

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS – INSTITUTO DE POSTGRADOS  
MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO**

**EL CONTRATO DE SEGURO EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN  
COMERCIAL**

JOHANNA PAOLA GONZÁLEZ FERNÁNDEZ

jobygonzalez@hotmail.com

Cel. 301 3637383

## **RESUMEN**

El contrato de seguro es una de las figuras jurídicas de mayor usanza en el tráfico comercial y cotidiano. Por ello, el legislador ha articulado una amplia reglamentación no sólo en lo que respecta a sus elementos esenciales, características, partes y las obligaciones y cargas que envisten a éstas, sino en la actividad técnica económica que adelanta el asegurador, ante la constitucionalización de esta actividad.

## **ABSTRACT.**

The insurance contract is one of the greatest legal figures in the commercial traffic. Therefore, the legislature has articulated a comprehensive regulation not only in regard to its essential elements, features, parts and the obligations and burdens, but in the technical economic activity that advances the insurer, in the presence of the constitutionality for this activity.

## **PALABRAS CLAVES.**

Contrato, seguro, riesgo, siniestro, interés asegurable, prima, asegurador, tomador, asegurado, beneficiario.

## **KEY WORDS.**

Contract, insurance, risk, loss, insurable interest, insurance cost, insurer, insured, beneficiary.

## **INTRODUCCIÓN.**

El contrato de seguro surgió por la necesidad de trasladar el cubrimiento de los riesgos a una entidad con mayor respaldo económico, la cual para poder sostener tal sistema, se nutre del pago de los contratantes.

En el presente trabajo pretendemos presentar un recorrido legal de este contrato, empezando por revisar su conceptualización, denotar sus principales características, dilucidar sus elementos esenciales, delimitar los intervinientes en este negocio jurídico y puntualizar las principales obligaciones de los contratantes.

En esta labor, además de revisar el tenor legal y apartes jurisprudenciales de interés, propondremos nuestra posición en tópicos cruciales de cara a interrelacionar este artículo con el desarrollado sobre la naturaleza especial de la garantía única de cumplimiento.

## **El contrato de seguro en la legislación mercantil.**

### **1. Generalidades y definición del contrato de seguro.**

Teniendo en cuenta que el contrato de seguro no fue definido expresamente por el legislador, empezaremos nuestro análisis indicando, que esta figura se encuentra desarrollada en el Código de Comercio colombiano<sup>1</sup>, a partir del canon 1036. Zuleta B. (1981, p.16) en tal sentido considera que la doctrina no sólo debe analizar las características y elementos esenciales de este negocio jurídico, sino también el andamiaje técnico que implica la actividad aseguradora.

Por su parte, Jaramillo C. (2011a, p.431) reconoce que la ausencia de conceptualización legal, es un acierto, por cuanto en las legislaciones modernas, es de gran usanza que se difiera a la doctrina tal labor.

En el campo concreto de las definiciones doctrinales, Garrigues (1987, p.258), a pesar de reconocer la dificultad de ofrecer una noción unitaria, estima que el contrato de seguro es un negocio jurídico oneroso mediante el cual el asegurador asume el riesgo potencial de ocurrencia de un hecho incierto, siendo que, de realizarse el siniestro, se verá obligado a pagar al asegurado la respectiva indemnización.

---

<sup>1</sup> La normatividad y la estructura que analizaremos en este primer capítulo sólo respecta a los seguros denominados terrestres, como quiera que los seguros marítimos reglados por el título XIII del libro V del Código de Comercio, correspondientes a la navegación, escapan de nuestra esfera de análisis.

Del mismo modo, Veiga (2010, p.41) define el contrato de seguro como aquel en el cual una entidad aseguradora, se obliga a indemnizar al asegurado luego del acaecimiento de un evento futuro e incierto, siendo que, para tal proceder el cobijado se encuentra obligado a cancelar una prima.

La jurisprudencia nacional ha definido pacíficamente este contrato, en los siguientes términos:

Dentro del contexto mencionado, la legislación patria regula el contrato de seguro, destacando su carácter de negocio jurídico “*consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución continuada*” (Art. 1036 del C. de Co., mod., art. 1º de la Ley 389 de 1997), al paso que consagra sus elementos esenciales, como son el *interés asegurable*, el *riesgo asegurable*, la *prima del seguro*, y la *obligación condicional del asegurador*, con las consecuencias que en esta materia se producen respecto de la eficacia del contrato, de faltar alguno de ellos.<sup>2</sup>

Pasemos entonces a revisar los antecedentes de reglamentación de esta figura jurídica. Esta figura data del Código de Comercio Terrestre de 1887<sup>3</sup>, a pesar de ello, nuestro análisis se enfocará desde 1971, fecha de expedición del compendio normativo vigente.

No puede desconocerse que el contrato de seguro responde a las necesidades económicas de la sociedad actual, teniendo en cuenta que, el tráfico comercial, el avance de la

---

<sup>2</sup> Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil. (19 de Diciembre de 2008) Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá, D.C: REF.: 11001-3103-012-2000-00075-01

<sup>3</sup> El código de Comercio de 1887, que entró en vigencia el 21 julio de la referida anualidad, regulaba el contrato de seguro desde el artículo 634 hasta el canon 729.

tecnología, el flujo de información y demás contingencias de la vida moderna, implican la minimización de los potenciales riesgos a los que está expuesta la persona misma y su patrimonio, tanto en la cotidianidad como en el intercambio contractual. De hecho, puede considerarse que el surgimiento y decantación de contrato se orientó por la necesidad del ser humano de trasladar los riesgos que pudiera padecer, a una estructura económica que pudiera asumir riesgos comunes (Zuleta B., 1981).

Con razón, se considera a esta institución jurídica como un instrumento de explotación en masa pues en la medida que el riesgo sea compartido entre el mayor número posible de asegurados, el sistema es sostenible. En consecuencia, el seguro además de implicar el reconocimiento de la existencia del riesgo, se nutre de una base económica que se entrelaza con la estructura misma de la necesidad de aseguramiento. Amén de lo anterior, la actividad aseguraticia en Colombia, encuentra reconocimiento constitucional y por ello, a pesar de ser un contrato mercantil en el cual la autonomía de la voluntad ocupa un papel preponderante, no puede desconocerse la estrecha regulación estatal del mismo, en especial, en lo referente a la figura, atribuciones y límites del asegurador, tal como lo reconoce Venegas (2004, p.15).

## **2. Características del contrato de seguro.**

Se han propuesto las siguientes, con fundamento en el artículo 1036 del Código de Comercio:

### **2.1. Consensualidad.**

Los actos mercantiles en general son celebrados de manera consensual, salvo que la ley o las partes dispongan el cumplimiento de una solemnidad, que de no acatarse viciaría el

contrato respectivo con la sanción de inexistencia, tal como lo consagra el inciso final del artículo 898 del Código de Comercio. Es necesario puntualizar que el contrato de seguro, fue considerado solemne<sup>4</sup> hasta la entrada en vigencia del artículo 1 de la Ley 389 de 1997<sup>5</sup>, es decir, desde el 24 de enero de 1998. Sobre este trascendental cambio, Jaramillo C. (2011b, p.09) resalta que la visión formalista que imperó por décadas en la regulación del contrato de seguro cedió a la necesidad de la intromisión del principio de libertad de formas, en asocio con el espíritu consensual del Código de Comercio.

Este mismo autor, en texto anterior a la reforma antedicha (Jaramillo C., 1986), resaltó que, desde las discusiones acotadas en el seno del Subcomité de Seguros del Comité asesor del Proyecto de reforma de 1958 al Código de Comercio de 1887, existió una fuerte polémica con relación a la posibilidad de proponer la implementación de la consensualidad del contrato de seguros.

En la actualidad no queda duda en punto a la consensualidad de este contrato (Palacios, 2007, p.13), pues precisamente la Ley 389 de 1997, pretendió erradicar situaciones que se presentaban en la práctica negocial cotidiana, por ejemplo, las discusiones surgidas desde la aceptación del amparo, hasta la emisión de la póliza, pasando por el consiguiente pago.

---

<sup>4</sup> Como nota ilustrativa se resalta que, en el Código de Comercio de 1887 el contrato de seguro se perfeccionaba y probaba por escritura pública o privada o documento oficial, los acuerdos verbales tenían categoría de promesa siempre y cuando los otorgantes hubieren acordado el objeto, la prima, y el riesgo. Esta promesa podía ser utilizada para demandar el otorgamiento de la póliza. Lo anterior, de conformidad con los artículos 638 y 639 del precitado compendio legal.

