instrumentos

El instrumento a través del cual se recolectará la información para la realización de la presente investigación, es la ficha bibliográfica.

4. Resultados esperados

Se espera obtener como resultado, conocer con exactitud, el tratamiento doctrinario, legal y jurisprudencial dado a las cláusulas claims made (sistema de ocurrencia), al igual que el tratamiento otorgado a los derechos del asegurado, dentro del contrato de seguro de responsabilidad civil, a nivel nacional, de forma tal que se pueda efectuar un estudio en el que sea posible determinar en qué forma se afectan los derechos del asegurado como consumidor, dentro del contrato, por el establecimiento de las referidas cláusulas.

5. El contrato de seguro de responsabilidad civil y las cláusulas claims made en el derecho colombiano.

5.1 El contrato de seguro

En el presente capítulo abordaremos en primera medida el estudio del seguro de responsabilidad civil desde las perspectivas legal, jurisprudencial y doctrinal, a fin de poder definir con precisión el mismo, así como determinar sus principales características en lo que a configuración del siniestro, modalidades, coberturas, y demás aspectos refiere, sobre los que es necesario tener plena claridad.

Así las cosas, es menester realizar un breve acercamiento a las generalidades del contrato de seguro, teniendo en cuenta que, el seguro de responsabilidad civil se enmarca dentro de los tipos de aquel contrato.

Pues bien, ante la ausencia de una definición legal expresa del contrato de seguro en Colombia, juristas especialistas en la materia se han dado a la tarea de construir ese concepto. En ese sentido, el Doctor José Efrén Ossa, en su docta obra de 1984: “Teoría general del seguro: El contrato”, definió el contrato de seguro con base en el articulado de nuestro actual Código de Comercio, de la siguiente manera:

Un contrato solemne, bilateral, oneroso y aleatorio (artículo 1036), en el que intervienen como partes, el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos (artículo 1037 ordinal 1), y el tomador que, obrando por cuenta propia o por cuenta de tercero, traslada los riesgos (artículos 1037 ordinal 2 y 1039), cuyos elementos esenciales son (artículo 1045) el interés asegurable (artículo 1083 y 1137), el riesgo asegurable (artículo 1054), la prima, cuyo pago impone a cargo del tomador (artículo 1066) y la obligación condicional del asegurador que se transforma en real con el siniestro (artículo 1072) y cuya solución debe aquél efectuar dentro del plazo legal. (Ossa, 1984, p. 256)

La definición precitada, se dio dentro del marco legal anterior a la promulgación de la ley 389 de 1997, a través de la cual, se introduce la reforma al artículo 1036 de nuestro estatuto mercantil, dejando de ser el contrato de seguro, solemne, para ser de allí en adelante, consensual. Tal definición, además, evidencia que el legislador en forma aislada, en una serie de artículos contenidos dentro del Código de Comercio, señala las características de tal contrato sin dar una noción; no obstante, ellas han constituido por supuesto, la base de los conceptos elaborados por la mayoría de los doctrinantes, tal y como lo hizo el Doctor Ossa.

Es así, como el contrato de seguro se ha definido de forma general, como un contrato consensual mediante el cual, una persona jurídica denominada asegurador, debidamente autorizada para ello, asume los riesgos que otra persona, natural o jurídica le traslada, a cambio del pago de una suma periódica denominada prima. (Palacios, 2006, p. 179).

Sin embargo, el legislador colombiano, dentro del mismo Código de Comercio efectuó una clasificación de los seguros, estableció los elementos esenciales del contrato, y determinó las partes intervinientes en su celebración.

Así las cosas, se observa en el artículo 1082 de la aludida codificación que los seguros pueden ser marítimos y terrestres; estos últimos se clasifican a su vez, en seguros de daños, bien sea, seguros reales o seguros patrimoniales, y en seguros de personas; siendo el contrato de seguro de responsabilidad civil, un seguro de daños, patrimonial, en tanto busca proteger el patrimonio del asegurado por la responsabilidad civil que se le puede atribuir en la causación de un daño.

Ahora bien, respecto a los elementos esenciales del contrato, estos son: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador; sin los que, o ante la ausencia de al menos uno de ellos, el contrato no tiene la virtualidad de nacer a la vida jurídica, y por ende, carece de la facultad de surtir efectos y crear obligaciones.

El interés asegurable se entiende como la relación jurídico-económica que debe existir entre quien toma el seguro con lo que se asegura, sea una vida, un bien, o el patrimonio de una persona. Por su parte, el riesgo asegurable, se define en el artículo 1054 del Código de Comercio como “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario y cuya realización dé origen a la obligación del asegurador la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador.”. El anterior concepto legal sobre riesgo asegurable otorgado por nuestra normativa mercantil, no se aplica a la totalidad de

los casos, en lo que al hecho incierto y futuro como ese riesgo asegurable refiere, toda vez que en virtud de lo dispuesto por la ley 389 de 1997, en el seguro de riesgos financieros y en el seguro de responsabilidad, que analizaremos más adelante, el riesgo asegurable no es otra cosa que, el descubrimiento de la pérdida, para el primero y la reclamación formulada por el damnificado al asegurado o al asegurador durante la vigencia del contrato, para el segundo.

La prima o precio del seguro tiene como función principal, dar provisiones al fondo que permite al asegurador pagar las indemnizaciones correspondientes, como consecuencia de las reclamaciones formuladas, bien sea a sus asegurados o a ellos mismos, por la realización de los siniestros que le hayan sido trasladados. A esta función es a la que se le atribuye la existencia del seguro, y no al pago de la prima en sí mismo considerado, pues no es tal pago lo esencial, “sino la necesidad de que la institución cuente con el fondo de primas que es con el que se atenderán los siniestros”. (Velásquez, 2007, p.31).

La obligación condicional del asegurador, es el último de los elementos esenciales del contrato de seguro, que hace referencia al hecho que de ocurrir el siniestro, corresponderá al asegurador, pagar el valor del seguro dentro del mes siguiente a la fecha en la que el asegurado o beneficiario acredite, judicial o extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador, siempre que no haya causal de inoperancia alguna del contrato, caso en el cual, este objetará la reclamación presentada.

Finalmente, y para concluir con las generalidades atinentes al contrato de seguro, es preciso hacer una breve alusión a sus partes, esto es, al asegurador y al tomador. Sobre ellos, el artículo 1037 de nuestro estatuto mercantil, señala:

(...) Son partes del contrato de seguro:

1. El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y

2. El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.

La actividad del asegurador se halla enmarcada dentro del concepto de “promesa”, pues, manifiesta que, dadas ciertas condiciones acordadas entre el tomador y él, condiciones que deben quedar registradas en el texto de la póliza, pagará el valor a que haya lugar, por la ocurrencia del siniestro. (Velásquez, 2007, p. 33). El tomador puede ser una persona natural o una persona jurídica que actúa por cuenta propia, o por cuenta ajena.

El beneficiario no es parte del contrato de seguro, a menos que detente a su vez la calidad de tomador en los seguros de daños, o en los de personas, siempre que se trate de un riesgo distinto a la muerte. En cabeza suya, está el derecho a recibir la indemnización en caso de realizarse el siniestro.

5.2 La responsabilidad civil

Nos corresponde ahora, introducirnos en el estudio del seguro de responsabilidad civil, de tal suerte que, al iniciar el recorrido por la temática correspondiente a las cláusulas claims made, se cuente con los fundamentos necesarios para entender su tratamiento dentro de este tipo de seguro.

Cabe recordar que la obligación del asegurador surge cuando existe responsabilidad en cabeza del asegurado, conforme a lo preceptuado por las reglas que rigen esta figura; y siempre que esa responsabilidad sea objeto de cobertura, lo cual debe constar en la respectiva póliza. Además, la cuantía de la indemnización que debe pagar el asegurador en cumplimiento de su obligación,

obedece a la valoración del daño dentro de la esfera de la responsabilidad, y según el valor asegurado que representa el límite máximo a pagar.

Es necesario entonces, hacer mención en primer lugar, a la responsabilidad como institución jurídica, la cual define el profesor Díaz-Granados, en su obra *El Seguro de Responsabilidad*, citando a Planiot y Ripert: “En un sentido amplio se dice que hay responsabilidad en todos los casos en que una persona está obligado a reparar un daño sufrido por otra”. (Díaz-Granados, 2012, pág. 21). Afirma además que, esta noción resulta pertinente por cuanto ratifica la doble naturaleza de la responsabilidad, la de ser una figura reparadora y la de ser una fuente de obligaciones, características propias de la responsabilidad civil.

La responsabilidad se estructura cuando se reúnen los siguientes elementos: El hecho generador, el daño y la relación de causalidad entre aquél y éste.

Acerca del hecho dañino, puede afirmarse que, históricamente la responsabilidad se basó en la culpa del causante del daño, para posteriormente centrarse en el riesgo. (Díaz-Granados, 2012, p. 22).

En torno a los dos conceptos precitados, esto es, culpa y riesgo, el profesor Díaz-Granados, ha realizado una clasificación, a saber:

La culpa (responsabilidad subjetiva): La cual se consagra en el artículo 63 del Código Civil, como “la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, y sobre la que los hermanos Mazeaud aseveran: “Es un error de conducta tal que no hubiera sido cometido por una persona prudente colocada en las mismas circunstancias ‘externas’ que el autor del daño” (Mazeaud, 1947, p.423).

La culpa extracontractual: Dentro de la responsabilidad civil extracontractual, basta que el agente cometa una culpa levísima, para que surja la obligación de indemnizar; adicionalmente,

por regla general corresponde al demandante probar dicha culpa, salvo que ésta se presuma por disposición legal o creación jurisprudencial. (Díaz-Granados, 2012, p. 22).

La culpa contractual: El fundamento legal de este concepto se halla en el artículo 1604 del Código Civil, en donde a fin de establecer si hay o no responsabilidad contractual, se exige un determinado grado de culpa, de conformidad con el beneficio o utilidad que comporte el contrato. Se establece en tal disposición, además, que la prueba de la diligencia o cuidado, corresponde al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito a quien lo alega.

Al respecto, la honorable Corte Suprema de Justicia señaló en una de sus sentencias: “Las obligaciones se contraen para cumplirse. Hay una presunción de culpa en quien no las satisface en el modo y tiempo debidos”, presunción que se deduce del mismo texto del artículo 1604, al entender que aquella se desvirtúa, acreditando la prueba de diligencia y cuidado, esto es, no haber tenido culpa, haber incurrido en ella, pero dentro del grado permitido, o demostrar la existencia de una causal de exoneración de responsabilidad (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o hecho exclusivo de la víctima).

Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, en su jurisprudencia introdujo la clasificación de las obligaciones creada en Francia por René Demogue en 1928: obligaciones de medio y obligaciones de resultados.

Esta nueva concepción supera la clasificación tripartita de la culpa contractual y la presunción general de culpa contra los deudores por incumplimiento.

La obligación de medio es aquella en que el deudor se obliga solamente a utilizar todos los medios posibles en la búsqueda de un resultado sin prometer su obtención. En este caso, la responsabilidad solo surge si se prueba la culpa del deudor (culpa en abstracto con referencia a una persona prudente y diligente) por parte de la víctima del daño (acreedor). El

demandado, como mecanismo de defensa, tiene la prueba de la diligencia (no culpa) o de una causa extraña. El caso típico de la obligación de medio es la del médico. -Exceptuando las obligaciones de los cirujanos plásticos-.

La obligación de resultado es aquella en la cual el objeto está estrictamente determinado, pues el deudor promete un resultado.

De ahí que el incumplimiento, al decir de algunos, haga presumir la culpa del deudor. Esta idea no es rigurosamente cierta porque la prueba de la diligencia (no culpa) no tiene cabida, por lo cual, en realidad, se trata de una presunción de responsabilidad de la cual solo se escapa mediante una causa extraña. El caso típico de la obligación de resultado es la del transportador. (Díaz-Granados, 2012, pág. 27).

El riesgo: Bajo esta teoría, se prescinde totalmente de la culpa, situándonos entonces dentro del terreno de la responsabilidad objetiva; lo cual se traduce en que, la conducta del agente es irrelevante, por lo que el desarrollo de la misma con prudencia, diligencia o cuidado, aun así, generaría responsabilidad.

Siguiendo la tesis del profesor Díaz-Granados: “La culpa desaparece para configurar en lo extracontractual la responsabilidad por riesgo y en lo contractual la responsabilidad por incumplimiento (obligaciones de resultado).” (Díaz-Granados, 2012, pág. 29)

La teoría del riesgo en la responsabilidad extracontractual se basa en que quien genera el riesgo con su actividad y del cual obtiene provechos, debe reparar los daños causados derivados de ella, sin consideración conducta culposa alguna. Esta teoría se extendió a múltiples campos de la vida en donde gracias a la revolución industrial y el maquinismo la presencia de riesgos es el común denominador. En nuestro país fue acogida mediante las sentencias del 14 de marzo y de 31 de mayo de 1938 de la Corte Suprema de Justicia; el apoyo legal se fundamentó en el artículo

2356 del Código Civil bajo la denominación de actividades peligrosas. (Díaz-Granados, 2012, p. 29)

Siguiendo con los elementos de la responsabilidad, tenemos el daño, el cual define Pérez Vives, citado por Díaz-Granados como “toda lesión patrimonial o moral, todo menoscabo o pérdida, todo quebranto o dolor, que una persona sufra en su patrimonio o en sí misma (en su integridad física, en sus derechos extrapatrimoniales y de la personalidad, en su honor, crédito, afectos, creencias, etc.)”. De ahí que cuando se pretenda la reparación de un perjuicio, se hable de daños materiales o patrimoniales, en la modalidad de lucro cesante y daño emergente; o de daños inmateriales o extrapatrimoniales, en la modalidad de daño moral o daño a la vida de relación -antes conocido como perjuicio fisiológico- o daño a la salud en la jurisdicción contencioso administrativa. El daño debe ser reparado integralmente, y bajo ninguna circunstancia puede ser fuente de enriquecimiento.

Como último elemento necesario para que se configure responsabilidad, debe existir una relación de causalidad eficiente entre el hecho dañino y el perjuicio sufrido por la víctima, de tal suerte que, a quien se le atribuya la causación del daño, sólo responda si su conducta fue determinante en la producción del mismo, sin que mediara una causa extraña, lo cual constituye el nexo causal.

Ahora bien, en punto de responsabilidad civil, como especialidad de la antes tratada responsabilidad que, por supuesto esta disciplina regula las relaciones entre los particulares, y su sustento normativo se halla en el artículo 1602 y siguientes del Código Civil colombiano, en materia de responsabilidad contractual; y en el artículo 2341 y siguientes, en lo que a la responsabilidad contractual respecta.