<sup>5</sup> Ley 389 de 18 de julio 1997, publicada en el diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997, cuya entrada en vigencia data del 24 de enero de 1998.

Es menester aclarar que el contrato de seguro, a pesar de perfeccionarse de manera consensual (López, 2010, p.54), ostenta limitaciones para su prueba, siendo que, de conformidad con el canon 3 de esta misma ley, que modificó el artículo 1046 del código de comercio, el contrato seguro debe ser probado por escrito, o por confesión. Como consecuencia de esta norma, surge la obligación del asegurador de entregar la póliza, con fines únicamente probatorios, dentro de los quince días siguientes a la fecha de la celebración del contrato respectivo.

Consideramos fundamental precisar que una cosa es el perfeccionamiento de este contrato, el cual nace a la vida jurídica con el acuerdo de voluntades, y otra muy distinta, es la prueba del mismo, siendo que en este último punto, se constituye una especie de tarifa legal, en la cual, el legislador, *ex ante*, limita los medios probatorios. Jaramillo C. (2011b, p.18) explica con contundencia que, a partir de la vigencia de la reforma, la póliza carece de función constitutiva, y su existencia tiene únicamente un rasgo probatorio, pero no *ad substantiam actus*.

Ordoñez (2008a, p.47) igualmente reconoce la existencia de una tarifa legal probatoria, con relación a la prueba del contrato de seguro, soslayando que, de conformidad con el tenor del legislador, sólo pueden acreditarse como tal, un documento [sea o no la póliza] o la confesión.

A pesar de las consideraciones precedentes, algunos autores como López (2010) sugieren que el carácter consensual del contrato de seguro, debería incidir en la implementación del principio de libertad probatoria al momento de acreditar su celebración.

## **2.2. Bilateralidad.**

Nos enseña el artículo 1496 del Código Civil que los contratos bilaterales son aquellos en los cuales las partes se obligan de manera recíproca, estableciéndose un vínculo de interdependencia, aun cuando el cumplimiento de dichas obligaciones no emerja de manera simultánea. Es por ello que, en la legislación privada, ciertas situaciones jurídicas sólo se derivan de esta caracterización contractual (Bohórquez, 2013, p. 45), tal como sucede con la resolución por incumplimiento<sup>6</sup>.

En tal escenario, se estructuran las obligaciones primordiales del tomador y asegurador, el primero al pago de la prima, declaración y mantenimiento del estado de riesgo, y el segundo, a pagar la indemnización correspondiente con el acaecimiento del riesgo si llega a ocurrir el suceso que la condiciona.

El hecho de que el siniestro no se realice, no despoja al contrato de seguro de su carácter de bilateral, toda vez que desde la celebración del contrato se genera para la aseguradora la obligación de asumir el riesgo, otra cosa es que el pago de la indemnización este sometido a la ocurrencia del siniestro, por cual la obligación del asegurador es

---

<sup>6</sup> En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. Véase *Código Civil, Artículo 1546. Condición resolutoria tácita.*

condicional<sup>7</sup>, en el entendido que existe desde la celebración del contrato, pero sólo es exigible ante el acaecimiento de la condición, esto es, la realización del riesgo asegurado.

Jaramillo C. (2011a) se opone a la caracterización como bilateral del contrato de seguro, pues considera que sólo puede ser considerado como tal, en caso de ocurrencia de siniestro, siendo que en el evento de no acaecer estaríamos en presencia de un contrato con prestación a cargo de una sola parte, desdibujándose así su caracterización de prestaciones recíprocas. En consecuencia, este mismo autor (Ibídem, p.440) sugiere que se elimine esta categorización de nuestro estatuto comercial.

### ***2.3.Onerosidad.***

Señala el artículo 1497 del Código Civil que la naturaleza onerosa de un contrato se deriva de la utilidad que reciban las partes, siendo que, en contraposición, lo gratuito sólo genera utilidad a una de éstas, sufriendo la otra el gravamen. Dependiendo de esta caracterización, la normatividad consagra diversas consecuencias por ejemplo, en los grados de culpa enrostrables, siendo que, en los negocios gratuitos<sup>8</sup> existe mayor rigurosidad con respecto al contratante que obtiene beneficio sin contraprestación. Gómez (2010, p.60) diferencia estas estirpes contractuales, resaltando que en el caso del contrato gratuito no existe equivalencia entre las cargas asumidas ni intercambio de intereses patrimoniales. En

---

<sup>7</sup> El artículo 1530 del Código Civil define las define como aquellas obligaciones que depende de una condición, de un acontecimiento futuro que puede suceder o no.

<sup>8</sup> En el artículo 2020 del Código Civil, encontramos un caso especial, referido a la obligatoriedad de respetar el contrato de arrendamiento, en caso de transferencia del derecho del arrendador por título lucrativo.

contraposición a la normatividad civilista referenciada, los contratos mercantiles se presumen onerosos, salvo pacto en contrario (Peña, 2010, p.79).

Es evidente que la ejecución del contrato de seguro se derivan utilidades recíprocas, en el sentido de que el asegurador recibe el pago de una prima que, al ser sumada con otras, permite la sostenibilidad del sistema y por ende, el pago de un eventual siniestro, y del mismo modo, para el asegurado quien recibe el beneficio de la protección de su patrimonio de los riesgos asegurados, garantía que se ve concretada en el pago de la indemnización correspondiente, en caso de ocurrir el riesgo (Veiga, 2010, p.61).

Aquí es pertinente relieves, que no por ser condicional la obligación deja de implicar un gravamen (Ossa, 1991, p.38), pues la potencialidad de pérdida tiene un valor acorde con la naturaleza e intensidad del riesgo y con la magnitud del interés amenazado.

#### **2.4.Aleatoriedad.**

Los contratos onerosos pueden ser conmutativos o aleatorios. En los contratos de carácter conmutativo existe una equivalencia entre las recíprocas prestaciones que se generan entre las partes. Por otro lado, en los contratos de naturaleza aleatoria, la prestación a cargo de uno de los contratantes no guarda relación equivalente con la del otro, por someterse la materialización de dicha prestación a la ocurrencia incierta de un hecho futuro.

Aterrizando en el contrato de seguro, vemos que éste implica una contingencia de ganancia o pérdida, como quiera que, el pago de la indemnización está supeditado de que se concreten situaciones que no dependen exclusivamente de la voluntad del tomador, y de

contera, al acaecer el siniestro se tornarían desigualadas las obligaciones entre las partes en razón del pago que deberá asumir el asegurador.

En consecuencia de su aleatoriedad, es improcedente intentar encajar el contrato de seguro con la teoría de la imprevisión, limitación que no reviste mayor problema si se tiene en cuenta la expresa posibilidad que ostentan las partes de revocar dicho negocio jurídico, unilateralmente, mediante aviso escrito<sup>9</sup>. Sobre este particular, Palacios (2007) ofrece como ejemplo, una situación concreta:

Como ejemplo práctico de la *aleatoriedad* en el Contrato de Seguro, tenemos el de las cotizaciones de seguros. Si un asegurador cotiza el valor de una póliza con base en la experiencia siniestral que le presentan, siempre que sean datos ciertos y presentados de buena fe, y otorgado el seguro, varían en el decurso del mismo las condiciones de siniestralidad, porque se aumenta la mortalidad en el país, si se trata de un Seguro de Vida, o la accidentalidad, si es un Seguro de Automóviles, el Asegurador no podrá invocar la teoría de la Imprevisión durante la vigencia del Seguro, de acuerdo con el último inciso del artículo transcrito. (p.15)

---

<sup>9</sup> “El contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante noticia escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha del envío; por el asegurado, en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador. En el primer caso la revocación da derecho al asegurado a recuperar la prima no devengada, o sea la que corresponde al lapso comprendido entre la fecha en que comienza a surtir efectos la revocación y la de vencimiento del contrato. La devolución se computará de igual modo, si la revocación resulta del mutuo acuerdo de las partes”. Véase *Código de Comercio. Artículo 1071. REVOCACIÓN*.

Ordóñez (2008a, p.98), en oposición a la doctrina tradicional, considera aplicable la teoría de la imprevisión, en ciertas circunstancias especiales que impliquen una onerosidad que anule la contraprestación pactada a favor del asegurador, por ejemplo, en la cuantía del siniestro.

No podemos dejar de reseñar que la aleatoriedad del contrato de seguro ha sido puesta en tela de juicio por la doctrina, siendo que se han esbozado voces, intentando morigerar este cariz. Peña (2010, p.235) resalta que ante la especialización de la actividad aseguradora y la utilización de múltiples herramientas estadísticas para calcular la probabilidad de ocurrencia de los riesgos, debe reconsiderarse esta característica.

De manera casi calcada, Palacios (2007, p.14) estima que el avance de la actuaría implica que el asegurador conoce de antemano, las contingencias a las que puede verse sometido en el evento de la ocurrencia de uno cualquiera de los siniestros cobijados, por lo que no es tan incierta la potencialidad de ganancia o pérdida.

Ordóñez (2008a, p.94) considera que el contrato de seguro no puede condensarse, en estrictez, en la característica aleatoria, deprecada en el Código de Comercio, por cuanto en este negocio jurídico la prestación condicional del asegurador que se produce en el pago de la indemnización únicamente reduce la contraprestación representada en el pago de la prima, pero no merma las utilidades del mismo por cuanto se trata de un sistema económico.

Zuleta F. (1994, p.12) incluso resalta que el contrato de seguro es sólo aleatorio con respecto al asegurado, en virtud del elemento de azar, y con respecto al asegurador, por el

cálculo anticipado de la ocurrencia del riesgo tal característica se desdibuja por el conocimiento de la potencialidad de acaecimiento del siniestro.

En línea con las anteriores interpretaciones la característica de la aleatoriedad del contrato de seguro, se desdibuja del lado del asegurador, si se analiza el seguro como operación económica en masa, puesto que al establecerse el monto de la prima, la compañía ha determinado previamente el número de siniestros que probablemente acaecerán en un universo de intereses asegurados en un lapso determinado, garantizando con el total de las primas recaudadas, no sólo el pago de los siniestros ocurridos, sino además el gasto de sostenimiento de las compañías, costos de intermediación y por supuesto el margen de utilidades; y del lado del asegurado, igualmente se desvanece la aleatoriedad puesto que frente al pago de la prima se obtiene desde la celebración del contrato la protección de su interés asegurado de determinados riesgos potenciales, que en el caso de ocurrir le representa el pago de una indemnización, lo que significa que en el mejor de los casos el asegurado quedara indemne.

### **2.5.De ejecución sucesiva.**

Los contratos de ejecución sucesiva, se refieren a la continuidad en el tiempo de las prestaciones derivadas del mismo, a diferencia de los contratos de consumación instantánea, cuyas prestaciones se causan en un solo acto. Teniendo en cuenta que las obligaciones de los contratantes no fenecen al perfeccionamiento del contrato, vemos que el objeto de nuestro interés se constituye de ésta naturaleza, como quiera que, en la ejecución del mismo, se desencadena el cumplimiento de ciertas obligaciones y cargas precontractuales, contractuales

y post contractuales, las cuales, por su especial trascendencia, explicaremos en posterior acápite.

Sumadas a las anteriores características, consagradas en el artículo 1043 del Código de Comercio, la doctrina ha señalado que el contrato de seguro ostenta cualidades adicionales que se derivan de diversas normas del estatuto mercantil. Sobre este particular, Jaramillo C. (1986, p.5) resalta que los cinco atributos relacionados en el primer inciso del art.1036 del C. de Co. no son de carácter taxativo por cuanto, la doctrina y la jurisprudencia de ofrecer alcance a las mismas y analizar aquellas que aparecen dispersas en el mismo articulado del Código de Comercio.

Pasaremos entonces a auscultar los atributos adicionales del contrato de seguro desarrollados por la doctrina:

## **2.6. Principal.**

Este contrato no condiciona su existencia de pactos o convenciones adicionales, aunque en algunos casos se acuerde este negocio jurídico de manera conjunta para garantizar el cumplimiento de una obligación, como el caso de los seguros de incendio y terremoto en los contratos de mutuo con garantía hipotecaria o en los contratos de leasing habitacional.

Esta característica es relativa, en seguros como el de cumplimiento de contratos, teniendo en cuenta que éstos se celebran por exigencia de una de las partes en el contrato cuyo

cumplimiento se busca garantizar, de suerte que, si dicho negocio jurídico es anulado, o terminado (por causas diferente al incumplimiento), este contrato de seguro carecería de objeto.

## **2.7. Personal.**

El seguro se considera un contrato personal porque al momento de su celebración, la compañía aseguradora necesariamente toma en consideración lo que se ha denominado el *riesgo moral*<sup>10</sup> del asegurado; es decir se contrata además de otros factores, en atención a las condiciones particulares del tomador asegurado, por cuanto es de vital trascendencia conocer las particularidades del mismo; lo cual es el fundamento de la norma, según la cual la transferencia entre vivos del interés asegurable produce la extinción del seguro, salvo el consentimiento expreso del asegurador<sup>11</sup>. Esta característica se morigera en la expedición masiva de seguros, por ejemplo, los microseguros negociados en las cajas registradoras de los supermercados, caracterizados porque se ofrecen protecciones con montos asegurados relativamente bajos por el pago de primas mínimas.

## **2.8. De buena fe.**

Esta característica del contrato de seguro, es consecuencial a su naturaleza personal, teniendo en cuenta que la buena fe es entendida como un principio que fundamenta e irradia

---

<sup>10</sup> El riesgo moral es definido por López Blanco (cf. 2010, p. 73) como, la mayor o menor potencialidad de peligro que de acuerdo con el grado de educación, formación, cultura y tradiciones tenga una persona.

<sup>11</sup> Véase *Código de Comercio, Artículo 1107*.

la ejecución de las acciones jurídicas y lógicamente la celebración e interpretación de los respectivos vínculos negociales. Arrubla (1995, p.78) se refiere a este axioma como un concepto dinámico que se nutre de acuerdo a la evolución social, los cambios políticos y las instituciones morales, filosóficas y jurídicas imperantes.

Constitucionalmente<sup>12</sup>, se ha pregonado que tanto las autoridades públicas como los particulares deben obrar de buena fe en todas las gestiones que lleven a cabo. Del mismo modo, la ley presume que los contratantes actúan de buena fe, y en caso de que se pretenda demostrar lo contrario, esta presunción debe ser desdibujada, acreditando la malicia o la mendacidad en el obrar del otro.

Parecería redundante referirnos a esta característica, teniendo en cuenta que la buena fe es un principio que irradia todos los contratos y actos mercantiles<sup>13</sup>, aún en su etapa precontractual<sup>14</sup>; sin embargo esta característica reviste especial importancia en el contrato que venimos analizando, por cuanto éste es considerado de *ubérrima bona fides*, puesto que requiere un alto grado de lealtad en el proceder del contratantes para un equilibrado desarrollo del mismo, de ahí la contundencia de las sanciones ante el incumplimiento de obligaciones y deberes respectivos (Ossa, 1991, p.44).

En el contrato de seguro, la buena fe en la conducta de los contratantes no admite grados, debiendo observarse suma lealtad aun en los aspectos más irrelevantes, que en otros

---

<sup>12</sup> Véase *Constitución Política de Colombia, Artículo 83*.

<sup>13</sup> De conformidad con el artículo 871 del Código de Comercio: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

<sup>14</sup> Tal como lo erige, sin ambages, el artículo 863 del Código de Comercio.

contratos no revestirían la misma importancia, so pena de someter el contrato a drásticas sanciones (López, 2010, p.79). En tal sentido, en dos de los aspectos que más se evidencia este principio, lo constituyen la declaración del estado del riesgo y el mantenimiento del mismo, teniendo en cuenta la exigencia de sinceridad en la información ofrecida. Tal aspecto es resaltado por Veiga (2012, p.203) quien considera que el deber de ofrecer información veraz y ajustada a la realidad con relación al riesgo real, es de carácter contractual, precontractual y postcontractualmente.

Es por ello, que la buena fe como parámetro de comportamiento debe observarse en todas las etapas del contrato del seguro, tanto en el periodo de negociación como el que prosigue a la celebración de este negocio jurídico (Stiglitz, 2010, p.78).

## **2.9.Indivisible.**

La indivisibilidad del contrato de seguro se vislumbra con mayor nitidez en la posibilidad de alegar, a pesar de haber sido renovado de manera sucesiva, los vicios que subyacen desde su otorgamiento, y de la misma manera, en la omisión de notificar la agravación del estado del riesgo al asegurador.