En materia laboral el Código Sustantivo del Trabajo prevé en el artículo 216 la responsabilidad del empleador por culpa en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, la cual se rige por las normas civiles. Esta responsabilidad es de naturaleza contractual. (Díaz-Granados, 2012, pág. 32)

5.3 El seguro de responsabilidad civil

5.3.1 Concepto

Rubén Stiglitz basándose en la legislación argentina, definió el seguro de responsabilidad civil como aquel “en donde el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado, por cuanto debe a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”.

Piccard y Besson dispusieron que, se trata de “un contrato por el cual el asegurador garantiza al asegurado contra los daños resultantes de las reclamaciones de responsabilidad ejercitadas contra él por los terceros”. (Piccard y Besson, 1964, pág. 483)

Según Joaquín Garriges, es aquel “contra el riesgo de quedar gravado el patrimonio por una obligación de indemnizar, derivada de la responsabilidad civil del tomador del seguro”. (Garriges, 1982, pág. 361).

Por su parte, Juan Manuel Díaz-Granados afirma que el seguro de responsabilidad civil es aquel mediante el cual “se protege el patrimonio del potencial responsable (asegurado), quien es el deudor de la obligación de indemnizar a la víctima, y a la vez se protege a la víctima” (Díaz-Granados, 2012, pág. 9)

El objeto del seguro de responsabilidad civil es el de proteger al asegurado contra la responsabilidad civil que puede contraer frente a terceros; no obstante, la normatividad legal colombiana se orienta a resarcir a la víctima, antes que proteger al asegurado. Se permite asegurar a una persona por la responsabilidad civil en la que pueda llegar a incurrir por su culpa y se impone además, el seguro como obligatorio para determinadas personas, como ellas que tienen a cargo la dirección de una actividad comercial o industrial.

Verbigracia, las empresas de servicio público de transporte terrestre automotor especial, según lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 348 del 25 de febrero de 2015, y de conformidad con los artículos 994 y 10023 de nuestro estatuto mercantil, están obligadas a tomar por cuenta propia para todos los vehículos que integran su capacidad transportadora, con una compañía de seguros autorizada para operar en Colombia, las pólizas de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual que las ampare contra los riesgos inherentes a la actividad transportadora.

En este sentido, el objeto del seguro de responsabilidad civil es el de proteger al asegurado contra la responsabilidad civil que puede contraer frente a terceros; no obstante, doctrinantes como Andrés Ordóñez han afirmado que la normatividad legal colombiana se orienta a resarcir a la víctima, antes que proteger al asegurado, lo cual se deduce de la ley 45 de 1990, ley que revisaremos más adelante. Por su parte, Arturo Solarte Rodríguez no tan radical, habla de la doble función protectora de este seguro: Proteger el patrimonio del asegurado y reparar a la víctima.

5.3.2 Marco legal

El seguro de responsabilidad civil fue incluido en el ordenamiento jurídico colombiano, a través de la Sección Cuarta del Capítulo II del Código de Comercio, correspondiente a los seguros de daños. Dicha sección comprende desde el artículo 1127 hasta el artículo 1133.

Sin perjuicio de las definiciones planteadas con antelación, el artículo 1127 de nuestro estatuto mercantil, define el seguro en comento, a saber:

ARTÍCULO 1127. DEFINICIÓN DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD. Subrogado por el art. 84, Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055. (Código de Comercio, 1971)

Tal y como se evidencia, el artículo transcrito fue subrogado, por un precepto normativo posterior.

Se cuenta también, con el Decreto Ley 01 de 1990, disposición que reformó el contrato de transporte y el contrato de seguro de transporte. Este modificó el artículo 1124 del Código, estableciendo que podrán contratar el seguro de transporte tanto el propietario de las mercancías, como aquellos que tengan responsabilidad en su conservación, debiéndose señalar en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad por su transporte.

Así, el seguro de transporte puede cubrir bien el interés sobre la mercancía, con la forma de un seguro real respecto de cosas determinadas, o bien el interés propio del transportador al proteger su integridad patrimonial, con la forma de un seguro de responsabilidad civil, tesis sostenida por la Corte Suprema de Justicia. (Díaz-Granados, 2012. Pág. 7)

Dicha tesis se ve reflejada en la Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 30 de septiembre de 2002, Exp. No. 4799, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en donde se expresó:

2. Es indudable que en el contrato de seguro de transporte (C. de Co, art. 1124), la relación del transportador con los bienes no es directa, cual si fuera propietario, sino indirecta, producto de su obligación de conservarlos y restituirlos en cumplimiento del contrato de transporte; razón por la que el interés del asegurador sólo puede estar circunscrito al riesgo derivado de la pérdida o daño de la mercancía, en cuanto estos hechos impliquen una responsabilidad que deba asumir el transportador ante el incumplimiento de la obligación de resultado a su cargo, dada la eventual lesión patrimonial a que está expuesto por la pérdida o daño de la mercancía que le fue entregada; es este el interés que le asiste, que no ha de confundirse con la cosa en sí misma transportada.

El efecto final buscado por el transportador, si se trata de cosas cuya conservación le fue confiada, es trasladar al asegurador, en los términos del contrato de seguro de transporte, la obligación indemnizatoria que le es propia, en cuanto ésta tenga su origen en una responsabilidad en que aquel incurra y a consecuencia de la cual deba resarcir a la víctima (C. de Co., arts. 992 y 11270).

Sin embargo, según se infiere de la disposición que se estudia (art. 1124), existe la posibilidad dentro del seguro de transporte, que éste sea contratado directamente por el propietario de la

cosa, y de allí la exigencia final del precepto de que se exprese en la póliza si el interés asegurado es la mercancía o la responsabilidad por la mercancía, requerimiento que tiende a poder determinar la naturaleza real o patrimonial del seguro. Tal forma de redacción del precepto, está indicando a su vez que por fuera de los riesgos inherentes al solo transporte de las cosas, es posible, según sea el caso, que se involucre así mismo la responsabilidad por los daños imputables a culpa o dolo de los encargados de la recepción o entrega de los efectos asegurados (C. de Co., art. 1121).

De suerte que conjugadas esas posibilidades establecidas en la propia ley, hay que aceptar que en el actual contrato de seguro contemplado en el artículo 1124, concurren los riesgos propios del contrato de transporte, con los provenientes de la responsabilidad civil, sin que ello signifique que se identifiquen los riesgos resultantes de uno y otro, y esto se hace patente con mayor razón cuando el transportador recurre a contratar el seguro de transporte como asegurado y no a través de un seguro por cuenta, evento aquel en que es ostensible que está asegurando su responsabilidad civil derivada del transporte de la cosa, mientras que en éste el interés asegurable es la pérdida de la cosa misma, pero a favor del tercero que la sufre.

Ulteriormente, la reglamentación citada al inicio fue reformada por la ley 45 de 1990, como se puedo observar; esta ley modifica el régimen de las aseguradoras y algunos aspectos del contrato de seguro, entre otras cosas.

La reforma más relevante que trajo consigo la ley 45 de 1990, en lo que al seguro de responsabilidad refiere, se deriva de su artículo 87, el cual subrogó el artículo 1133 de nuestro estatuto mercantil, al prescribir la acción directa de la víctima en contra el asegurador, queriendo con ello, no solo proteger el patrimonio del asegurado, sino garantizar la reparación del tercero

afectado por el comportamiento del asegurado; adicionalmente, la ley 45 fijó con precisión las normas de prescripción de la acción para reclamar la indemnización al asegurador.

Finalmente, en 1997 el legislador expidió la ley 389, la cual introdujo dos nuevas modalidades de cobertura para el seguro de responsabilidad civil, a saber: la modalidad de reclamación (artículo 4, inciso 1) y la modalidad que denominamos especial (artículo 4, inciso 2). Esta ley mantuvo vigente la tradicional cobertura de ocurrencia en el derecho colombiano, que es connatural al convenio.

Es así como bajo el conjunto de preceptos normativos antedichos, se encuentra reglamentado el seguro de responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

5.3.3 Elementos

5.3.3.1 Riesgo Asegurable.

Dentro de este seguro el riesgo asegurable es la responsabilidad en la que pueda incurrir el asegurado, de conformidad con las reglas y normas tendientes a determinarla, siempre que se encuentre cubierta por la respectiva póliza.

Rubén y Gabriel Stiglitz afirman que el riesgo

(...) está constituido por una eventualidad de un daño en el patrimonio del asegurado, o dicho en otras palabras, el riesgo se halla representado por la aparición de una deuda de responsabilidad. De allí que podamos afirmar que el riesgo asegurado en el contrato que nos ocupa, es la responsabilidad civil en la que incurre el asegurado y que, por efecto automático, provoque una disminución potencial en su patrimonio. (Stiglitz & Stiglitz, 1991, pág. 17)

El riesgo asegurado es la eventualidad del nacimiento de una deuda de responsabilidad civil. La deuda de responsabilidad civil es aquella que constriñe a un sujeto, a reparar el daño causado a otro... el riesgo en el seguro contra la responsabilidad civil consiste, pues, en la eventualidad que el asegurado vulnere un deber jurídico, dañando a un tercero (con lo cual nace su deuda resarcitoria). (Stiglitz & Stiglitz, 1991, pág. 208)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, definió dos presupuestos indispensables para la prosperidad de la acción directa de la víctima, los cuales en conjunto, hacen referencia al riesgo asegurable:

1) La existencia de un contrato en el cual se ampare la responsabilidad civil del asegurado, porque sólo en cuanto dicha responsabilidad sea objeto de la cobertura brindada por el contrato, estará obligado el asegurador a abonar a la víctima, en su condición de beneficiaria del seguro contratado, la prestación prometida, y 2) la responsabilidad del asegurado frente a la víctima, y la magnitud del daño a ella irrogado, pues el surgimiento de una deuda de responsabilidad a cargo de aquel, es lo que determina el siniestro, en esta clase de seguro.

Todo lo anterior para concluir que, el riesgo asegurable equivale a la responsabilidad del asegurado.

La responsabilidad como riesgo susceptible de ser asegurado requiere de su individualización y máxima precisión, para así determinar en qué medida se encuentra cubierto por el contrato.

Al respecto, el artículo 1056 de nuestro estatuto mercantil dispone que, con las restricciones legales, el asegurador podrá a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado; artículo que abre paso a la delimitación positiva y a la delimitación negativa del contrato de seguro.

La delimitación positiva hace referencia, a los amparos o coberturas otorgadas por la póliza de responsabilidad, -que se constituyen como el riesgo asegurado-, por lo que, en consecuencia, aquello que no se encuentre expresamente relacionado dentro de la cobertura, no se tendrá como amparado. La delimitación negativa por su parte, corresponde a las exclusiones, o eventos que no estarán cubiertos por el contrato de seguro.

Las exclusiones son de carácter legal o convencional. Las exclusiones legales, aplicables al seguro de responsabilidad civil, son dos: En principio, los perjuicios extrapatrimoniales se entienden excluidos, en virtud de lo expuesto por el artículo 1127 de la normativa mercantil (**este seguro cubre los perjuicios patrimoniales** causados por el asegurado a la víctima), sin embargo, esta cláusula admite pacto en contrario. La segunda exclusión se deduce de los artículos 1129 y 1130 de la norma en comento, que impiden el aseguramiento de la responsabilidad profesional, cuando la profesión no goce de la tutela del Estado, o cuando el profesional asegurado esté inhabilitado para ejercerla. (Díaz-Granados, 2012, p. 96)

Las exclusiones convencionales, como de su nombre se deducen, son aquellas convenidas en el respectivo contrato de seguro.

Finalmente, el riesgo asegurable se delimita temporalmente por el tiempo de vigencia de la póliza correspondiente, bien sea bajo la tradicional modalidad de ocurrencia, o bajo la modalidad de reclamación, la cual abordaremos más adelante.

5.3.3.2 Interés asegurable.

El seguro objeto de estudio se instituyó en principio, con el propósito de proteger el patrimonio del asegurado, manteniéndolo indemne frente a las posibles deudas que por su responsabilidad puedan originarse, de las cuales se hará cargo el asegurador.

Así las cosas, el interés asegurable se traduce en la “relación susceptible de valoración económica entre una persona y su patrimonio entero” (Garriges, 1982, p. 366)

Posteriormente con la aplicación de la ley 45 de 1990, como ya se mencionó anteriormente, doctrinantes como Arturo Solarte Rodríguez, deducen que el seguro de responsabilidad civil tiene un doble objeto, esto es, proteger el patrimonio del asegurado y reparar a la víctima, garantizando el reconocimiento y pago de la indemnización a la que tenga derecho por los daños sufridos, atribuibles a la actuación del asegurado; así como hay otros doctrinante como Andrés Ordóñez, que fuertemente critican la reforma introducida, aduciendo que con ella, este seguro tiende a proteger a la víctima y no al asegurado.

Lo anterior no quiere decir que la titularidad del interés también esté en cabeza de la víctima, pues aquel se predica exclusivamente de la persona asegurada con relación a su patrimonio.

En este sentido, ha expresado la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-388 del 23 de abril de 2008:

Se tiene entonces, que mientras el asegurado es el titular del interés asegurable y, en el seguro de responsabilidad, es aquella persona que puede ver afectado su patrimonio ante la ocurrencia de un siniestro por el cual debe responder, y cuyo patrimonio protege a través del seguro; la víctima, es la persona que, ocurrido el siniestro sufre un daño, y en tal calidad es la persona que debe recibir la correspondiente indemnización.

(...) en términos generales, la víctima del siniestro no ostenta la calidad de parte en el contrato de seguro sino de tercero que recibirá la correspondiente indemnización.

En palabras de Díaz-Granados:

Tal circunstancia –salvaguardar a la víctima-, no supone que el seguro se contrate para cubrir intereses de terceros. Por tanto, el interés no se refiere al que pueda tener la víctima sobre un

bien determinado, pues, en tal caso, el seguro sería de naturaleza real y el asegurado pasaría a ser la víctima; tampoco al que pueda tener la víctima sobre su patrimonio, ya que lo transformaría en un seguro de cumplimiento que cubre el patrimonio del acreedor (víctima) y no del deudor (responsable) y, en fin, no corresponde al interés que tenga la víctima en su vida o integridad personal, por cuanto el seguro pasaría a ser de vida o de accidentes personales en los cuales la víctima ocuparía la posición del asegurado. (Díaz-Granados, 2012, p. 115)

Ahora bien, el contrato de seguro protegerá a quien ostente la calidad de asegurado dentro de la póliza, lo cual podrá evidenciarse en la carátula de la misma, o en cláusulas accesorias a través de las cuales se amplíe el grupo de asegurados, de manera que se incluyan personas no mencionadas dentro de dicha carátula. Así las cosas, es habitual encontrar por ejemplo, que en las pólizas de automóviles se incluya una disposición en virtud de la cual sea asegurado además, cualquier conductor autorizado del vehículo o, en las pólizas de responsabilidad general (amparo básico de Predios, Labores y Operaciones, -PLO-) la calidad de asegurado se extiende a todos los funcionarios al servicio de la empresa asegurada, cuando se encuentren en el cumplimiento de sus funciones.

El interés es en consecuencia, y según Stiglitz, el móvil determinante del contrato, es lo que lleva al asegurado a contratar el seguro, para quedar relevado de las consecuencias dañosas de su obrar antijurídico.

5.3.3.3 El siniestro.

El siniestro como ya se ha dicho, corresponde a la realización del riesgo asegurado, la cual hace surgir la obligación de indemnizar, a cargo del asegurador.

En el seguro de responsabilidad no existe una teoría uniforme acerca de lo que en el marco del mismo se considere como siniestro; por el contrario, en la actualidad tenemos: La teoría del hecho dañoso, la teoría del reclamo de la víctima, la teoría de la liquidación de la deuda, la teoría del pago, y la teoría del hecho complejo. (Díaz-Granados, 2012, p. 117).

No obstante, la doctrina y la jurisprudencia nacional han coincidido en entender el siniestro como la deuda de responsabilidad, más que el hecho que la origina; pues en palabras de Donati, citado por Díaz-Granados en su obra, “(...) constituye ciertamente una disminución del patrimonio neto, es decir, un daño”.

En este sentido, la francesa Yvonne Lambert-Faivre, sostiene que,

La deuda de responsabilidad del asegurado es el objeto fundamental y esencial de la garantía; así mismo, indica que es necesario recordar el principio de derecho civil según el cual la deuda de reparación de la víctima nace en el momento mismo de la realización del daño.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, acogió mediante Sentencia de 10 de febrero de 2005, exp. 7614, la tesis planteada del débito de responsabilidad. Allí expresó que “el surgimiento de una deuda de responsabilidad a cargo de aquel (el asegurado) es lo que determina el siniestro en esta clase de seguro”.

Ahora bien, a continuación se expondrán de forma breve y concreta, las diversas teorías existentes acerca del siniestro dentro de los seguros de responsabilidad civil.

5.3.3.4.1 El hecho dañoso.

Bajo el presente postulado, el siniestro se configura cuando ocurre el hecho dañoso, por lo que este, al ser el generador de la responsabilidad civil, se constituye como el riesgo asegurado.

Esta es la tesis adoptada por el ordenamiento colombiano a través del artículo 1131 del Código de Comercio, modificado por la ley 45 de 1990, el cual preceptúa que se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, siniestro que debe sobrevenir durante el período de vigencia del correspondiente contrato.

Posteriormente, con la ley 389 de 1997 se introdujeron nuevas modalidades de cobertura, en las que la reclamación es elemento esencial para la configuración del siniestro.

5.3.3.4.2 Reclamo de la víctima.

Esta teoría afirma que el siniestro equivale a la reclamación presentada por la víctima al asegurado, a efectos de obtener la debida reparación por los perjuicios sufridos; reclamación que por supuesto debe efectuarse dentro de la vigencia contractual.

Así lo define Juan Perán Ortega, citado por Juan Manuel Diaz-Granados en su obra: “(...) el siniestro no llega a producirse hasta que el asegurado no recibe del tercero perjudicado la reclamación judicial o extrajudicial. Si la misma no tiene lugar, para la póliza no hay siniestro, aunque haya acto u omisión, responsable y daño”. (Diaz-Granados, 2012, p. 154)

5.3.3.4.3 Liquidación de la deuda.

Bajo este presupuesto, el siniestro se configura solo cuando la deuda de responsabilidad ha sido cuantificada en una suma de dinero.

5.3.3.4.4. Pago.

Esta teoría sostiene que el siniestro se configura cuando el asegurado responsable paga a la víctima el débito generado de la responsabilidad civil; por lo que el objeto del seguro se

circunscribe a reembolsar la suma pagada, desconociendo la acción directa de la víctima contra del asegurador.

5.3.3.4.5 Hecho complejo.

Doctrinantes han sugerido que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil, podría constituirse en forma compleja, así: Causa, daño, reclamación, liquidación, y pago. La aplicación de esta tesis puede resultar extremadamente difícil, y generar problemas para el funcionamiento de las coberturas, y el cómputo de los términos de prescripción (Díaz-Granados, 2012); pues estaríamos trasladándonos al escenario utópico en el que deben concurrir necesariamente, la totalidad de elementos referidos para la configuración del siniestro.

De las tesis expuestas, solo dos han resultado aplicables en la práctica: Por una parte, aquella que considera que el siniestro se configura por la ocurrencia del hecho dañoso; y por otra, aquella que toma como siniestro la reclamación efectuada por la víctima, bien sea al asegurado o al asegurador; las cuales, como se ha manifestado con anterioridad, se encuentran establecidas legalmente en Colombia, a través del artículo 1131 del Código de Comercio, y del artículo 4 de la Ley 389 de 1997 respectivamente.

5.3.3.4 Obligación condicional del asegurador.

El último elemento esencial del contrato de seguro que ocupa nuestra atención, es pues, la obligación que en cabeza del asegurador, la cual se encuentra supeditada a la condición de la ocurrencia de un hecho futuro e incierto que no dependa de la sola voluntad del tomador, asegurado o beneficiario; condición que equivale a la realización del riesgo asegurado dentro de la póliza, es decir, la ocurrencia del siniestro; y obligación aquella correspondiente al pago de la

indemnización derivada de los daños sufridos por el tercero víctima, que el asegurado está llamado a reparar.

5.3.4 Obligaciones de las partes.

5.3.4.1 Cargas, deberes, y obligaciones del tomador y del asegurado en el seguro de responsabilidad.

5.3.4.1.1 Deberes.

Declarar verídicamente el estado del riesgo, de conformidad con el artículo 1058 del Código de Comercio, toda vez que el asegurador requiere de manera indispensable esta información, a fin de determinar si otorga o no el amparo solicitado, y de definir si impone unas condiciones más onerosas, ajustando así el precio de la prima. Este deber hace parte de la fase precontractual, pues se da antes del perfeccionamiento del contrato, y de él depende la voluntad de contratar del asegurador. La sanción por su incumplimiento puede ser, bien la nulidad o bien la reducción de la prestación asegurada, dependiendo de la conducta del tomador.

Mantener el estado del riesgo y notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local. Si la modificación se ha surtido como consecuencia de la voluntad del tomador o asegurado, la notificación de la misma al asegurador deberá realizarse

Cumplir las garantías –definidas por el artículo 1061 del Código de comercio- que se pacten en el contrato. Estas hacen referencia a promesas de hacer o no determinada cosa, o cumplir una

exigencia concreta. Las garantías siempre deben corresponder al riesgo asegurado, siendo en este caso, la responsabilidad civil.

Evitar la extensión y propagación del siniestro, tal y como se dispone en el artículo 1074 del Código de Comercio.

Juan Manuel Díaz-Granados, cita en su obra, un aparte de la sentencia del 29 de junio de 2007, exp. 04690-01, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en donde se establece

El deber de informar a la víctima sobre la existencia de la póliza, deber que puede ser exigible mediante la práctica de pruebas extraprocesales, como serían el interrogatorio de parte, la inspección judicial, o la exhibición de documentos, según fuere el caso (artículos 294, 297 y 300 del Código de Procedimiento Civil). (Díaz-Granados, 2012, p.199)

5.3.4.1.2 Cargas.

Según el artículo 1075 del Código de Comercio, el asegurado tiene la carga de notificar la ocurrencia del siniestro al asegurador, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. La notificación podrá surtir de forma verbal o escrita, pues la ley no impone un medio determinado. (Díaz-Granados, 2012, p. 199).

Por otra parte, y conforme al artículo 1077 *ibídem*, el asegurado o beneficiario tiene la carga de demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida para acreditar su derecho a la indemnización. “El plazo para que el asegurado o beneficiario presente su reclamación está determinado por los términos de prescripción, con la advertencia de que la reclamación no tiene la virtud de interrumpir la prescripción.” (Díaz-Granados, 2012, p. 200).

5.3.4.1.3 Obligaciones.

El tomador está obligado a pagar la prima dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o, si fuere el caso, de certificados o anexos expedidos con fundamento en ella según lo preceptuado en el artículo 1066 del Código de Comercio. La mora en el pago de la prima produce la terminación automática del contrato de seguro.

Es importante hacer énfasis en que el cómputo del término inicia desde el momento de la entrega de la póliza, y no desde el momento de la celebración del contrato.

Finalmente, el asegurado o beneficiario estará obligado en el momento de notificar la ocurrencia del siniestro, a declarar los seguros coexistentes, indicando el asegurador y la suma asegurada, pues ello permitirá al asegurador distribuir la indemnización con el otro asegurador. (Díaz-Granados, 2012, p. 199). Así, y en cumplimiento estricto del inciso final del artículo 1077 del Código de comercio, la inobservancia maliciosa de esta obligación ocasionará la pérdida del derecho a la prestación asegurada.

5.3.5 Cargas, y obligaciones del asegurador en el seguro de responsabilidad.

Por su parte, le corresponde al asegurador, una serie de cargas y obligaciones frente al tomador, asegurado o beneficiario, así:

Entregar la póliza según lo señalado en el artículo 1046 del Código de Comercio. En este orden de ideas, el asegurador deberá hacer entrega, dentro de los 15 días siguientes a la celebración del contrato, el documento que lo contiene, esto es, la póliza. De esta obligación depende el cumplimiento de la obligación del tomador de pagar la prima, pues el plazo para hacerlo, inicia a partir de la referida entrega, y de ahí su importancia.

El asegurador además, está obligado a entregar al tomador, asegurado o beneficiario, duplicados de las pólizas.

Por otra parte, y acorde con lo establecido por el literal c del artículo 3 la Ley 1328 de 2009, atinente a la reforma financiera y de seguros, los aseguradores deberán suministrar a los consumidores financieros, información cierta, suficiente, clara y oportuna que les permita conocer a cabalidad sus derechos. Este fue pues, un método de protección a las víctimas en el seguro de responsabilidad civil como consumidores financieros. (Díaz-Granados, 2012, p. 203).

Ahora bien, el asegurador tiene la obligación de pagar la indemnización derivada del contrato, una vez se halle acreditada la ocurrencia del siniestro, y la cuantía de la pérdida. Dentro del seguro de responsabilidad civil, esta obligación se encuentra regida por una serie de normativas legales especiales, a saber:

Artículo 1080 Código de Comercio: La indemnización debe pagarse dentro del mes siguiente al momento en que se acredite el derecho.

Artículo 1127 del Código de Comercio: El pago de la indemnización deberá hacerse a la víctima sin perjuicio de las prestaciones que deban reconocerse al asegurado.

Artículo 1110 del Código de Comercio: La indemnización será pagadera en dinero o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada a opción del asegurador.

Esta regla tiene aplicación parcial en el seguro de responsabilidad, pues, al no revestir la forma de un seguro de cosas, la indemnización sería pagadera en dinero, particularmente cuando la prueba del siniestro sea judicial y la condena respectiva verse sobre dinero. No obstante, sería posible que en ciertos casos el asegurador opte por pagar en especie, tal como ocurre en los seguros de cumplimiento cuando asume ejecución de la obligación

garantizada, o respecto al suministro del servicio legal para la defensa del asegurado responsable. (Díaz-Granados, 2012, 202).

La mora en el pago de la indemnización se traduce en que el asegurador, tiene la obligación adicional de pagar la tasa máxima de interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera, aumentado a la mitad o, a elección del asegurado o beneficiario, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador, en concordancia con lo señalado por el artículo 1080 del Código de Comercio. (Díaz-Granados, 2012, p. 202)

Si el asegurador no paga la indemnización en los plazos fijados sin que la reclamación hubiese sido objetada de manera seria y fundada, la póliza prestará merito ejecutivo.

Por último, es obligación del asegurador devolver la prima no devengada, ante la ausencia de interés asegurable o de riesgo asegurable; su responsabilidad cesa o se torna un tanto menos onerosa.

5.3.6 Acción directa de la víctima.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la víctima tiene la condición de beneficiario del seguro de responsabilidad civil, por lo que puede reclamar directamente al asegurador, el pago de la indemnización.

5.3.6.1 Naturaleza.

La acción directa fue introducida a través de la ley 45 de 1990, erigiéndose como el cambio más significativo que esta entraña, en lo que al desarrollo del seguro de responsabilidad refiere.

Antes de la promulgación de la mentada norma, la víctima solo podía demandar al asegurado, para que este último a su vez llamara en garantía al asegurador.

Es así, como el artículo 1133 del Código de Comercio reza:

En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho contra el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador.

La acción directa no supone que el tercero sea parte del contrato, por lo tanto “al no ser contratante, no posee ningún derecho, sino solo una expectativa de la ejecución del contrato”. (Garriges, 1982, p. 384)

Al respecto la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 10 de febrero de 2005, expediente no. 7173, con ponencia del Magistrado César Julio Valencia Copete, y en descripción de la evolución que comportó la ley 45 de 1990 con relación al contrato de seguro de responsabilidad civil, expuso:

- Antes de la reforma, el seguro se constituía en beneficio exclusivo del asegurado, por cuanto la obligación del asegurador se circunscribía a indemnizarlo a él, y no al beneficiario, lo cual encontraba asidero legal en el artículo 1133 del Código de Comercio, al preceptuar expresamente que el tercero damnificado se encontraba desprovisto de acción directa que le permitiese exigir a la compañía aseguradora, reparar los perjuicios causados con ocasión de la realización del siniestro.
- El principio indemnizatorio sufrió un cambio sustancial: Antes, la obligación del asegurador era la de “indemnizar los perjuicios patrimoniales que **sufra** el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra”, y ahora, es la de “indemnizar los perjuicios

patrimoniales que **cause** el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y **tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización**”; según la reforma efectuada al ya mencionado artículo 1127 del Código de Comercio.

- A esta clase de seguro se le agregó una función adicional: Reparar directamente a la víctima, quien ostenta la calidad de beneficiaria de la indemnización, y quien además, se encuentra favorecida con la acción directa como herramienta en contra del asegurador, para hacer valer la prestación cuya titularidad se le reconoce por ministerio de la ley.

5.3.6.2 Personas legitimadas.

Los titulares de la acción directa, y por tanto quienes se encuentra legitimados por activa para ejercerla en contra del asegurador, son:

- La víctima directa.
- Las víctimas por rebote.
- Los herederos de la víctima directa y los herederos de las víctimas por rebote.
- Los causahabientes a título singular de los derechos de la víctima (Entre otros, la aseguradora que ha reconocido y pagado una indemnización por un seguro de daños, la cual se subroga contra el responsable del siniestro y, por tanto, contra la aseguradora de la responsabilidad).