Aclaremos en este punto, que la posibilidad de cancelar la prima en anualidades o que se autorice el pago en cuotas semestrales o trimestrales en nada afecta esta característica del contrato de seguro.

## **2.10. Indemnizatorio.**

La doctrina no ha sido pacífica con respecto a esta característica, por cuanto se ha discutido que, a pesar de que los seguros de daños siempre son de naturaleza indemnizatoria, en los seguros de personas, en especial, en el seguro de vida, no puede predicarse tal virtud.

Sin embargo, se ha indicado igualmente que todo contrato de seguro es de carácter indemnizatorio (López, 2010, p.71), siendo que lo único que distingue los seguros de daños y personas es que, en los primeros, el valor de la indemnización se establece con posterioridad a la ocurrencia del siniestro y en los últimos, este rubro se fija con anterioridad.

Veiga (2010, p.40) comparte la naturaleza indemnizatoria de seguro, y expone su posición con relación a la discusión que se finca en la distinción del seguro de daños y personas, por cuanto en ambas estirpes se aspira a resarcir el daño padecido, sin que las causas del mismo desdibujen su carácter reparador.

Por su parte, Palacios (2007, p.18) se inclina por conceptualizar que los seguros de personas no pueden considerarse indemnizatorios, teniendo en cuenta que el artículo 1130 del Código de Comercio, expresamente dilucida que el valor del interés en éstos sólo tienen límite en el techo asignado por los contratantes, siendo única excepción lo previsto en el numeral 3 del artículo 1137.

Ordóñez (2008a, p.27) considera que la diferencia entre el seguro de daños y el seguro de personas, se finca en que el primero de éstos siempre está referido a un interés asegurable apreciable en dinero con contenido patrimonial determinable, y que, el segundo de los

mencionados, por tratarse de la protección de derechos subjetivos de carácter extrapatrimonial no ostentan una tasación específica.

En efecto nuestra legislación mercantil señala en el artículo 1088 el carácter indemnizatorio del contrato de seguro, y aunque la norma está referida específicamente a los seguros de daños, frente a los cuales no hay discusión, se considera que esta característica también irradia a los seguros de personas, toda vez que la misma codificación reseña en el artículo 1137, en alusión al seguro de vida, de qué personas se puede tener interés asegurable, dentro de las que se encuentran, además de la propia vida, en la de las personas sobre las que se pueda reclamar alimentos y aquellas cuya muerte o incapacidad pueda causar perjuicio económico. Esta norma permite colegir, aún en los seguros de personas, el objeto de estos es la protección a la afectación patrimonial ante la ausencia de una persona frente a la cual se tenga interés asegurable. Si bien es cierto que en el seguro de vida, el monto de los valores asegurados depende del arbitrio del tomador (cuando es sobre la vida de terceros se requiere su consentimiento), este puede considerarse una estimación anticipada del perjuicio que se origine con ocasión a la muerte del asegurado, ratificando su vocación de indemnizatorio, aunque esta no siempre se dé de manera plena.

## **2.11. Contrato de adhesión a condiciones generales.**

Inicialmente señalaremos que el contrato de adhesión se constituye como un acuerdo de voluntades, en el cual una de las partes investida de una posición prevalente, establece un contenido para todos los contratos de un determinado tipo, de tal manera, que el otro extremo comercial, sólo puede decidir acogerse íntegramente al clausulado o no contratar. En el marco de éstos contratos subsiste entonces la libertad de contratación, pero no la posibilidad de

negociar los términos del contrato. Bohórquez (2013, p.53) justifica lo anterior, ante la imposición de las necesidades de fines del siglo XX, el impulso en las ventas en masa y el auge en el consumo de productos y servicios, por lo que, atendiendo a la agilidad del tráfico mercantil se impusieron formas preestablecidas para poder sobrellevar el grueso de contratos celebrados minuto a minuto.

Vemos entonces que, la contratación a través de fórmulas adhesivas surgió como consecuencia de la agilización de trámites, en especial la contratación en masa de ciertos servicios que son de especial intereses para un grueso de la población. Igualmente es menester aclarar que no sólo el contrato de adhesión se presenta en éste caso, también puede suceder que en una situación particular, una parte imponga a la otra un clausulado, sin posibilidad de discusión alguna. Rakof (2006) de manera sencilla caracteriza el contrato de adhesión así:

[1] El documento cuya validez jurídica está en cuestión es una “forma” impresa que establece condiciones y claramente pretende ser un contrato. [2] El formulario, o forma, ha sido redactado por, o en beneficio de, una de las partes presentes en la transacción. [3] La parte redactora participa en muchas transacciones, como la ejemplificada en la forma en cuestión, y lleva a cabo dichas transacciones de manera rutinaria. [4] La forma es presentada a la parte adherente teniendo en cuenta que, salvo por algunos ítems muy bien identificados -como el precio-, la parte oferente llevará a cabo la transacción sólo en los términos determinados en dicho documento. Esta consideración puede hacerse explícita o implícita en la situación particular, pero siempre es entendida de esa manera por el adherente. [5] Una vez las partes han discutido sobre aquellos términos del contrato que son negociables, el documento es firmado por el adherente. [6] La parte adherente lleva a cabo pocas transacciones como las ejemplificadas en la forma —

pocas, si se compara con la parte oferente. [7] La principal obligación de la parte adherente en la transacción, considerada como un conjunto, es el pago de dinero. (p.04)

Esta modalidad de contratación ha sido ampliamente criticada por la inclusión de cláusulas abusivas<sup>15</sup>, lesivas a los intereses del contratante adherente, siendo que, se hace necesario aclarar que no todo contrato de adhesión está infestado de estipulaciones de tal estirpe. Tal es el criterio de Bohórquez (2013, p.54) quien reconoce la practicidad en la utilización de estas figuras negociales, haciendo la salvedad de que, debe evitarse la incorporación de ésta clase de disposiciones.

El mismo criterio es compartido por los autores Giraldo A., Caicedo C. y Madriñán R. (2012, p.114) quienes señalan que no todo contrato de adhesión consta de cláusulas abusivas, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 42 del Estatuto del Consumidor, lo abusivo se deriva del desequilibrio injustificado en perjuicio del contratante, por lo que cada caso concreto debe ser auscultado.

Es importante precisar que el legislador expresamente señala los requisitos que deben reunir los llamados contratos de adhesión, so pena de ineficacia, recalcando que las condiciones generales de este tipo de contratos deben ser completas, concretas y claras, y ser conocidos sus efectos por el contratante anticipadamente, legibles a simple vista y redactadas en castellano; en el caso especial del contrato de seguro el asegurador debe hacer entrega

---

<sup>15</sup> La Ley 1480 de 2011, en su artículo 42, las define como *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*. Esta reglamentación enumera las que considera son este tipo de cláusulas; y las declara ineficaces de pleno derecho.

anticipada al tomador del clausulado, explicándole coberturas, exclusiones y garantías<sup>16</sup>. No obstante, la doctrina reconoce que existen viejas costumbres en la redacción de las pólizas, haciendo difícil en ocasiones su interpretación y comprensión por el tomador por la inclusión de expresiones equívocas y polivalentes, tal como lo soslaya Veiga (2012, p.212).

En atención al tema que nos ocupa, vemos que el clausulado del contrato de seguros sólo puede ser negociado, de manera excepcional, cuando el tomador tiene la capacidad económica suficiente para lograr un acuerdo acorde a sus intereses con respecto a condiciones, amparos y tarifas, impidiendo así que se le imponga un engranaje preestablecido (Ordoñez, 2008a, p.107), tal como sucede en los contratos titulados como de grandes riesgos. En el resto de situaciones, se constituye como un contrato de adhesión<sup>17</sup> a condiciones generales, previamente delimitadas.

Aquí es necesario hacer un paréntesis y distinguir el contrato de adhesión de las condiciones generales de contratación, siendo que Laguado (2003) nos ofrece una manera sencilla de diferenciar dichos conceptos, indicando que, las condiciones generales sólo se envisten de aptitud obligacional cuando son plasmadas y aceptadas en un negocio jurídico. En tal sentido las denomina: “proyectos abstractos de normalización de futuras relaciones jurídicas” (p.237). Veamos la distinción plasmada por Peña (2010), que nos ofrece aún, mayor claridad:

---

<sup>16</sup> Véase *Artículo 37 de la Ley 1480 de 2011*.

<sup>17</sup> La Ley 1328 de 2009, en el Capítulo I, Aspectos Generales, define los contratos de adhesión como aquellos : “elaborados 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”.