En el marco del seguro de responsabilidad, ninguna víctima tiene un mejor derecho frente a las demás; así, en el caso de concurrencia de las mismas dentro del daño causado por la acción u omisión del asegurado, cada una de ellas puede reclamar en igualdad de condiciones. No resulta entonces procedente, distribuir la indemnización solamente entre el cónyuge y los herederos, por mitades, pues, debe prevalecer el principio de reparación integral para la totalidad de los

damnificados, sujeta exclusivamente a los límites y condiciones establecidas en el contrato de seguro, por lo que, no les es posible a los beneficiarios, pretender una prestación mayor o adicional a la establecida en el objeto negocial.

5.3.3.3 Derecho a la información como derecho derivado de la acción directa.

En el parágrafo del artículo 1046 del Código de Comercio, dispone: “El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado **o del beneficiario** duplicados o copias de la póliza.” (Resaltado fuera de texto).

Tal es el sustento legal, no solo de uno de los deberes del asegurado, sino del derecho a la información que se erige en cabeza de la víctima como beneficiario del seguro de responsabilidad civil, derecho este al que la doctrina y la jurisprudencia le han otorgado un carácter especial, en virtud de la protección que a aquella le brindó la ley 45 de 1990.

Verbigracia, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en 2007, se refirió al deber de información que se colige del seguro de responsabilidad civil, aduciendo que sin su exigencia, esta tipología aseguraticia, y sobre todo la acción directa que en función de ella se previó, no sería una vía idónea y eficaz de reparación del daño causado a la víctima.

Argumentó además, que sin la garantía de este derecho, “(..) Los derechos de carácter sustancial del damnificado no llegarían a materializarse, ni voluntaria, ni forzadamente, pues el perjudicado con la conducta del asegurado no estaría en posición de pedir a la aseguradora la indemnización y, mucho menos, de llevar su caso al órgano jurisdiccional competente para que se le dispense justicia, surgiendo de ello la contravención de los mandatos constitucionales igualmente reseñados, tocantes con la prevalencia del derecho sustancial y con garantía de acceder a la administración de justicia, en sentido lato”.

Finalmente, Juan Manuel Díaz-Granados por su parte, destaca las protecciones establecidas en materia de información, dentro de la Ley 1328 de 2009, y dirigidas a las víctimas del seguro de responsabilidad civil, a saber:

- La víctima se enmarca en la definición de usuario y por tanto es un consumidor financiero.
- Las compañías aseguradoras deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna que les permita conocer adecuadamente sus derechos. (Artículo 3 literal c)
- La creación del Registro Único de Seguros (RUS), el cual que incluirá información sobre pólizas de seguros (arts. 78 y 79). Aunque en lo concerniente al seguro objeto de estudio, el RUS solo contemplará la información del seguro de automóviles, según lo dispuesto por el Decreto Reglamentario 2775 de 2010.

5.6.7 Prescripción de la acción derivada del seguro de responsabilidad civil.

Es preciso ahora abordar el estudio de la prescripción dentro del seguro de responsabilidad, siendo este uno de los temas que más generan controversias en las diversas modalidades contenidas en los mandatos del Código de Comercio, la Ley 45 de 1990 y la Ley 389 de 1997. La doctrina ha efectuado múltiples análisis, así como las Altas Cortes a través de decisiones judiciales, lo cual ha permitido unificar criterio y definir el alcance de esta figura jurídica.

Es menester recordar que la relación entre los actores de la responsabilidad civil, esto es, entre quien ocasiona el daño, y quien lo sufre, cuenta con una regulación normativa especial que no excluye la prescripción, estableciendo términos que pueden diferenciarse de los aplicables al contrato de seguro de responsabilidad civil.

En el régimen general de las obligaciones, respecto a la prescripción extintiva, la única distinción que se formula, se relaciona con el tipo de acción que pretenda ejercerse: acción ejecutiva (5 años de prescripción) y acción ordinaria (10 años de prescripción).

A veces, cuando el siniestro se constituye como la ocurrencia del hecho externo imputable al asegurado, las dos prescripciones, tanto la de la responsabilidad civil, como la del contrato de seguro, inician el cómputo desde la misma fecha; circunstancia que no se da cuando el siniestro es la reclamación.

Así las cosas, Juan Manuel Díaz- Granados sostiene:

(...) Habrá situaciones en las cuales el plazo de prescripción de la responsabilidad haya expirado primero que el plazo aplicable al contrato de seguro. (...) El seguro de responsabilidad cubre los daños siempre y cuando la obligación de resarcimiento en cabeza del responsable no se haya extinguido; de suerte que si prescribió, el responsable no estará obligado y la víctima no podrá obtener indemnización alguna del seguro aunque los plazos de prescripción de este último contrato no hayan vencido. (Díaz-Granados, 2012, p. 223)

La prescripción derivada del contrato de seguro dentro de nuestro ordenamiento jurídico, tiene asidero en el artículo 1081 del Código de Comercio, en donde se clasifica en ordinaria y extraordinaria. Aquella, de carácter subjetivo, es de dos años contados a partir del momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción; mientras que ésta, de carácter objetivo, es de cinco años contados a partir de que nace el respectivo derecho, es decir, desde la ocurrencia del siniestro.

Ambos tipos de prescripción se aplican a todas las acciones derivadas del contrato de seguro, por ello, cada una correrá con base en sus propias reglas, lo cual podrá suceder simultáneamente en el tiempo y el derecho prescribirá cuando alguna de ellas se configure.

Prima facie, puede decirse que el siniestro se configuraba con la ocurrencia del hecho imputable al responsable, considerando que la ley colombiana solo había acogido la tesis de la ocurrencia, siendo necesario aplicar la regla general de la prescripción del artículo 1081 de nuestro estatuto mercantil. Bajo este entendido, la prescripción debía contarse desde el conocimiento del hecho en el caso de la ordinaria, o desde el mismo momento de su realización tratándose de la extraordinaria.

Empero, la segunda parte del artículo 1131 estatúa que la responsabilidad del asegurador sólo podía hacerse efectiva cuando la víctima reclamaba judicial o extrajudicialmente al asegurado; debe precisarse que para la época no se contemplaba la acción directa de la víctima contra el asegurador.

Así, y con base en la reglamentación mentada en el párrafo anterior, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 4 de julio de 1977, sostuvo que la prescripción corría desde el hecho externo imputable al asegurado, incluso para los seguros de responsabilidad civil, lo cual conducía a que, cuando la víctima reclamara al asegurado, era posible que hubiesen transcurrido los términos de prescripción, haciendo nugatorio el derecho del asegurado. (Díaz-Granados, 2012, p. 236).

Pues bien, para dar solución al problema generado, la doctrina creó una tesis compuesta con elementos relativos tanto a la ocurrencia del hecho como a la reclamación. Por consiguiente, el cumplimiento de la obligación del asegurador se supeditaba al acaecimiento del hecho causante del perjuicio, y adicionalmente a la reclamación formulada por la víctima.

Al respecto, J. Efrén Ossa, citado por Juan Manuel Díaz-Granados, sostuvo que “el reclamo no es el siniestro, (...) pero sí la condición subordinante de la obligación del asegurador. Una condición adicional en esta clase de seguros, consagrada por vía de excepción, porque en todas las demás la obligación aludida dimana por modo directo e inmediato del siniestro mismo”.

En este sentido, se entendió el siniestro como un hecho complejo, es decir, su realización dependía de dos condiciones a saber, el acaecimiento del hecho y la reclamación, postulado que comportó controversias, al responder el interrogante de si las antedichas condiciones debían presentarse durante la vigencia de la póliza. Por ello, la doctrina precisó que para tales efectos el siniestro era solamente la ocurrencia del hecho, en tanto, para efectos de determinar el inicio de los términos de prescripción, debía tenerse en cuenta la ocurrencia más la reclamación, razonamiento incoherente y apartado del discurso conceptual del hecho complejo.

Ante la notable falencia, la doctrina formuló una proposición aceptada de forma general, respecto a la tesis del hecho complejo, la cual asevera que el siniestro es el hecho dañoso, siendo esta la condición de existencia, mientras que la reclamación es un requisito de exigibilidad que determina el inicio del cómputo de la prescripción.

José Fernando Torres, citado por Juan Manuel Díaz-Granados afirma:

Si bien en el seguro de responsabilidad civil, como en todos los seguros, el derecho del asegurado o beneficiario y la correlativa obligación del asegurador nacen al ocurrir el siniestro, entendido como el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado (art. 1131), no es menos cierto que se trata de un derecho que, por expresa disposición legal, no es exigible sino en tanto se ha presentado la demanda judicial o extrajudicial de la víctima. (Díaz-Granados, 2012, p. 294)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, también citada por el profesor Díaz- Granados, en sentencia del 18 de mayo de 1994, exp. 4106, señaló con fundamento en el antiguo artículo 1131 del Código de Comercio:

La demanda judicial o extrajudicial de la indemnización de la víctima al asegurado, la toma el citado precepto como hecho mínimo para la exigibilidad de la responsabilidad que puede reclamar el asegurado frente al asegurador (...). Luego si solo desde ese instante puede reclamarse la responsabilidad al asegurador por parte del asegurado, mal puede hacerse el cómputo de la prescripción desde época anterior.

Entonces, la prescripción del seguro de responsabilidad civil, bajo el mandato contenido en el texto inicial del artículo 1131, puede ilustrarse de la siguiente manera:



Figura 1. Prescripción de la acción derivada del seguro de responsabilidad civil según el texto inicial del artículo 1131 del Código de Comercio.

Posteriormente, entró en vigencia la ley 45 de 1990, que como ya se ha dicho, modificó el artículo 1131 del Código de Comercio, creando la acción directa de la víctima; con esta reforma se dio solución a discusión doctrinaria para dejar en claro que el siniestro lo constituye la ocurrencia del hecho dañoso, el cual debe presentarse durante la vigencia de la póliza.

En virtud a que esta nueva norma establece claramente el momento a partir del cual deben contabilizarse los plazos de prescripción, no fue necesario recurrir a tesis elaboradas para encontrar respuestas a los interrogantes surgidos en el pasado.

Bajo la nueva reglamentación, la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil, se estipuló de la siguiente manera en el varias veces mentado, artículo 1131 del Código de Comercio: La prescripción correrá respecto de la víctima, a partir del momento de la ocurrencia del hecho externo imputable al asegurado; mientras que, respecto de este último, iniciará su cómputo desde cuando la víctima le formule la respectiva reclamación judicial o extrajudicial.

Dentro del referido artículo no se aprecia término alguno, de manera que, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 29 de junio de 2007, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramilo Jaramillo, dispuso que a la acción directa de la víctima solo le es aplicable la prescripción extraordinaria de cinco años:

(...) si bien el artículo 1131 del Código de Comercio no exceptuó la aplicación del artículo 1081 de la misma obra, que se mantiene como la regla fundante en materia de prescripción extintiva de los derechos y acciones derivados del contrato de seguro o de las normas que lo disciplinan, sí consagró una excepción a ese sistema, la cual es aplicable solamente al seguro de daños –en particular al seguro de responsabilidad civil– y que consiste en que a la acción directa de la víctima contra el asegurador, autorizada expresamente por la Ley 45 de 1990, es aplicable únicamente la prescripción extraordinaria contemplada en la segunda de las disposiciones aquí mencionadas, estereotipada por ser objetiva; que corre en frente de "toda clase de personas", vale decir, capaces e incapaces, y cuyo término es de cinco años, que se contarán, según el caso,

desde la ocurrencia misma del siniestro, o sea, desde la fecha en que acaeció el hecho externo imputable al asegurado –detonante del aludido débito de responsabilidad.

Por consiguiente, resulta meridiano que aun cuando los cánones 1081 y 1131 del Código de Comercio deben interpretarse conjunta y articuladamente, según se evidenció, tampoco es menos cierto que el segundo de ellos, al fijar como único perceptor de la prescripción de la acción directa de la víctima en un seguro de responsabilidad, la ocurrencia misma del siniestro, pudiendo haber tomado otra senda o camino, optó por la prescripción extraordinaria que, por contar con un término más amplio -cinco años-, parece estar más en consonancia con el principio bienhechor fundante de dicha acción que, como señaló en breve, no es otro que la efectiva y real protección tutelar del damnificado a raíz del advenimiento del hecho perjudicial perpetrado por el asegurado, frente al asegurador, propósito legislativo que, de entenderse que la prescripción aplicable fuera la ordinaria de dos años, por la brevedad del término, en compañía de otras vicisitudes, podría verse más comprometido, en contravía de su genuina y plausible teología. (...)

(...)

En este orden de ideas, es del caso puntualizar que si se admitiera que en frente de la comentada acción directa la prescripción aplicable fuera la ordinaria, de sólo dos años –como lo juzgó el Tribunal-, ese término resultaría exiguo respecto de la consecución real y efectiva por parte de la víctima de la información relativa al seguro, circunstancia que deviene trascendente en la medida en que, como ya se explicó, de ella, en últimas, depende el efectivo –y no retórico o nominal- ejercicio de la acción.

Tal postura se ratificó mediante Sentencia del 8 de septiembre de 2011, con ponencia de la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda, expediente no. 73449-3103-001-2006-00049-01, en la cual el Honorable Tribunal, en sede de Casación, dictaminó que el *ad quem* incurrió en un yerro, al efectuar una interpretación desacertada de lo preceptuado en el Código de Comercio, referida a la prescripción de la acción directa, de conformidad con las circunstancias fácticas del caso concreto:

(...) a pesar de haber concebido que se estaba ejercitando la “*acción directa*” autorizada en el canon 1133, de los damnificados contra el asegurador, no tuvo en cuenta que armonizando los artículos 1081 y 1131 *ibídem*, afloraba con claridad que la “*prescripción*” llamada a disciplinar el asunto era la “*extraordinaria*”, la cual en lo esencial se caracteriza, porque requiere el transcurso de cinco (5) años a partir de cuando se consolida el derecho y es oponible contra toda persona, incluidos los incapaces; por lo que ha debido desestimar el medio exceptivo que se le planteó, pues partiendo del momento en que se causó el daño (12 de enero de 2003), hasta cuando la demanda se presentó (23 de marzo de 2006), no había transcurrido dicho lapso de tiempo, produciéndose la interrupción en los términos del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, en razón a que la notificación del auto admisorio se efectuó por aviso entregado el 09 de junio de la última anualidad reseñada.

Con ocasión de la aplicación de este sistema, emanaron nuevos cuestionamientos en lo que a la prescripción refiere, como quiera que al tenor del artículo 1131, el plazo de prescripción otorgado a la víctima, inicia desde el momento de ocurrencia del hecho; por lo que, como lo advierte Díaz-Granados en su obra, respecto de daños tardíos, la acción de la víctima en contra del asegurador podría haber prescrito cuando los daños se manifesten.