Ahora bien, el hecho de que las condiciones generales de contratación tengan la connotación de ser determinadas y predispuestas, no significa que se puedan confundir con los contratos de adhesión ni con las llamadas cláusulas abusivas. Simplemente se destinan a su incorporación de forma masiva y frecuente en todos los contratos que celebre el profesional en el giro ordinario de sus negocios. (p.81)

En virtud de lo anterior, estas condiciones generales, garantizan la planificación de recursos económicos y técnicos y desde el punto de vista legal, se constituyen como normativa supletiva, la cual, ante la orfandad de estipulaciones taxativas de condiciones generales, se tendrán como tales, las consagradas en las pólizas depositadas en la Superintendencia Financiera. En tal sentido, traemos a colación la posición de Palacios (2007, p.16) quien señala que cada caso debe ser analizado de manera particular, por cuanto debe verificarse si existen cláusulas oscuras que desequilibraran la balanza del contrato de seguro pactado.

El artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, expresamente señala que los modelos de pólizas y tarifas deben ser autorizados previamente por la Superintendencia Bancaria, cuando se esté dando vía libre por primera vez al asegurador o en el caso de explotación de un nuevo segmento, y además, que los formatos de pólizas deben ser enviadas a éste organismo, para su depósito.

Según lo explicado, podemos colegir preliminarmente, que todo contrato de seguro se rige por unas cláusulas contractuales típicas (Garrigues, 1987, p.265), que no pueden ser modificadas o condicionadas por el asegurado, en la medida que, la mayor parte de su entramado responde a la imposición de una pro-forma. Lo anterior no obsta, para que se

pacten cláusulas especiales, sujetas a discusión por parte de los extremos contractuales, tal como lo reconoce Jaramillo C. (2011a, p.504).

### **3. Partes del Contrato de Seguro.**

Revisemos a continuación, quienes se constituyen como partes en la relación jurídica tradicional, haciendo la salvedad que en ejecución de esta figura jurídica intervienen dos grupos de personas:

a) *El de los contratantes*, quienes son los suscribientes del contrato y por ende, obligados, de acuerdo con las estipulaciones del mismo, a saber, el asegurador y el tomador. b) *El de los interesados en sus efectos económicos*, y en la protección directa o indirecta de sus derechos como lo son el asegurado y el beneficiario (Ossa, 1991, p. 3).

#### **3.1.Asegurador.**

Se trata de una persona jurídica<sup>18</sup> regulada<sup>19</sup>, que se obliga a pagar, en caso de ocurrencia del siniestro, una indemnización al asegurado (Garrigues, 1987, p.267). Tal como nos enseña el artículo 335 de la Constitución Nacional Colombiana, la actividad aseguradora sólo puede ser ejercida con la aquiescencia expresa del Estado y bajo la vigilancia de éste, a través de la Superintendencia Financiera. Este estricto celo se explica a la luz de la operación

---

<sup>18</sup> El artículo 1037 del Código de Comercio, expresamente erige que el asegurador sólo puede ser una persona jurídica, excluyéndose de plano, las personas naturales.

<sup>19</sup> El artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, desarrolla la reglamentación constitucional en el sentido de resaltar que la actividad aseguradora en Colombia, se encuentra sujeta a estricta supervisión estatal.

empresarial que sostiene y representa a estas compañías, la cual debe obedecer al respeto irrestricto del orden público y social, y a la seguridad jurídico-económica de los asegurados y demás intervinientes en el sistema, lo anterior como consecuencia de administrar los recursos de la población y respaldar así la sostenibilidad del andamiaje del sistema. Es claro entonces que las personas naturales y las personas jurídicas no autorizadas, no están habilitadas para irrogarse atribuciones de asegurador. Los contratos celebrados en contravía de esta norma imperativa, son nulos absolutamente<sup>20</sup>.

Lo anterior se explica, según Barbato N. y Meilij G. (1975, p.08) teniendo en cuenta que la actividad aseguradora, además de fundarse en el recaudo de los dineros del público, es especializada, por cuanto se nutre de estadísticas, de los cálculos actuariales, de la relación establecida entre los riesgos y su potencial ocurrencia, siendo entonces de vital importancia, el rol que cumple el asegurador.

### **3.2.El tomador.**

Contrata con el asegurador y por ende, asume las obligaciones que se derivan del contrato, por ejemplo, satisfacer el deber precontractual de declarar el estado del riesgo y pagar la prima. En consecuencia, si el tomador es el mismo asegurado, confluyen las mismas calidades en una sola persona y el primero de éstos obrará en cuenta propia, por el contrario si el asegurado es un tercero, extraño a la relación contractual, se dirá que obra por cuenta ajena.

---

<sup>20</sup> La sanción consistente en nulidad absoluta encuentra su seno en el artículo 899 del Código de Comercio, el cual expresamente señala: Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.

En cualquiera de las dos eventualidades, el tomador es el llamado a responder por el cumplimiento de las obligaciones que dimanen del contrato perfeccionado.

### **3.3.El asegurado.**

Es el titular del interés asegurable<sup>21</sup>, es decir es la persona cuyo patrimonio puede verse afectado por la realización de un riesgo directa o indirectamente, a pesar de que, en algunos casos, al no corresponder al tomador, evidentemente no participó en la suscripción del contrato correspondiente ni se encuentra obligado al cumplimiento de las obligaciones inherentes a su ejecución. No obstante, debe afrontar las excepciones que el asegurador le pudiera oponer al tomador o asegurado, tal como lo consagra el artículo 1044 del Código de Comercio.

### **3.4.El beneficiario.**

No interviene en el perfeccionamiento del contrato, pero percibe el valor de la indemnización en caso de siniestro. El beneficiario contractual, como su nombre lo indica, deriva su calidad de la estipulación taxativa que sobre el particular se plasme en la correspondiente póliza, y por el contrario, el beneficiario legal surge de cara a la consagración legal.

---

<sup>21</sup> Sobre el análisis del alcance del artículo 1083 del Código de Comercio, trataremos en posterior acápite.

#### **4. Elementos esenciales del seguro.**

De acuerdo con el artículo 1501 del C.C hay cosas que son de la esencia de todos los contratos, otras que les pertenecen por naturaleza y otras puramente accidentales. Las cosas esenciales son las que dan al contrato su individualidad jurídica; sin ellas el contrato no produce ningún efecto o es inexistente (Palacios, 2007, p.63).

Son esenciales al contrato de seguro: El interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador

##### **4.1.El interés asegurable.**

Es el objeto del contrato de seguro. Es definido (Ossa, 1991, p.73) como la relación económica que se encuentra amenazada por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular.

El interés asegurable descansa sobre tres pilares fundamentales: *el sujeto*, que es la persona natural o jurídica amenazada en la integridad de su patrimonio, *el objeto*, que es un bien sobre el que recae la amenaza del riesgo y *la relación económica* entre uno y otro que puede resultar afectada por la realización del riesgo. Es, por tanto, un concepto subjetivo por cuanto se constituye como una relación económica que la vincula al titular del interés mismo. No obstante no puede confundirse el valor del interés del cual se solicita cobertura, con la suma de dinero asegurada en concreto, que implica por consiguiente la proporción de protección del interés asegurable, tal como lo reconoce Veiga (2010, p.191).

En los seguros de daños vemos con mayor claridad el interés asegurable, teniendo en cuenta que, toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado directa o indirectamente por la realización de un riesgo tiene interés asegurable. En tal sentido, en el caso de los seguros reales, el objeto del interés asegurable es la cosa amenazada por el eventual siniestro y del mismo modo en el caso de los seguros patrimoniales, el objeto lo constituye el patrimonio como conjunto de bienes estimables en dinero, tal como lo puntualiza Narváez (2011, p.10).

Igualmente constituyen interés asegurable, el daño emergente, y el lucro cesante, en los casos de los seguros de responsabilidad civil contractual o extracontractual y en el reaseguro, respectivamente. Aquí es conveniente puntualizar que el lucro cesante, por su naturaleza indeterminada, requiere una convención expresa y detallada por parte de los extremos contractuales, teniendo en cuenta que la aseguradora deberá efectuar, *ex ante* los cálculos actuariales correspondientes de cara a decidir si otorga o no el amparo solicitado. Tal es el tenor del artículo 1088 del Código de Comercio.