Así las cosas, la prescripción del seguro de responsabilidad civil siguiendo lo estatuido en la ley 45 de 1990, podría ilustrar así:

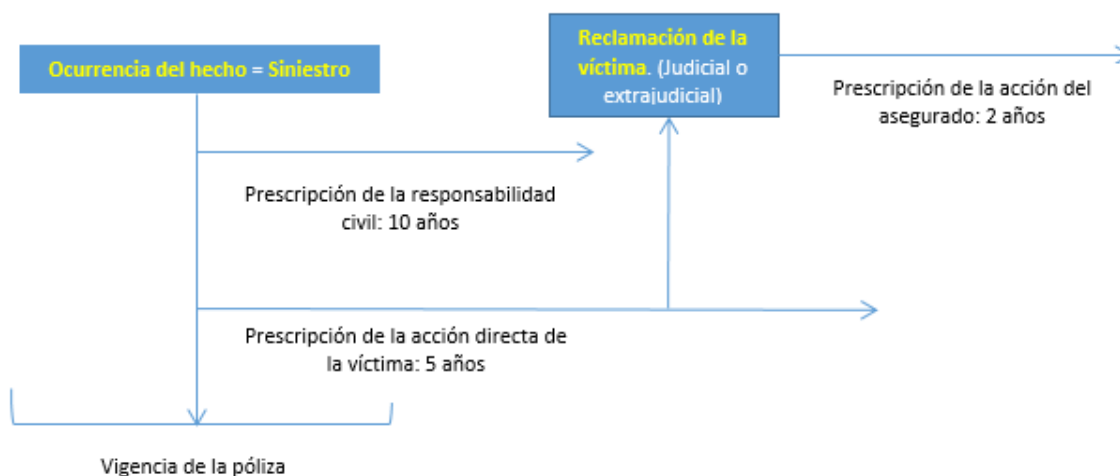


Figura 2. Prescripción de la acción derivada del seguro de responsabilidad civil según la Ley 45 de 1990.

Con la aparición de la ley 389 de 1997, la prescripción sufrió unas variaciones, partiendo del hecho en varias ocasiones referido, de la constitución del siniestro a partir de la reclamación de la víctima al asegurador o al asegurado durante la vigencia del contrato de seguro, por lo que será esa fecha la que determinará el inicio de la prescripción tanto para la víctima como para el asegurado.

Así pues, el artículo 4 de la mentada ley, hace referencia a dos modalidades, las cuales, siguiendo al doctrinante Juan Manuel Díaz-Granados, traeremos a colación de forma separada:

El inciso 1 del artículo 4 consagra: “En el seguro (...) de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse (...) a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la

compañía durante la vigencia (...), así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.”

Carlos Ignacio Jaramillo, citado por el profesor Díaz Granados en su obra, precisa frente a lo expresado en este inciso, y en general, frente a la modalidad de reclamación introducida, que: “En tal caso la reclamación, de cara a las llamadas cláusulas *claims made*, sería el punto de partida de la prescripción, tanto para la víctima como para el asegurado...”.

Juan Manuel Díaz-Granados resume la aludida modalidad así:

No tendría ninguna lógica decir que para la primera es la reclamación y para la segunda es la ocurrencia del hecho o viceversa. Gústenos o no, la ley establece una figura en la cual el riesgo —y por lo mismo el siniestro— es la reclamación para todos los efectos. En consecuencia, el artículo 1131 habrá de interpretarse armónicamente con la nueva Ley 389 de 1997, de manera que la prescripción operará así:

Respecto a la víctima, la prescripción iniciará su cómputo desde la reclamación, que es el siniestro en esta modalidad y que debe presentarse durante la vigencia. No se computará desde la ocurrencia del hecho, dado que no es el siniestro y, de hacerlo, probablemente por ser anterior puede consumarse la prescripción previamente a la reclamación, lo cual es una conclusión absurda.

Respecto al asegurado, no se presenta ninguna inquietud, ya que tanto en la modalidad de ocurrencia como en la de reclamación la prescripción corre desde el momento de la reclamación de la víctima. (Díaz-Granados, 2012, p. 301)

A continuación, se ilustra el esquema en comentario:

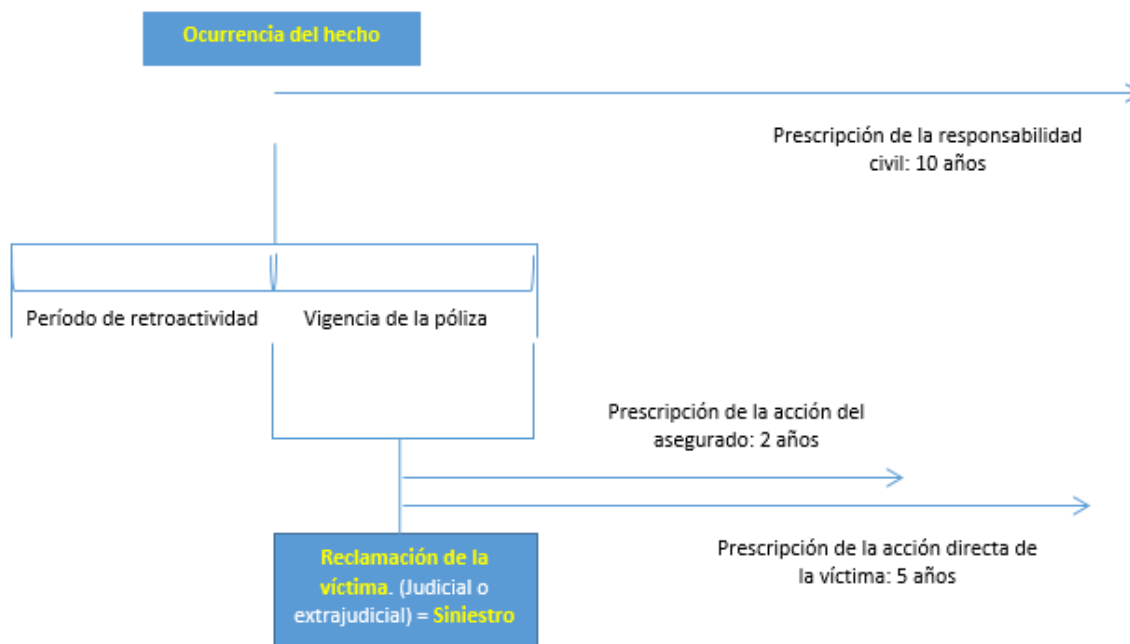


Figura 3. Prescripción de la acción derivada del seguro de responsabilidad civil según el Inciso 1 del Artículo 4 de la Ley 389 de 1997.

Ahora bien, la cobertura otorgada por el inciso 2 del artículo 4, denominada *sun set*, se encuentra supeditada a los hechos que ocurran dentro del período de vigencia de la póliza, siempre y cuando la reclamación de la víctima al asegurador o al asegurado, se efectúe dentro de dicha vigencia o dentro de un término posterior a su terminación, el cual no será inferior a dos años; literalmente expresa:

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años. (Ley 489 de 1997)

Como se aprecia, son dos los elementos que componen esta modalidad, por una parte, el acaecimiento de los hechos durante la vigencia de la póliza y, por otra, la reclamación de la

víctima al asegurado o al asegurador dentro de esa vigencia, o dentro del término pactado por las partes, posterior a la finalización del periodo contractual, el cual no puede ser inferior a dos años.

Una vez el derecho surja (con la ocurrencia) y se haga exigible (con la reclamación), se iniciarán los términos de prescripción.

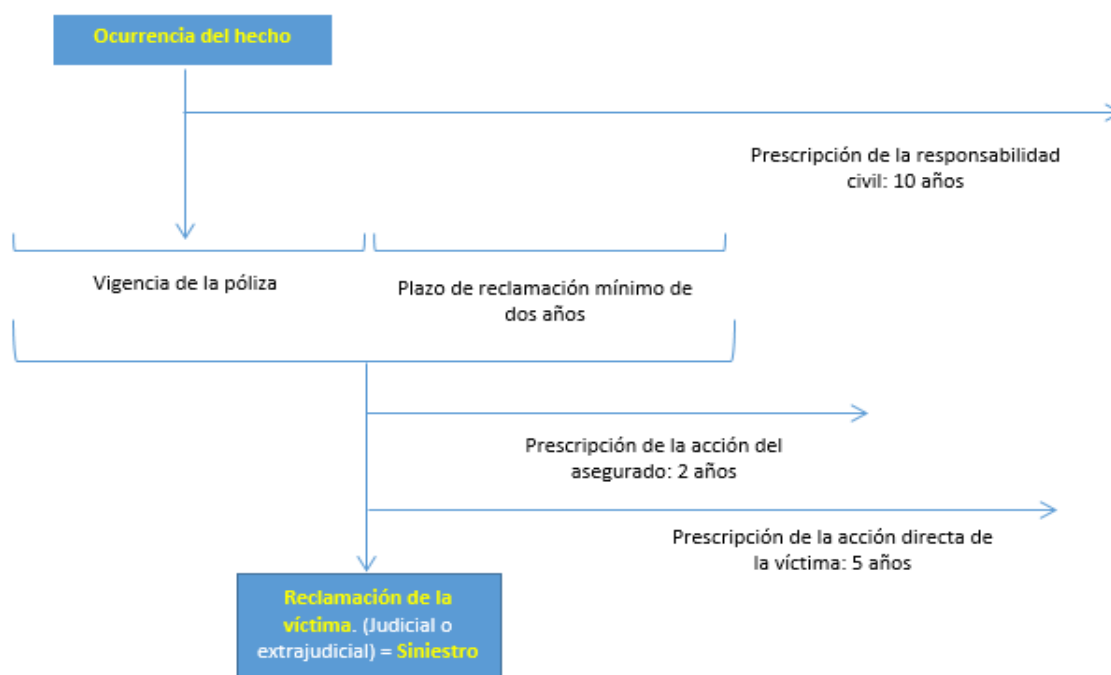


Figura 4. Prescripción de la acción derivada del seguro de responsabilidad civil según el Inciso 2 del Artículo 4 de la Ley 389 de 1997.

Es importante destacar en este punto y considerando la operancia de la figura de la prescripción bajo cada sistema de cobertura, la amplia diferencia entre el término de prescripción de la acción de responsabilidad civil y el término de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, esto es, de diez y de dos años respectivamente, lo cual representaría una evidente desprotección al asegurado.

En este sentido, la víctima o tercero afectado, cuenta con diez años para reclamar a quien ocasiona el daño, por los perjuicios que de dicho daño se deriven; en tanto este último cuenta

solo con dos años contados a partir de dicha reclamación, (Solicitud de conciliación extrajudicial) para requerir a su asegurador, a fin de hacer efectivo el amparo otorgado mediante la póliza de responsabilidad civil, requerimiento que a su vez puede ser extrajudicial (Reclamación formal, en la que se acredite la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio), o judicial (En el evento en que la víctima decida instaurar en su contra, proceso de declarativo de responsabilidad civil, por medio del llamamiento en garantía, según lo dispuesto en el artículo 64 del Código General del Proceso, dentro del término de traslado para contestar la demanda).

Así las cosas, y descendiendo al sistema claims made, en donde el siniestro lo configura la reclamación del asegurado o de la víctima al asegurador, para que aquel pueda tener cobertura por la responsabilidad en la que pueda incurrir, deberá renovar la respectiva póliza durante todo el período de prescripción de la acción de responsabilidad civil, esto es, diez años, término del que dispondrá la víctima para reclamarle, como se mencionó en el párrafo anterior.

Por lo anterior, doctrinantes han sostenido que el contrato de seguro de responsabilidad civil se ha desnaturalizado, al no proteger al asegurado en caso de la realización del siniestro.

En efecto, y aunque en la práctica puede evidenciarse la referida desprotección, el asegurador no puede quedar expuesto por el lapso de doce años, correspondiente al término máximo en que podría presentársele una reclamación con ocasión de la ocurrencia de un siniestro de responsabilidad civil (Diez años de la prescripción de la acción de responsabilidad más dos años de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil), y es por ello que opta por el establecimiento de las cláusulas claims made, ante la imperiosa necesidad de resguardar su patrimonio y la continuidad de su labor.

5.4 Las cláusulas claims made

Así las cosas, y de acuerdo con la modalidad de reclamación traída a colación dentro del acápite inmediatamente anterior, correspondiente a la prescripción de la acción derivada del seguro de responsabilidad civil, es propio entonces estudiar las cláusulas claims made como fundamento de dicha modalidad, a fin de comprender con mayor claridad la necesidad de incluirlas dentro de los sistemas jurídicos.

5.4.1 Antecedentes.

En la aplicación y desarrollo del contrato de seguro, nacieron las cláusulas claims made como mecanismo de defensa de los aseguradores frente a las reclamaciones tardías; con ellas se buscó delimitar temporalmente el riesgo.

Se reitera que, en principio, las pólizas de seguro de responsabilidad civil operaban únicamente bajo el sistema de ocurrencia, dentro del cual, el asegurador se obliga a pagar a la víctima la indemnización a que haya lugar, como consecuencia de los hechos generadores de responsabilidad, atribuibles a su asegurado, y ocurridos durante la vigencia del contrato de seguro.

Fue así, como en Estados Unidos, en virtud de los casos de asbestosis (En los años 80s llegaron a acumularse 30.000 reclamaciones de trabajadores industriales expuestos al asbesto entre los años 20s y 30s), talidomida, el dispositivo dalkon shield, y contaminación por residuos tóxicos (Contaminación de aguas subterráneas entre 1952 y 1982 de una planta de la Shell; se le demandó solo por costos de limpieza en cuantía de US1.900.000millones), entre otros, los aseguradores tuvieron que asumir cuantiosas indemnizaciones correspondientes a pólizas que

habían expirado muchos años atrás; situación que generó una crisis en el aludido sistema de ocurrencia.

El profesor Juan Manuel Diaz-Granados, en su obra *El Seguro de Responsabilidad Civil*, 2012, cita a Charles Kingdollar, para exponer la magnitud de la problemática derivada de los siniestros de long tail, o cola larga, es decir, aquellos respecto de los cuales solo transcurrido un lapso prolongado, a partir de la exposición, se conocen sus resultados dañinos, por lo que la reclamación de la víctima se efectúa varios años después del hecho generador del daño:

En 2001 se presentaron en los Estados Unidos más de 75.000 nuevas demandas por daños causados por asbesto y, según informes de firmas especializadas de calificación, el valor que deberán pagar las aseguradoras de ese país por las reclamaciones por lesión corporal causada por asbesto oscilan entre US\$55.000 y US\$65.000 millones. (...) En algunos casos, los tribunales consideraron que los demandantes podían afectar todas las pólizas que habían cubierto la actividad asegurada y, en casos extremos, acumularon las sumas aseguradas de las diferentes pólizas.