La determinación económica del interés asegurable es de menor complejidad en los seguros de personas, pues en el artículo 1138 del Código de Comercio se establece que en los seguros de personas, el valor del interés asegurable tendrá como límite lo prefijado por las partes, salvo que dicha tasación sea susceptible de ponderación. Lo mismo no ocurre en los seguros de daños, por cuanto su fijación no siempre es sencilla, puesto que el valor de los bienes asegurados puede oscilar por la depreciación o deterioro de los enseres.

#### **4.1.1. Requisitos.**

De conformidad con el artículo 1083 del Código de Comercio: “Es asegurable todo interés que además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero”. En concordancia con el análisis desprevenido de esta norma, podemos reseñar que son requisitos del interés asegurable, los siguientes:

- **Lícito:** El interés del cual se pretenda protección no puede contrariar el orden público, norma imperativa o buenas costumbres, por cuanto tales situaciones se constituyen como objeto ilícito<sup>22</sup>. Lo mismo se predica de la enajenación de cosas que están por fuera del comercio o en lo que transgrede el derecho público de la nación.
- **Económico:** El interés asegurable es una relación susceptible de valoración económica, no afectiva (Baeza, 1981, p.94). Tal como en los seguros de daños, en los de personas el interés también recae sobre un objeto, este objeto es la vida misma, al integridad corporal, la salud, la capacidad laboral concebidas como bienes, poco importa si tiene o no un valor económico, o si ese valor es o no determinable y, de serlo, si su determinación es viable a la celebración del contrato, durante su vigencia o a la ocurrencia del evento asegurado.

#### **4.2. Riesgo asegurable.**

De conformidad con el artículo 1504 del Código de Comercio: “riesgo es el suceso incierto que no depende exclusivamente, de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario

---

<sup>22</sup> Véase los artículos 1519 y 1521 del Código Civil, respectivamente.

y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”. De la definición propuesta por este compendio legal podemos extraer los siguientes rasgos distintivos:

1. Debe tratarse de un hecho de potencial ocurrencia en la realidad. Lo anterior, lógicamente dependerá de los avances de la tecnología y las ciencias.
2. En consecuencia de lo anterior, el riesgo transita entre dos linderos: la imposibilidad y la certeza. En tal sentido, no constituyen riesgo el hecho físicamente imposible, que en la teoría de las probabilidades se representa por el número cero [0]; ni el hecho cierto que, como tal, ha de suceder fatalmente y que, en la misma teoría se representa por el número uno [1].
3. Del mismo modo, debe consistir en un hecho de incierta ocurrencia, por ello, lo acontecido no puede ser materia de aseguramiento. El único hecho cierto asegurable es la muerte, de conformidad con lo declarado por el artículo 1504 del Código de Comercio. La muerte es cubierta por numerosas aseguradoras con base del cálculo de la probabilidad de vida, según el país, la edad, las enfermedades preexistentes, entre otros factores (Flórez, 1982, p.148).
4. El riesgo debe ser independiente a la voluntad exclusiva del tomador, asegurado o beneficiario en la realización del mismo, por cuanto es incompatible con la mera voluntad del sujeto (Baeza, 1981, p.77).
5. La realización del riesgo hace exigible la obligación condicional del asegurador de pagar la indemnización.

6. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.

#### **4.2.1. Sucesos que pueden constituir riesgos asegurables.**

Los riesgos asumidos<sup>23</sup> y su cubrimiento, son determinados de manera concreta en las pólizas, cláusulas de amparos y cláusulas de exclusiones. En tal sentido (Peña, 2010, p. 237), hay seguros de riesgos nominados o determinados en los cuales se especifican los mismos y a todo riesgo, cuando se aseguran, genéricamente todos aquellos que pueden afectar el objeto amparado. No obstante lo anterior, la ley especifica cuales cuáles riesgos son asegurables:

- a) Hechos típicamente fortuitos: La ocurrencia de esta categoría de sucesos escapa al control humano, en tal sentido, pueden enmarcarse en la misma, aquellos que tienen su origen en la acción incontenible de la naturaleza. Conocidos también como “cosas de Dios” (Ossa, 1991, p.97).
- b) Hechos culposos: En éste caso, la voluntad del asegurado tiene un nivel de injerencia más o menos efectivo: Imperceptible en los casos de culpa levísima, perceptible en los casos de culpa leve y notoria en el caso de culpa grave. En los hechos culposos interviene la voluntad humana, pero no como causa exclusiva, sino como causa coadyuvante. La culpa por acción o por omisión es un acto voluntario. El daño derivado de la culpa no lo es; excede la intención de quien ha incurrido en ella. No depende exclusivamente de su voluntad; por eso el hecho culposo es riesgo a la luz del

---

<sup>23</sup> Véase *Código de Comercio*, arts. 1047 y 1056, núm. 9.

artículo 1054 del Código de Comercio, y en consecuencia, puede ser objeto de la protección del seguro.

- c) Hechos intencionales: Son amparables en cuanto no dependan de la voluntad exclusiva del asegurado, en la medida que requieran factores externos o coadyuvantes para su futura realización, tales como el matrimonio, la natalidad.

En este punto conviene mencionar el suicidio, que como hecho intencional y voluntario, parecería constituirse como riesgo no asegurable. A pesar de ello, es práctica común de las compañías de seguros otorgar ésta protección, pasado un periodo de carencia y en por ello, la doctrina ha diferenciado las nociones de suicidio voluntario e involuntario.

Stiglitz (2010, p.220) sobre el particular indica que quien se suicida en un estado de alternación mental, no ha tenido capacidad de medir los efectos de sus actos, por lo cual cae en la categoría del suicidio involuntario, susceptible de ser asegurado.

López (2010, p.94) considera que, el suicidio como acto voluntario del asegurado no puede ser amparado con independencia del tiempo de contratación de seguro. En tal sentido, estima que las cláusulas que permiten tal circunstancia, después de dos años de suscrito el contrato, son abiertamente ilegales, por su evidente contradicción con el artículo 1055 del Código de Comercio que expresamente instituye que “Los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables”.

Según Jaramillo P. (2007, p.121) el silencio sobre el suicidio del Código de Comercio, es quizá el foco de esta dudosa situación, siendo que se inclina por considerar que la

evolución del Derecho de Seguro debe propender por ampliar las coberturas de riesgos y no de minimizarlas.

#### **4.2.2. Riesgos inasegurables.**

##### **4.2.2.1.El dolo y la culpa grave del asegurado:**

Se encuentra expresamente prohibida su cobertura por el artículo 1055 del Código de Comercio, por lo cual se proscribire la posibilidad de que el asegurado, el tomador, o el beneficiario, puedan percibir ingreso o prestación de un acto investido de dolo o culpa grave (Barrera, 1991). En este punto es necesario aclarar que en materia de seguros de responsabilidad, el artículo 84 de la ley 45 de 1990 prescribe que son asegurables la responsabilidad contractual y extracontractual y la culpa grave, constituyéndose este caso una excepción a la regla antedicha. Veiga (2010, p.122) sustenta esta exclusión considerando que otro proceder quebrantaría la equidad y la buena fe del contrato de seguro.

En sentido contrario, Flórez (1982, p.150) se opone a la no asegurabilidad de la culpa, por considerar que en estos actos, la intencionalidad del asegurado y/o tomador se encuentra ausente.

##### **4.2.2.2. Los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario.**

Ordóñez (2008b, p.16) sustenta esta exclusión, considerando que los hechos que dependen únicamente de la voluntad de cualquiera de estos sujetos no pueden ser objeto del

contrato de seguros, por cuanto tal proceder desquicia la estructura y esencia del contrato de seguro, en especial, porque se rompe la incierta ocurrencia de tales circunstancias.

#### **4.2.2.3. Las sanciones penales o policivas.**

Repugnaría al ordenamiento jurídico colombiano que, se pudieran asegurar las consecuencias jurídicas y económicas del delito o las contravenciones, teniendo en cuenta que, éstas en sí mismas, son de obligatorio cumplimiento personal.

#### **4.3.Prima.**

Es la contraprestación que asume el tomador al contratar con el asegurador. Consiste en el pago de una suma de dinero, como consecuencia del riesgo asumido la cual resulta de aplicar la tarifa calculada sobre las bases de la probabilidad y la cuantía posible del riesgo. De entrada aclaramos, como lo resalta Zuleta B. (1981, p.26) que la prima no es el precio del riesgo, por cuanto ésta se constituye como parte del pago de la contribución que incluye, entre otros, gastos de administración, en tal sentido, es el precio del seguro.

La prima se constituye como elemento esencial del contrato de seguro, siendo que no debe confundirse su estipulación, con el pago, puesto que la exigencia actual consiste en el señalamiento de una prima, con independencia de que se haya pagado efectivamente, teniendo en cuenta que el legislador autorizó el pago fraccionado, si así lo convinieron las partes. Garrigues (1987, p.283) escinde la prima en dos conceptos básicos; la prima pura que es

equivalente al riesgo asumido por el asegurador y la prima bruta o comercial, que incluye este valor y adiciona las comisiones, gastos y honorarios derivados del contrato de seguros.

Uno de los puntos clave sobre este particular, lo constituye la constitución en mora del tomador. Lo anterior teniendo en cuenta que, tal actitud conlleva la terminación automática del contrato y facultará al asegurador para exigir el pago de la suma devengada y los gastos acaecidos con ocasión al contrato. Esta norma<sup>24</sup> es de carácter imperativo y, cualquier modificación que se pretenda hacer transgrediendo a la misma es ineficaz.

#### **4.4.Obligación condicional del asegurador.**

La obligación condicional se hace exigible cuando se materializa el hecho suceso previsto como riesgo en el contrato. El siniestro es asimilado a una condición suspensiva, por cuanto, cumplido el siniestro, nace la obligación de indemnizar por parte del asegurador. Jaramillo C. (2011a) explica este elemento esencial con claridad:

Luego, si dentro de la vigencia del contrato no se produce el siniestro, el asegurador no entrará a indemnizar al asegurado, pues su obligación nunca nació, consecuencia, muy lógica, si se considera que dentro de los elementos esenciales del contrato de seguro por expreso querer de nuestro legislador se encuentra la obligación condicional del asegurador (art. 1045), obligación que nunca nacerá si no se produce el hecho futuro e incierto, que es propiamente el siniestro; colorario lógico de considerar como condicional la obligación del asegurador. (p. 432)

---

<sup>24</sup> Véase *Artículo 1068 del Código de Comercio*.

#### **4.5.Pago de la indemnización.**

Narra el artículo 1086 del Código de Comercio que el interés asegurable debe existir desde la fecha en la cual el asegurador asuma el riesgo, como quiera que, la desaparición del mismo, implique la extinción del contrato de seguro. Esta noción es de vital trascendencia en el tema que nos ocupa, puesto que, el valor de la indemnización en caso de producirse el siniestro, no puede exceder el valor del interés asegurado. Sólo en el evento en que no puede preestablecerse en dinero el valor del interés asegurable, podrá ser fijado libremente por el asegurador y el tomador. Por ello, se ha propugnado en el artículo 1089 del Código de Comercio, que en ningún caso la indemnización podrá exceder el valor real del interés asegurado al momento del siniestro, ni de la tasación real del perjuicio patrimonial padecido por el asegurado. Lo anterior por cuanto el contrato de seguro no puede ser fuente de enriquecimiento. Por ejemplo, Ordoñez (2008a, p. 10) resalta que en el contrato de seguro se encuentra proscrita cualquier potencialidad de ganancia económica al actualizarse el álea cobijada en el contrato.

Veiga (2010, p.48) igualmente resalta la naturaleza indemnizatoria del contrato de seguros, explicando que el pago con ocasión al acaecimiento del siniestro lleva consigo la prohibición de enriquecimiento y la exigencia de buena fe en el obrar del asegurado.

Tal prerrogativa se explica por la necesidad de evitar reclamaciones alejadas de la realidad o el cobro de sumas descomunales, en desmedro del equilibrio del sistema asegurativo. Es por ello, que el legislador, limitó el pago correspondiente a los valores antedichos, con una serie de normas imperativas de forzoso cumplimiento.

El artículo 1089 del Código de Comercio establece una presunción de hecho, consistente en considerar que, el valor real del interés asegurado corresponde al plasmado en el acuerdo entre tomador y asegurador, lo anterior como una muestra del principio de buena fe que, como ya hemos insistido enviste el contrato de seguro, de manera especial.

Esta misma norma consagra la posibilidad de que el asegurador compruebe que el valor convenido inicialmente desborda en demasía el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él. Tal es el celo del legislador por evitar las pretensiones de enriquecimiento por parte de los asegurados, que a pesar de aceptar que sobre un mismo objeto concurren diversos intereses asegurables, incluso de manera simultánea o sucesiva, hasta por el valor de cada uno, la indemnización no podrá exceder el valor total del mismo, al producirse el siniestro y su distribución se hará de conformidad a las sumas aseguradas. Así lo consagra el artículo 1084 del Código de Comercio.

Barbato N. y Meilij G. (1975, p.12) reconocen las disparidades que suelen acontecer con relación entre el interés asegurado y la suma asegurada, las cuales pueden obedecer a la falta de información precisa por parte del tomador, las variaciones acaecidas en los valores de lo asegurado, entre otras circunstancias. Baeza (1981, p. 90) reconoce que el monto asegurado puede o no coincidir con la estimación del objeto materia de seguro y por ello, podríamos hablar de seguro suficiente, insuficiente, infraseguro y sobreseguro.

Surgen entonces inquietudes adicionales, por ejemplo: ¿Qué sucede en el caso de que el valor tasado exceda el valor real del interés asegurado? Este fenómeno se conoce como *supraseguro* y la normatividad mercantil nos enseña que en este caso se producirá la nulidad del contrato de seguro de acreditarse que dicha circunstancia obedece a la intención dolosa de

defraudar al asegurador, esté retendrá la prima a título de pena. De lo contrario, la solución ofrecida es la reducción del valor del interés asegurable con la consiguiente devolución o descuento de la prima con relación al exceso y al periodo sin transcurrir en la ejecución del contrato de seguro.

La intención dolosa en el caso del supraseguro, ha sido abordada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

Con todo, las actuaciones que realizó el demandante con el anotado propósito, no confluyen por sí en la nulidad del contrato de seguro, porque conforme lo establece el artículo 1091 del Código Comercio, amén del “exceso del seguro sobre el valor del interés asegurado”, también se requiere que por “parte del asegurado haya habido intención manifiesta de defraudar al asegurador”. Por supuesto que si la nulidad del contrato de seguro es la consecuencia de un sobreseguro doloso, es a la aseguradora a quien le corresponde probar no solo el exceso sobre el valor real del interés asegurado, sino también la intención manifiesta del asegurador de defraudar a la aseguradora, esto es, que al declarar la suma asegurada o al obtener el aumento del valor de ella, en el asegurado existía el propósito de perseguir una ganancia ilícita a expensas de la comunidad aseguradora.<sup>25</sup>

Desde otra arista, ¿Qué se entiende por *infraseguro*? Éste se constituye como la tasación incompleta del interés asegurable, por cuanto el valor asegurado es inferior a la realidad del mismo. En este caso, el asegurador, de conformidad con el artículo 1102 del Código de

---

<sup>25</sup> Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil. (07 de Julio de 2005). Magistrado Ponente: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Bogotá, D.C: Ref.: Expediente C-0500131860041998-00174-01.

Comercio, en caso de pérdida total sólo está obligado a indemnizar el daño con sujeción a la suma asegurada, y en caso de pérdida parcial en proporción a esta. Estos ajustes en los casos de infraseguro o sobraseguro corresponden a la aplicación de la regla proporcional, la cual es analizada por Veiga (2010) en el primero de los eventos así:

No obstante la situación de infraseguro puede desencadenarse en cualquier momento de la relación jurídica aseguraticia, si bien, el momento determinante es el de la verificación del siniestro. Mitiga o contrarresta sus efectos perniciosos la regla proporcional, mal entendida en muchos casos, pero paradigma de la equidad, dado que es justo que el asegurador únicamente resarza en la misma proporción que la suma asegurada cubre al valor de la cosa asegurada, por lo que es lícito que una parte del bien asegurado permanezca descubierto. (p. 178)

La Ley comercial contempla en el inciso final del artículo 1102 del Código de Comercio que el asegurador puede convenir, que con independencia de la relación entre el valor asegurado y el valor real de interés asegurable, éste procederá a pagar el valor real del interés en punto a su afectación, obvio teniendo siempre como límite el valor de la suma asegurada. Esta situación no es de particular ocurrencia en la contratación de los seguros de daños por las potenciales pérdidas que suscitaría a las compañías aseguradoras.