Por lo anterior, a partir de la década de los ochenta, comenzaron a incluirse las cláusulas claims made (reclamo hecho), dentro de los contratos de seguro de responsabilidad civil para algunos productos y determinadas profesiones, con el fin de limitar la cobertura, únicamente a los casos en los que la reclamación fuese formulada durante la vigencia de la póliza. (Diaz-Granados, 2012, 20)

Así las cosas, se puso en marcha el sistema de reclamación, el cual surge en Colombia según criterio de Andrés Ordóñez, Carlos Ignacio Jaramillo y Juan Manuel Diaz-Granados, como consecuencia del influjo de la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros Privados de España expedida en 1995, y en virtud, además, de la negativa de los mercados internacionales de

reaseguro a otorgar cobertura de responsabilidad civil para algunas actividades bajo el tradicional sistema de ocurrencia, lo que conllevó al imperativo cambio legislativo en el ordenamiento jurídico colombiano en lo referente al contrato de seguro de responsabilidad civil, el cual derivó en la expedición de la Ley 389 de 1997, norma que en su artículo 4° prescribe el ámbito temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad y así incorpora la modalidad de reclamación (sistema claims made).

En el texto de la ponencia del primer debate del proyecto de ley, se definió:

Este artículo posibilita que las compañías cubran en este tipo de ramos, hechos ocurridos antes del contrato, que produzcan pérdidas que se descubran o reclamaciones que se formulen en la vigencia de la póliza. Igualmente, se permite precisar la cobertura de responsabilidad civil frente a reclamaciones tardías.

Se justifica en el mismo texto de la ponencia del proyecto de ley en primer debate, que de esta manera, -con la acogida del precitado artículo 4°-,

El sector asegurador colombiano podrá contar con un adecuado apoyo internacional de reaseguros para el otorgamiento de mejores coberturas a precios mucho más atractivos a favor de los asegurados, atendiendo a necesidades sentidas en el país, tales como las coberturas en materia ambiental y de contaminación, en cuanto a la elaboración de productos defectuosos, en relación con actividades profesionales, etc.

Con ocasión del mentado artículo 4, se han desarrollado una serie de cláusulas, que delimitan temporalmente el riesgo en el seguro de responsabilidad, entre las cuales se destacan, según el Profesor Diaz-Granados, la cláusula claims made sin periodo de retroactividad, claims made con período de retroactividad, claims made más reporte, claims made con cobertura para hechos notificados, y claims made más período para notificar.

5.4.2 Concepto.

El esquema aseguratorio basado en el sistema *claims made*, implicó una nueva concepción en lo que a la delimitación temporal de los riesgos asumidos, en el contrato de seguro de responsabilidad civil respecta.

Así, en aplicación de las cláusulas *claims made*, el asegurador mantendrá incólume al asegurado, en las condiciones establecidas en el respectivo contrato de seguro, por cuanto le deba a un tercero a consecuencia de un hecho suyo, ocurrido durante el plazo previsto en la póliza, siempre y cuando el reclamo del tercero afectado se haya formulado durante su vigencia o en el período adicional para notificaciones, pactado en el contrato; es decir, se delimita temporalmente la cobertura otorgada por el seguro.

Waldo Sobrino, citado por el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, sostiene que, la cláusula *claims made* establece una nueva condición para que el asegurado se encuentre protegido por la póliza de seguro, dado que no solo se requiere que el hecho generador se produzca durante la vigencia de la póliza, sino que, esta cláusula exige que el reclamo se realice durante la vigencia de la póliza, o en el año siguiente, lo que denota una evidente restricción contractual. (Jaramillo, 2011, p. 21)

En este sentido, el riesgo asegurable es la responsabilidad civil, pero para esta modalidad, la ley lo delimita a los reclamos formulados durante la vigencia, así los hechos generadores de responsabilidad hayan acaecido con anterioridad.

El sistema *claims made* no significa la abolición del sistema tradicional de ocurrencia; aquel se considera excepcional, pues su incursión en la esfera contractual es específica, solo es

aplicable a determinados riesgos dentro del seguro de responsabilidad y dentro del seguro de automóviles.

Su fundamento obligacional reside en la reclamación del tercero; así pues, se constituye en el epicentro del referido esquema; de tal suerte que, sin reclamación judicial o extrajudicial, finalmente no se configurará el siniestro, *stricto sensu*.

Por tanto, y siguiendo al Profesor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, el hecho generador de dicha reclamación, en sí mismo considerado, no dará origen al débito de responsabilidad, sino debe estar acompañado de la reclamación judicial o extrajudicial que, en línea de principio, a diferencia del sistema convencional o tradicional, deberá formularse dentro de la vigencia del seguro, so pena de que no se obligue la responsabilidad de la entidad aseguradora o, en su defecto, en un término aledaño (*postcontractum*) de uno o dos años, como se acostumbra en la *praxis* (...) (Jaramillo, 2011, p.23)

En otras palabras, el siniestro equivale a la reclamación, si la misma no se da, no puede afectarse la póliza, aunque exista acto u omisión con la virtualidad de producir un daño.

5.4.3 Clases.

En la actualidad, y en concordancia con lo formulado por el Profesor Juan Manuel Díaz-Granados, existe una serie de modalidades de cláusulas claims made, algunas de las cuales son complementarias entre sí, que delimitan temporalmente el riesgo en el seguro de responsabilidad, a saber:

5.4.3.1 Cláusulas claims made sin período de retroactividad.

Bajo esta modalidad, se cubren las reclamaciones presentadas dentro de la vigencia de la póliza, siempre y cuando el hecho dañino hubiese ocurrido dentro de dicha vigencia.

Algunos doctrinantes, como Bernardo Botero, sostienen que la citada modalidad conlleva la obligación de otorgar cobertura respecto de hechos ocurridos con anterioridad a la iniciación a la vigencia. (Díaz-Granados, 2012, p. 167).

La presente tipología de cláusulas impone al asegurado, un panorama excesivamente restrictivo, pues, teniendo en cuenta que durante la vigencia de la póliza debe ocurrir tanto el hecho generador de la responsabilidad, como formularse la reclamación concerniente a tal hecho, la probabilidad de hacer efectiva el contrato de seguro, se reduce considerablemente.

El profesor Díaz-Granados ilustra la situación a partir del siguiente ejemplo: “Supongamos, que el hecho es cometido por el asegurado en el último momento de la vigencia, sin que la víctima cuente con la posibilidad de reclamar, lo cual enervaría la cobertura.” (Díaz-Granados, 2012, p. 168)

Por lo anterior, y a fin de morigerar la restricción señalada, es habitual que las cláusulas claims made se suscriban bajo el acompañamiento de disposiciones adicionales en dos sentidos, a saber: Por un lado, en cubrir las reclamaciones formuladas dentro de la vigencia, siempre que el hecho acaezca dentro de dicho período o dentro de un período anterior, denominado de retroactividad; y por otro, en cubrir las reclamaciones formuladas dentro de la vigencia, o dentro de un período adicional otorgado una vez expirada dicha vigencia, siempre que los hechos tenga lugar dentro del lapso contractual.

Sánchez Calero, citado por el Profesor Díaz-Granados, describe el tema de la siguiente manera:

Pero el dato esencial de estas cláusulas es la consideración como “ siniestro ” no el momento de verificación del hecho dañoso, sino el de la verificación de la reclamación al asegurador o al asegurado, de forma tal, que pueden incluirse dentro de la cobertura del seguro hechos dañosos producidos con anterioridad a la vigencia del contrato, pero desconocidos por el Asegurado, que se reclamen dentro de ese período de vigencia y también que se cubren las reclamaciones producidas dentro de un plazo, determinado en la póliza, que sea posterior a la terminación de la vigencia del contrato. (Díaz-Granados, 2012, p. 169)

5.4.3.2 Cláusulas claims made con período de retroactividad.

Este tipo de cláusulas cubren las reclamaciones que se produzcan durante la vigencia de la póliza, por hechos ocurridos dentro del período de retroactividad pactado en ella, el cual será acordado por las partes.

Para que la cobertura sea susceptible de afectación bajo esta modalidad, los hechos deben ser desconocidos para el asegurado, pues por regla general se excluyen “ hechos o circunstancias anteriores ”. Esta exclusión hace referencia a cualquier hecho o circunstancia que el asegurado conoció o razonablemente debió conocer, con anterioridad a la vigencia inicial del contrato de seguro, y la cual podía dar lugar a un reclamo. En este sentido, se deduce que la cláusula lleva a que el asegurado renueve su póliza con el mismo asegurador o reasegurador.

5.4.3.3 Cláusulas claims made más reporte durante el período de vigencia.

Estas cláusulas exigen que el reclamo de la víctima sea presentado durante la vigencia, y que el asegurado reporte tal circunstancia al asegurador, dentro de la misma vigencia o en un período

adicional, requisitos sin los cuales no habría cobertura, siendo consecuencia inmediata, la pérdida del derecho a la indemnización.

Tratadistas como Bernardo Botero, han sostenido al respecto, que la exigencia de la notificación durante la vigencia, contraviene el ordenamiento jurídico colombiano, en lo que a la prescripción, y a las disposiciones que regulan los efectos del incumplimiento de los deberes y cargas del asegurado en caso de siniestro corresponde.

5.4.3.4 Cláusulas claims made con cobertura especial a futuro para hechos notificados.

En este caso, la cobertura de la póliza se circunscribe a los hechos conocidos por el asegurado durante la vigencia, los cuales pudieran razonablemente dar lugar a un reclamo, siempre y cuando sean notificados a la aseguradora durante la misma vigencia o durante el período adicional para notificaciones, si este fuere contratado

Así las cosas, si efectivamente surge un reclamo con ocasión a un hecho, el cual fue conocido y notificado por el asegurado al asegurador, dentro de la vigencia de la póliza, se considerará que dicho reclamo fue formulado durante el correspondiente período contractual.

5.4.3.5 Cláusulas claims made con período adicional para notificaciones.

Este tipo de cláusulas, están acompañadas de una estipulación mediante la cual se concede un período adicional, una vez finalizada la vigencia, para que se presenten reclamos al asegurado por parte de la víctima.

En este orden de ideas, se cubren las reclamaciones formuladas en el período adicional otorgado, así los hechos que la originaron, no hayan sido notificados previamente al asegurador, dentro de la vigencia. Puede pactarse el cubrimiento de los hechos generadores de

responsabilidad acaecidos entre la iniciación del período de retroactividad y la terminación de la vigencia.

5.4.4 Problemas jurídicos de las cláusulas claims made.

Como se ha afirmado en el inicio del presente trabajo, diversos tratadistas y tribunales judiciales, han analizado minuciosamente las cláusulas objeto de estudio, y determinado las consecuencias de su aplicación práctica, de cara a los mismos fundamentos doctrinales de la responsabilidad civil, del contrato de seguro, y de cara además, a la legislación vigente en sus países de origen.

Tal es el caso de Andrés Ordóñez, quien será citado en este aparte del presente escrito, por cuanto en su estudio a la Ley 389 de 1997, ha descrito los problemas planteados por las cláusulas claims made, de la siguiente manera:

Es probable la configuración de vacíos en la cobertura de responsabilidad civil, debido lo restrictiva que resulta la modalidad de reclamación, al asegurado.

Ciertamente estas cláusulas implican que el asegurado se verá abocado a dicho vacíos respecto de períodos de tiempo dentro de los cuales cuenta teóricamente con una póliza de seguro, por el hecho de que los reclamos de la víctima no se den dentro de los períodos establecidos en la póliza, bien dentro del período de vigencia, bien dentro del período posterior a la vigencia, que esté cubierto. (Ordóñez, 2008, p.120)

Argumenta el profesor Ordóñez, que bajo ninguna circunstancia, el asegurado podrá estar exento de los vacíos de las coberturas, aun cuando contrate seguros de manera ininterrumpida con distintos aseguradores, toda vez que si la reclamación de la víctima se presenta dentro de la

vigencia de un contrato, por un hecho ocurrido en la vigencia de otro, es posible que ninguno de los dos aseguradores esté obligado. (Ordóñez, 2008, p. 157)

Por otra parte, puede presentarse la mala fe por parte del asegurador, en el sentido de no renovar las pólizas de seguro de responsabilidad civil, cuando conozca de la existencia de hechos que razonablemente puedan dar lugar a una reclamación, y esta no se haya dado dentro de la vigencia contractual pactada, o dentro del período posterior de notificaciones, si es el caso, todo con el propósito de obtener el mayor beneficio financiero. (Ordóñez, 2008, p. 157)

Manifiesta el Profesor Ordóñez, que hacer depender el derecho del asegurado a hacer efectiva la garantía del seguro, del ejercicio potestativo de una facultad dentro de cierto término, en cabeza de un tercero ajeno al contrato, no resulta una forma lícita de limitar la cobertura del seguro, mucho menos lo es, cuando esa circunstancia es posterior a la ocurrencia del hecho dañoso, y que de la misma no depende, de ninguna manera, la ocurrencia del siniestro, teniendo en cuenta la naturaleza de esta modalidad. (Ordóñez, 2008, p. 159)

Ahora bien, en lo que al artículo 4 de la ley 39 de 1997 refiere, denuncia el Profesor Ordóñez, la redacción desafortunada de la norma, de la cual, válidamente se puede inferir:

Se permite pactar el contrato de seguro bajo condiciones austeras y rigurosas, por cuanto tanto el hecho dañoso como el reclamo, deben darse dentro de la vigencia contractual. Esta es la fórmula máxima de limitación, en términos generales. Modalidad que resulta altamente lesiva a los derechos e intereses del asegurado; circunstancia esta que sí advirtió la jurisprudencia española, la cual la rechazó de plano, antes de incluir en su ordenamiento jurídico, el sistema claims made.

Adicionalmente, la ley colombiana permitió el cubrimiento retroactivo, por “hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación”, dando la posibilidad a los aseguradores de restringir el período de retroactividad a lapsos reducidos, e incluso inferiores a un año.

De igual forma, y en lo que a la retroactividad respecta, no se evidencia de forma expresa, dentro del inciso primero que el cubrimiento se haga siempre y cuando el asegurado desconozca los hechos que, habiendo sucedido en el pasado, puedan originar reclamaciones.

Por otra parte, la ambigua redacción del inciso segundo, se concluye que la delimitación del cubrimiento posterior, el cual no será inferior a dos años, corre a partir, no de la terminación del contrato de seguro de responsabilidad, sino de la ocurrencia del hecho dañoso, pormenor que comporta un contexto perjudicial al asegurado. (Ordóñez, 2008, p. 159)

6. Afectación de las cláusulas claims made desde la teoría del abuso del derecho y la prohibición de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo.

Nos corresponde en este capítulo, adentrarnos en el análisis de la afectación de las cláusulas claims made en las relaciones de consumo, a fin de determinar qué tan conveniente resulta para el asegurado, su estipulación dentro de los contratos de seguro de responsabilidad civil, para lo cual, es necesario en primer término, elucidar el escenario conceptual que fundamenta y rodea nuestro objeto de estudio.

6.1 El abuso del derecho

El abuso del derecho, como figura jurídica, surge esencialmente de las relaciones del derecho privado, ámbito en el cual ha sido definida por diversos doctrinantes.

Verbigracia, Arturo Valencia Zea sostiene que los derechos subjetivos de los particulares, obedecen a una orientación determinada, y que de ellos se abusa, en dos circunstancias, a saber: Cuando debiendo ejercerlos no se ejercen, o cuando se ejercen en sentido opuesto a su contenido o destino. (Valencia Zea, 1998. 36)

Por su parte, Luis Josserand, asevera:

(...) Cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso del derecho susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad. (Josserand, 1999, p.5)

George Ripert y Marcel Planiol, apartándose de la concepción de existencia del abuso del derecho, señalan que

(...) cuando se ejercita un derecho, el acto es lícito, y cuando el acto es ilícito es porque se excede un derecho y porque precisamente se obra sin derecho, no hay entonces que dejarse confundir por las palabras, el derecho cesa cuando el abuso comienza, y no puede haber ejercicio abusivo de ningún derecho, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez conforme al derecho y contrario a este. (Ripert & Planiol, 1936, p.787)

Ahora bien, adentrándonos en el ordenamiento jurídico colombiano, tenemos que, es mediante el artículo 95 de la Constitución Política, que se adopta la figura del abuso del derecho, estableciéndose en el numeral primero del citado precepto, como deber del ciudadano “respetar los derechos ajenos y **no abusar de los propios**” (Resaltado fuera de texto).

De igual forma, podemos hallarla inmersa en disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio, atinentes al régimen de responsabilidad. Respecto de esta última codificación, resulta

importante destacar su artículo 830, por ser el precepto dentro de la normatividad legal colombiana, que por excelencia consagra con literalidad la consecuencia jurídica derivada de abusar de los derechos, constituyéndose en una norma eminentemente sancionatoria, así: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”.

Por medio de sentencia No. 5372 del 9 de agosto de 2000, la Sala de Casación Civil y Agraria Corte Suprema de Justicia. Sentencia, con ponencia del Magistrado Jorge Antonio Castillo Rugeles, interpretó el citado artículo 830 de nuestro estatuto mercantil, determinando el alcance de esta figura:

(...) los derechos deben ejercerse en consonancia con los fines que les son propios, fines que están determinados por la función específica que cumplen en la convivencia humana, y en virtud de los cuales el derecho objetivo los regula y tutela. Mas, en cuanto postulado esencial del derecho, carácter que muy pocos se atreven a disputarle, trasciende del ámbito meramente extracontractual al cual se quiso restringir, para orientar, por el contrario, toda actividad humana amparada por el ordenamiento jurídico (...)

Así, pues, es preciso destacar que aquellas actividades protegidas por el derecho que se ejecuten anómala o disfuncionalmente, motivadas por intereses inconfesables, ilegítimos o injustos que se aparten de los fines económicos-sociales que les son propios, deben considerarse como abusivas y, subsecuentemente, generadoras de la obligación indemnizatoria, como igualmente lo son aquellas que comportan el ejercicio malintencionado e inútil del derecho subjetivo.

En lo que a la Corte Constitucional respecta, a través de Sentencia C-258 del 7 de mayo de 2013, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se estableció que, comete abuso del derecho:

(i) aquél que ha adquirido el derecho en forma legítima, pero que lo utiliza para fines no queridos por el ordenamiento jurídico; (ii) quien se aprovecha de la interpretación de las normas o reglas, para fines o resultados incompatibles por el ordenamiento jurídico; (iii) el titular de un derecho que hace un uso inapropiado e ir razonable de él a la luz de su contenido esencial y de sus fines; y (iv) aquél que invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada que desvirtúa el objetivo jurídico que persigue.

Es así, como puede inferirse de los conceptos relacionados, que se abusa de un derecho, cuando su titular, por acción o por omisión, obvia el ejercicio legítimo del mismo, desconociendo y quebrantando su teleología, y, por ende, ocasionando perjuicios frente a quienes se ejerce.

6.2 Las relaciones de consumo y las cláusulas abusivas

En Colombia, las relaciones de consumo se cimientan en el artículo 78 de la Constitución Política, el cual dispone:

La Ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su formalización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. (Constitución Política de Colombia, 1991)

Conforme a la disposición citada, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, ha efectuado un desarrollo descriptivo de los aspectos que conforman la relación de consumo, enfocándose en sus actores, sobre todo en los consumidores como usuarios de bienes y servicios,

con el propósito de advertir sobre la desigualdad de condiciones y el desequilibrio entre las partes.

Destaca esta Honorable Corporación, el cambio significativo en el tratamiento dado a los derechos de los consumidores, con la expedición de la Constitución Política de 1991, por cuanto desde el derecho constitucional se reconoció la existencia de las desigualdades consustanciales al mercado y al consumo; y por ende, la asimetría en la relación derivada del intercambio de bienes y servicios; haciendo énfasis en los conglomerados empresariales que constituyen los fabricantes y comercializadores, quienes disponen de infraestructuras, recursos, asesorías profesionales permanentes, y conocimiento de primer nivel acerca del funcionamiento de las instancias de resolución de conflictos jurídicos.

En este sentido, mediante Sentencia C-909 del 7 de noviembre de 2012, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, manifestó:

Los consumidores, en ese marco de información asimétrica y desigualdades fácticas con los comercializadores y productores, adoptan sus decisiones de adquisición de bienes y servicios basados, esencialmente, en relaciones de confianza. El prestigio obtenido por determinada marca, la novedad del bien o, en muchas ocasiones, el éxito mediático de una campaña publicitaria, llevan al consumidor a optar por determinado producto, incluso en aquellos casos en que su uso conlleva riesgo social, como sucede con los alimentos, los fármacos de venta libre, los vehículos, etc.

(...)

Los diversos planos que conforman el derecho colectivo de los consumidores a acceder a bienes y servicios de calidad, **han hecho que la jurisprudencia constitucional confiera a esa garantía carácter poliédrico.** Así, en la sentencia C-1141/00 (M.P. Eduardo Cifuentes

Muñoz), que realizó el control de constitucionalidad de algunas normas del Decreto Ley 3466/82 sobre restricción de responsabilidad a favor de los comercializadores de bienes y servicios, la Corte estableció que ‘Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor, cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).// Los poderes públicos, en las instancias de producción y aplicación del derecho, en la permanente búsqueda del consenso que es característica del Estado social y misión de sus órganos, deben materializar como elemento del interés público que ha de prevalecer, el de la adecuada defensa del consumidor, para lo cual deben habilitarse procedimientos y mecanismos de participación y de impugnación con el fin de que sus intereses sean debidamente tutelados. La apertura y profundización de canales de expresión y de intervención de los consumidores, en los procesos de decisión de carácter público y comunitario, pertenecen a la esencia del derecho del consumidor, puesto que sin ellos los intereses difusos de este colectivo, que tienen carácter legítimo, dejan de proyectarse en las políticas públicas y en las actuaciones administrativas, con grave perjuicio para el interés general y la legitimidad de la función pública, llamada no solamente a aplicar el derecho preexistente sino a generar en torno de sus determinaciones el mayor consenso posible.

Así las cosas, y con base en el marco constitucional señalado, el legislador ha creado normativas que trazan los lineamientos por los que se deben regir las relaciones de consumo, como lo son, la Ley 1328 de 2009, régimen de protección al consumidor financiero; y la Ley 1480 de 2011, Estatuto del Consumidor; disposiciones estas que, resultan aplicables a la relación derivada de la suscripción de un contrato de seguro de responsabilidad civil, por ser esta una relación de consumo.

Pues bien, dentro de la Ley 1328 de 2009, norma especial para la regulación de los asuntos de seguros, se define que un consumidor financiero es todo cliente, usuario o cliente potencial (Tomador- asegurado) de las entidades vigiladas (Aseguradoras); así como se puntualiza que el contrato de adhesión es aquel elaborado unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad (Artículo 2).

Igualmente, y bajo lo reglado en el artículo 7 de la misma normativa, se obliga a las entidades vigiladas a abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dan lugar a un abuso de posición dominante contractual.

Finalmente, en el artículo 11 ibídem, se consagra como forma de proteger al consumidor dentro del contrato de adhesión, la prohibición de estipular cláusulas abusivas, entendiéndose como aquellas que:

- a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.
- b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

- c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.
- d) Limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.
- e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia. (Régimen de protección al consumidor financiero, 2009)

Por su parte, la Ley 1480 de 2011, que aun cuando de conformidad con su artículo 2, es aplicable a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía, opera como norma supletiva en la relación entre asegurador y asegurado, por cuanto, como ya ha manifestado, esta se regula por el régimen del consumidor financiero, por ser la norma especial aplicable.

Sin embargo, resulta importante traerla a colación, toda vez que ella también otorga al consumidor el derecho a ser protegido en los contratos de adhesión, de las cláusulas abusivas, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1.6. de su artículo 3.

Además, en sus artículos 42 y 43 explica qué son las cláusulas abusivas y establece un listado de las mismas, así:

ARTÍCULO 42. CONCEPTO Y PROHIBICIÓN. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

ARTÍCULO 43. CLÁUSULAS ABUSIVAS INEFICACES DE PLENO DERECHO.

Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;
2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;
5. Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;
6. Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;
7. Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;
8. Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;
9. Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;

10. Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.

11. Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan. (Estatuto del Consumidor, 2011)

Las cláusulas abusivas han sido definidas y calificadas por la doctrina y la jurisprudencia, logrando consolidarse un concepto común al respecto. De allí que los legisladores de algunos países se basen en dichos estudios para crear el marco legal que las reglamenta, como ocurrió en el caso colombiano.

Así las cosas, el autor argentino Rubén Stiglitz afirma que la cláusula abusiva será aquella

“cuyo contenido o elementos esenciales queden al arbitrio del predisponente o las establecidas en su beneficio exclusivo y en perjuicio del adherente, que comprometan el principio de la mayor reciprocidad de intereses que contengan la renuncia por el consumidor, sin fundamentos declarados que lo justifiquen” (Stiglitz, 1998, p. 27)

Para Stiglitz (1998), las cláusulas abusivas únicamente se presentan en contratos con consumidores, pero dentro de estos contratos hay que distinguir si son de adhesión o son de libre discusión de cláusulas. Sostiene que dependiendo de lo uno o de lo otro, estaremos dentro de una tesis amplia o restringida de la aplicación de las mismas (p. 28).

El profesor Ernesto Rengifo en su obra *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, sostiene que el concepto de cláusula contractual abusiva tiene, prima facie, su ámbito propio en relación con consumidores y puede darse siempre que no haya existido negociación individual, es decir, tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. (Rengifo, 2004, p. 197).

Así las cosas, las cláusulas abusivas son aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor, afectando el ejercicio de sus derechos.

La doctrina ha clasificado las cláusulas abusivas en dos categorías genéricas:

Cláusulas de desequilibrio: Aquellas que otorgan ventajas al empresario profesional en perjuicio del consumidor, estableciendo pesos a cargo de este último; el factor determinante es el desequilibrio.

Tal desequilibrio puede darse sobre la disponibilidad del vínculo contractual o sobre el régimen de responsabilidad bien del consumidor o bien del empresario o profesional, como sucedería con las cláusulas contractuales que limitan o modifican acciones o derechos, o aquellas que restringen el régimen común de la responsabilidad, o las que se pactan sobre la protección u otorgamiento de los derechos, como el de la interpretación o resolución unilateral del contrato.

Cláusulas sorpresa: Son todas aquellas que permiten una ejecución del contrato significativamente diferente a aquel que razonablemente se podría esperar. Un ejemplo de estas cláusulas, serían aquellas que permitan la terminación unilateral de manera indeterminada y sin preaviso, frente a una situación no prevista dentro del contrato; o las que establezcan que el precio se definirá al momento de entrega del producto. (Gual Acosta & Villalba Cuéllar, 2013, p. 25.)

Descendiendo al caso colombiano, además de la caracterización legal que se ha dado a las cláusulas abusivas, ya referenciada, tenemos la caracterización jurisprudencial que ciertamente se dio primero; fue así como la Corte Suprema de Justicia desarrolló los primeros análisis al respecto.

En sentencia de casación del 2 de febrero de 2001, expediente 5670, con ponencia de Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, señaló que las características arquetípicas de las referidas cláusulas son:

a) Que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes.

También manifestó:

(...) las cláusulas abusivas son todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos, que la doctrina y el derecho comparado bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas con criterios disimiles para denotar la ostensible, importante, relevante, injustificada o transcendente asimetría entre los derechos y prestaciones, deberes y poderes de los contratantes, la falta de equivalencia, paridad e igualdad en el contenido del negocio o el desequilibrio "significativo "importante" "excesivo" o "exagerado" "sustancial y no justificado " en los derechos, obligaciones y, en menoscabo, detrimento o perjuicio de una parte, o en el reciente estatuto del consumidor, las "que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos" en cuyo caso para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza", no

podrán incluirse por los productores y proveedores en los contratos celebrados con los consumidores, y "en caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho"

Ahora bien, retornando a nuestro ordenamiento legal, tanto la Ley 1480 de 2011, como la a Ley 1328 de 2009 ordenan sancionar las cláusulas abusivas con la ineficacia de pleno derecho. En la primera, sus artículos 42 y 43 citados anteriormente, indican expresamente la mentada sanción.

Así las cosas, bajo las disposiciones legales aludidas, el legislador propende por la protección de la parte a quien se le cause un desequilibrio injustificado; por cuanto la norma expresó de forma general los elementos que deben observarse para considerar las cláusulas abusivas, siendo necesario en cada caso verificar las condiciones del contrato, para así determinar si dentro de él se estipularon cláusulas que puedan llegar a ser abusivas.

En los contratos de adhesión, como es el caso del seguro de responsabilidad civil, ya hay una desproporción en lo que a la equivalencia de las partes refiere, y las cláusulas abusivas la acentúan; por lo que el adherente requiere la protección del ordenamiento jurídico, considerando que es la parte débil del contrato.

Por todo lo expuesto se justifica el tratamiento dado a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores, el cual es de vital importancia para el presente trabajo investigativo, por cuanto es nuestro propósito, como ya se ha manifestado, determinar la afectación que puede generar al asegurado como consumidor, dentro del contrato de seguro de responsabilidad civil (contrato de adhesión), el pacto las cláusulas claims made, adoptadas por nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley 389 de 1997, a la luz del abuso del derecho, y del panorama legal y jurisprudencial que ha definido las cláusulas abusivas en Colombia, y de su misma caracterización legal y doctrinal.

En otras palabras, es nuestro fin indagar si las cláusulas claims made pueden llegar a configurarse como cláusulas abusivas que propicien un abuso de los derechos de los aseguradores dentro de la relación de consumo existente con su asegurado como parte débil del contrato de seguro de responsabilidad civil, y así determinar qué tan afectado resulta este. Lo anterior, considerando los problemas jurídicos que implica el establecimiento de las cláusulas claims made, a los cuales se hizo alusión en el primer capítulo del presente trabajo, que son de suma importancia destacar ahora:

6.3 Consecuencias negativas de la estipulación de las cláusulas claims made

El pacto de las cláusulas claims made dentro del seguro de responsabilidad civil trae consigo ciertas consecuencias negativas para el asegurado, que han sido recalçadas por la doctrina. Andrés Ordóñez, como uno de sus principales detractores ha manifestado, por ejemplo, que es probable que haya mala fe por parte de los aseguradores, cuando conociendo de hechos que no fueron objeto de reclamación dentro del periodo de vigencia de la póliza, ni dentro del periodo adicional no inferior a dos años, y que puedan dar lugar a reclamaciones posteriores, decidan no renovar el contrato de seguro de responsabilidad civil.

En este sentido, quedarían resguardados de la obligación de reconocer y pagar la indemnización, en virtud de la limitación temporal del riesgo; sin embargo no se evidencia en la práctica, la presencia reiterada de casos de siniestros ocurridos y no avisados ni por el asegurado, ni por el beneficiario que lleguen a ser conocidos por el asegurador, por lo que la consecuencia mencionada en el párrafo anterior, representa una eventualidad con pocas probabilidades de ser materializada.

Siguiendo con la mención de las consecuencias negativas del pacto de las cláusulas objeto de estudio, se tiene frente a la modalidad prevista en el inciso primero del artículo 4 de la Ley 389 de 1998, esto es, la correspondiente a las cláusulas claims made con periodo de retroactividad, que no se establece un término mínimo para el cubrimiento de hechos ocurridos con anterioridad al inicio de la vigencia de la póliza, como sí se hace en la modalidad consagrada en el inciso 2 del mismo artículo, en donde el asegurado tiene un lapso de dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador de la responsabilidad para presentar la reclamación. En ese orden de ideas, las aseguradoras estarían en plena libertad de pactar cubrimientos retroactivos equivalentes a términos reducidos, que incluso pueden ser inferiores a un año.

Cabe anotar en primera medida que el referido precepto normativo constituye una excepción a la regla general contenida en el artículo 1054 del Código de Comercio, al permitir el aseguramiento de hechos pretéritos que no hubieren sido conocidos por el tomador, por cuanto este último artículo define el riesgo asegurable como el suceso incierto que no depende de la voluntad del tomador, entiéndase incierto como futuro.

Al respecto, debe precisarse que el poder asegurar hechos pasados no conocidos, se configura como una ventaja para el tomador asegurado, el cual quedaría desprotegido en estos eventos, si tomara una póliza de responsabilidad civil bajo la tradicional modalidad de ocurrencia. Igualmente y frente a la crítica en comentario, es necesario dejar por sentado que como se trata de una excepción a la regla general, el asegurador no puede quedar expuesto a periodos extensos o sin límite de retroactividad; y si así fuera, el sector podría enfrentarse nuevamente a una inminente crisis financiera.

Así las cosas, y en concordancia con el artículo 1056 del Código de Comercio, el asegurador está facultado para velar por sus derechos, pudiendo asumir a su arbitrio, todos o algunos de los

riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, y de esta forma, garantizando el cumplimiento de sus obligaciones con la totalidad de sus asegurados.

Por otra parte, y para finalizar con las críticas principales al sistema claims made, se ha afirmado que al delimitar temporalmente el riesgo como lo hacen estas cláusulas, representa un vacío en la cobertura, aun cuando los asegurados conozcan el régimen, prevean las posibles contingencias, y renueven el contrato de seguro. Lo anterior, sin considerar los términos de prescripción aplicables al asegurado frente al asegurador, en relación con los términos de prescripción aplicables a la víctima frente al asegurado, resultando estos mucho más amplios, lo que conllevarían a que el asegurado quede desprotegido.

6.4 Análisis de las cláusulas claims made a la luz del artículo 43 de la Ley 1480 de 2011 y del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009

Unas de las características contenidas en los preceptos legales relacionados que podría pensarse, con propias de las cláusulas claims made, son:

En lo que a la ley 1480 refiere:

1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;

(...)

Lo anterior, en cuanto al numeral 1 del artículo 43 transcrito, toda vez que el sistema de reclamo hecho implica una delimitación temporal del riesgo, lo que a su vez supone la limitación de responsabilidad del asegurador, en tanto solo está obligado a responder si la víctima o su asegurado presentan la reclamación por un hecho generador de responsabilidad, dentro de la

vigencia del contrato, o bien dentro de un término posterior de dos años contados a partir de la terminación de dicha vigencia.

En lo correspondiente a la ley 1328 de 2009, aplicable al seguro de responsabilidad civil, tenemos:

a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

(...)

d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

Contratar un seguro de responsabilidad civil mediante esquema de aseguramiento claims made, significa una limitación del ejercicio de los derechos del asegurado como consumidor, por cuanto se trata de una modalidad de aseguramiento restrictiva, diferente de la modalidad tradicional de ocurrencia, que no representa vacíos en la cobertura; así como limita la responsabilidad del asegurador, circunstancia que claramente se evidencia como abusiva dentro del literal d) del artículo 11 del Régimen de Protección al Consumidor Financiero, antes transcrito.

Aun con lo anterior, deben tenerse claras las causas que suscitaron la creación de las cláusulas claims made: La crisis de la empresa aseguradora por las reclamaciones tardías -long tail-, que las llevaron a un déficit económico, el cual impidió responder a la totalidad de sus clientes; aquellas surgen pues, como solución a dicha crisis financiera, que ciertamente ha sido efectiva, por cuando ha permitido mantener firme a la empresa aseguradora, volviendo nula la posibilidad de atravesar situaciones similares por las mismas condiciones fácticas.

En ese sentido, no vemos un abuso del derecho por parte de los aseguradores; si bien ostentan una posición dominante dentro del contrato de seguro de responsabilidad civil, el cual parte de una relación asimétrica, dicha posición dominante per se no acarrea el abuso de sus derechos, por el pacto de las cláusulas claims made, pues se justifica en la medida de resguardarse monetariamente y también a la totalidad de sus clientes, de tal suerte que puedan cubrir los siniestros que se hayan obligado a indemnizar, sin que queden expuestos a la imposibilidad de prever los siniestros ocurridos pero no avisados, que vuelvan a convertirse en un obstáculo para su funcionamiento.

Lo anterior, sin negar las circunstancias de desprotección y desventaja de los asegurados en su condición de consumidores, para lo cual el legislador debe adoptar las medidas a que haya lugar, y así concebir una relación de consumo en donde se garantice el mayor equilibrio contractual.

7. Conclusiones

Si bien, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el sistema claims made se encuentra vigente desde hace alrededor de diecinueve años, sin sufrir ningún tipo de modificación; no quiere decir que, a lo largo de su aplicación, no haya comportado cuestionamientos, problemáticas y dificultades, sobre todo al asegurado, quien entre otras cosas, se enfrenta a vacíos de cobertura, por la misma naturaleza del mentado sistema, situación que se agrava al considerar el amplio término de prescripción de la responsabilidad civil (diez años), en relación con la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro (dos años).

No se han promocionado acciones tendientes a explorar soluciones útiles y eficaces, tales como la de reducir sustancialmente el término ya aludido, previsto en nuestra legislación para la prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, que es ciertamente inconveniente; lo

que permite divisar que solo se introdujeron en la normatividad legal nacional, para satisfacer las necesidades del sector asegurador.

Así las cosas, y siguiendo la línea de pensamiento del Profesor Ordóñez, se considera que la adopción e implementación de las cláusulas claims made, ha sido desafortunada, máxime cuando los aseguradores no exigen a los intermediarios dar un cabal cumplimiento al deber de información, para así garantizar al asegurado su derecho –como consumidor- a ser plenamente informado sobre las múltiples particularidades que como ya se ha visto, rodean el escenario del pacto de las cláusulas claims made, logrando con ello, aminorar la posible afectación negativa que puede generársele.

La ley 389 de 1997 además de promover diversas interpretaciones en virtud a su falta de precisión respecto a cuestiones generales, contiene ambigüedades que pueden conllevar a deducciones erróneas; norma esta que, además ha limitado las obligaciones del asegurador dentro del contrato de seguro de responsabilidad civil, sin que, por el contrario, se observen morigeraciones a las condiciones del asegurado, como parte débil, pues, por ejemplo no se observa dentro de tal estatuto, mecanismos dirigidos a conseguir la reducción considerable las primas en este ramo, y bajo esta modalidad.

Se evidencia con esta Ley, que sus redactores no se preocuparon por estudiar a profundidad y con perspicacia, los antecedentes del sistema claims made, y las consecuencias jurídicas suscitadas en otras legislaciones, que a su vez han sido copiosamente analizadas, por doctrinantes y altas cortes.

La ley es inconveniente en la medida en que, como se ha visto, crea duda en lo que corresponde a la modificación del concepto de siniestro, que trae para esta modalidad de seguro, el artículo 1131 del Código de Comercio. Debe fijarse entonces, un criterio único, en lo que a la

definición del siniestro refiere: ¿Se trata de delimitación temporal al riesgo, o se modificó el concepto del siniestro establecido en el artículo mencionado? Este es pues, un punto álgido, y al que debe darse especial relevancia, teniendo en cuenta que la existencia del siniestro es lo que hace surgir la responsabilidad del asegurador.

Acudiendo nuevamente al profesor Ordóñez:

Someter los efectos de un contrato a simples beneficios empresariales de la parte fuerte del contrato, no parece justificado y, por lo mismo, todo parece indicar que nuevamente el Colombia nos apresuramos a seguir, como frecuentemente lo hacemos, la línea del menor esfuerzo, copiando mal una legislación cuyas bondades no han sido suficientemente demostradas, contra planeamientos doctrinales y jurisprudenciales extranjeros muy valederos y sin analizar a fondo soluciones alternativas o mecanismos nivelatorios que serían deseables, a los cuales me referiré brevemente en las conclusiones. (Ordóñez, 2008, p.123)

Aun así, y reconociendo la afectación al asegurado dentro del seguro de responsabilidad civil, por la Ley 389 de 1997, y la estipulación de las cláusulas claims made dentro de nuestro ordenamiento jurídico, no consideramos que estas comporten un abuso del derecho por parte de la empresa aseguradora, ni que dichas cláusulas a la luz de la normatividad legal y de la jurisprudencia nacional, se constituyan como abusivas.

Debe entonces el legislador colombiano, propender por establecer mecanismos tendientes a evitar la configuración de la prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador, respecto del momento en que el asegurado está realmente en condiciones de ejercer esa acción; mecanismos que, siguiendo el ejemplo de otras legislaciones, pueden referirse a la disposición de normas especiales sobre el momento en que el término de la prescripción comienza a correr, o establecer modalidades especiales de interrupción de esa prescripción.

Referencias

- Guffanti Daniel B. (2011), La Cláusula Claims Made, una Decisión que Denota Cierta Parcialidad y un Llamado al Debate de Ideas.
- Garriges Díaz-Cabañete, Joaquín. (1983) Contrato de Seguro Terrestre. (Segunda Edición), Madrid. Imprenta Aguirre.
- Sobrino, W. (2003). Seguros y Responsabilidad Civil (Primera Edición). Bs As. Editorial: Universidad.
- Díaz-Granados Ortiz, J.M. (2012). El seguro de responsabilidad (Segunda Edición). Bogotá D.C. Editorial: Universidad del Rosario. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias Jurídicas.
- Ordóñez, A. (1998). El contrato de seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios. (Primera Edición). Bogotá. Edición: Universidad Externado de Colombia.
- Duran Acosta, A; Vinueza Murillo, S. (2012). El Seguro y su Evolución en Colombia a la Luz del Derecho del Consumo.
- De Lorenzo y Aparici, O, Iturmendi García, M. (2012). El Seguro de Responsabilidad Profesional Sanitaria (II): La Delimitación Temporal en las Pólizas de Responsabilidad Profesional.
- Stiglitz, R.; Stiglitz, G. (1991). Seguro contra la Responsabilidad Civil. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot.
- Stiglitz, R. (2004). Derecho de Seguros. (Cuarta Edición). Buenos Aires, Argentina. Editorial La Ley.
- Gómez Duque, A. (2014). Régimen de Seguros, Tomo I El Contrato de Seguro Parte General. Medellín. Biblioteca Jurídica Diké.
- López, H.F. (2004). Comentarios al Contrato de Seguro (Cuarta Edición). Bogotá. Dupre Editores.
- Ripert, G. & Planiol, M. (1936). Tratado práctico del derecho civil francés. La Habana. Editorial. Cultural.
- Valencia Zea, A. (1998). Derecho Civil de las Obligaciones (Tomo III). Bogotá. Editorial Temis.

- Mazeud H., Mazeud L., & Tunc A. (1993). Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual, Santiago Sentis Melendo (Traducción). Buenos Aires. Editorial Europa América.
- Rengifo, E. (2004). Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante. (Segunda Edición) Bogotá. Universidad Externado de Colombia
- Gual Costa, J. M. & Villalba Cuéllar J. C. Cláusulas Abusivas en Derecho del Consumo: Problemáticas Actuales. Bogotá. Editorial Ibañez – Universidad Santo Tomás.
- Fernández Muñoz, M. L. (2002). Las cláusulas claims made en el contrato de seguro de responsabilidad civil. *Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 4 (2), p.213-p.245. Recuperado el día 17 del mes de marzo del año 2015 del Sistema de Información Científica Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal (Redalyc.org).
- Echeverri Salazar, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, Vol. 10, N° 20, pp. 125-144. Recuperado de: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/548/496>
- Botero Morales, B. (2012). La teoría y la práctica del seguro por reclamación o seguro claims made. Recuperado el día 8 del mes de febrero del año 2015, del sitio Web de nombre Slide Player del sitio: <http://slideplayer.es/slide/82457/>
- Vivas Díez, G.J. (2010). Las cláusulas claims made, origen y aplicación práctica. Recuperado el día 10 del mes de febrero del año 2015, del sitio Web de nombre DocumEnter del sitio: <http://88.198.249.35/d/Inconveniencia-Definicion.pdf>
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Febrero 10 de 2005. Sentencia No. 7614. (Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar).
- Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil. Junio 29 de 2007. Sentencia No. 11001-31-03-009-1998-04690-01. (Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).
- Corte Constitucional. Mayo 7 de 2013. Sentencia C-258/2013. (Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil. Abril 1 de 2013. Sentencia No. 6499 (Magistrado Ponente Jorge Santos Ballesteros).

Congreso de la República de Colombia. (15 de julio de 2009). Ley por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. (Ley 1328 de 2009). Diario Oficial No. 47.411.