## **5. Principales obligaciones y cargas derivadas del contrato de seguro.**

Debemos aclarar inicialmente que el Código de Comercio utiliza la expresión obligaciones para referirse tanto a obligaciones como cargas; aunque Ordóñez (2008c) hace la

distinción de las mismas, señalando que el no cumplimiento de las cargas, no tiene el mismo efecto del incumplimiento de una obligación, el cumplimiento de la carga no puede exigirse coercitivamente, pero si comporta unos efectos adversos para el contratante responsable de su no acatamiento.

En aras de facilitar nuestro estudio, agruparemos estas nociones según corresponda su acatamiento al tomador y/o asegurado o al asegurador. Veamos:

### **5.1. Con respecto al tomador y/o asegurado.**

#### ***5.1.1. Precontractual.***

##### **5.1.1.1. Declaración del estado de riesgo.**

A partir de esta declaración se establece la situación del riesgo que pretende ser cubierto y en contrapartida, el asegurador define si en tales condiciones asume o no, el amparo solicitado, siendo que tal estimación junto con otros factores, sirve de base inescindible para calcular el valor del seguro Ordóñez (2008a, p.103).

La declaración del estado de riesgo tiene estrecha relación con el principio de buena fe, pues tal como hemos explicado en líneas antecedentes, el contrato de seguro se sustenta en la creencia en la sinceridad de lo manifestado por el tomador, al momento de absolver el formulario ofrecido por el asegurador.

El artículo 1058 del Código de Comercio sanciona la inexactitud y reticencia sobre los hechos que sean plasmados por el tomador, y de manera indefectible, señala cuales son las consecuencias de cada uno de estos comportamientos: Si la inexactitud deriva de un error inculpable del tomador, el contrato no devendrá nulo, sin embargo, en el evento de un siniestro, el asegurador sólo estará obligado a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente a la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160 del Código de Comercio, aplicable al seguro de vida, en el cual expresamente se señala que transcurridos dos años desde la fecha del perfeccionamiento del contrato, el valor del contrato no podrá ser reducido por error en la declaración de asegurabilidad.

La reticencia o inexactitud del tomador, que de haber sido conocida por el asegurador, lo hubieren retraído de firmar el contrato o inducido a plasmar condiciones más onerosas para su perfeccionamiento, generan como consecuencia sustancial la nulidad relativa del contrato de seguro.

Las sanciones anteriores no son aplicables al tomador, si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha tenido conocimiento o ha debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.

### ***5.1.2. Durante la vigencia.***

#### **5.1.2.1. Mantenimiento del estado de riesgo.**

Esta obligación radica en conservar el interés objeto de amparo en condiciones similares a las existentes al momento de solicitar la cobertura, por lo que, podemos colegir que la misma se constituye como un deber conductual. Este es quizá el punto de mayor precaución por parte de las aseguradoras, teniendo en cuenta las consecuencias de las variaciones en el estado de riesgo. Veiga (2010) esboza una clara posición sobre este aspecto:

Las aseguradoras han de conjugar y superar dos problemas, el azar moral y la selección adversa. El azar moral se escenifica cuando el asegurado cambia su comportamiento tras concertar un contrato de seguro, de modo que aumenta la probabilidad del siniestro, la pérdida, por su parte la selección adversa surge del alto coste en que incurre la aseguradora para distinguir con nitidez entre asegurados de alto riesgo y de bajo riesgo.  
(p.45)

En consecuencia de lo anterior, estipula el artículo 1060 del Código de Comercio que, cualquier hecho sobreviniente y no previsible, que agrave o varíe el riesgo inicialmente declarado, deberá ser notificado por escrito al asegurador, con antelación no menor de diez días a la fecha de modificación del riesgo, en el caso de que ésta dependa de la voluntad del asegurador o tomador. En el evento de que sea una causa extraña, el término de notificación es de diez días contados a partir de que se tenga conocimiento de tal variación.

Con relación al mantenimiento del estado del riesgo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia indicó:

La segunda de las fases ya aludidas, relativa al desenvolvimiento del negocio aseguraticio, previamente concertado o perfeccionado, ello es basilar, le impone al

tomador y, dado el caso, al asegurado, la carga de mantener el riesgo en las condiciones en que se aseguró primigeniamente, hipótesis en la cual deberán notificarse al asegurador los hechos o circunstancias relevantes, imprevisibles y sobrevinientes que de una u otra manera alteren el mencionado estado del riesgo (art. 1060, ib.). De allí que justamente, por tratarse de un deber de prestación que concierne al desarrollo del contrato (etapa de ejecución negocial), su quebrantamiento genera la terminación del seguro, como efecto propio de los negocios jurídicos de duración y, más concretamente, de tracto sucesivo (C. de Co., art. 1036).<sup>26</sup>

De ser notificada la modificación del estado del riesgo acatando las directrices precitadas, el asegurador puede, a su arbitrio, revocar el contrato o aceptar la modificación, exigiendo que se reajuste el valor de la prima, con ocasión a la variación padecida. Sin embargo, la ausencia de la notificación oportuna trae como consecuencia la terminación del contrato de seguro, siendo que, el derecho de retener la prima no devengada por parte del asegurador sólo surge de comprobarse la mala fe del asegurado o tomador.

#### **5.1.2. 2. Cumplimiento de las garantías otorgadas por el asegurado.**

El artículo 1061 del Código de Comercio define la garantía como la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho. En tal sentido, depende del asegurado el cumplimiento irrestricto de la misma, sea la conservación en buen estado del objeto asegurado o el abstenerse de hacer determinadas

---

<sup>26</sup> Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil Magistrado. (06 de julio de 2007). Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia 1999-00359.

acciones. Por ejemplo, los seguros de automóviles, consagran determinadas garantías como contratar una alarma, o abstenerse de ingerir licores.

Sin embargo la cláusula de garantía se diferencia de la obligación de notificación de la agravación del estado de riesgo, porque la primera debe estar pactada expresamente en el contrato, es volitiva, mientras que la segunda opera por mandato legal; la garantía además puede ser sustancial o no, mientras que la agravación del riesgo si debe ser sustancial<sup>27</sup>.

En caso de no cumplirse la garantía otorgada el contrato podrá ser anulable, y si esta se refiere a un hecho posterior al contrato el asegurador podrá darlo por terminado, desde que tenga conocimiento de la infracción; la Corte Suprema distingue los efectos de estas dos figuras así:

La modificación del riesgo por agravación, obviamente cuando resulte aplicable a determinado tipo aseguraticio, da lugar a que el asegurador, oportunamente enterado de ello, tenga el derecho a revocar el contrato o a exigir el reajuste de la prima (inciso 3º, art. 1060 C. de Co.); por el contrario, si la garantía no se cumple de manera precisa y rigurosa, el seguro puede ser anulado y, en determinados casos, terminado, conforme lo impera la ley mercantil, que es la encargada de disciplinar estas dos hipótesis, de suyo divergentes.<sup>28</sup>

### **5.1.2.3. No asegurar el deducible.**

---

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (28 de febrero de 2007). Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 6800131030012000013301.

<sup>28</sup> *Ibíd.*

El deducible consiste en la estimación del valor que deberá asumir el asegurado de su propio patrimonio, en caso de acaecer el siniestro, su objetivo es inducir al contratante a mantener un mínimo de cuidado y evitar conductas que, puedan alterar la normalidad del entorno sujeto de cobertura. Teniendo en cuenta lo anterior, la mayoría de contratos de seguro incluyen cláusulas que prohíben la contratación de seguros adicionales para proteger el deducible que derive de un contrato anteriormente celebrado. El artículo 1103 del Código de Comercio establece que, de desconocerse esta restricción legal, produce la terminación del contrato originalmente celebrado.

#### **5.1.2.4. Obligación de pagar la prima.**

Es una obligación contractual en cabeza del tomador, de conformidad con el artículo 1066 del Código de Comercio, el cual establece que las partes deben cancelar el importe de la prima, dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza, o de los certificados o anexos que se deriven en su fundamento.

El artículo 1068 del Código de Comercio, norma imperativa, expresamente señala que la mora en el pago de la prima producirá la terminación automática del contrato y enviste al asegurador para exigir, incluso coercitivamente el pago de la prima devengadas y los gastos en que éste hubiere incurrido.

Lo anterior no obsta para que las partes acuerden el pago fraccionado de la misma, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, tal como lo consagra el artículo 1069 del mismo compendio normativo.

La terminación automática por mora tiene como excepciones, el caso del seguro de vida, cuando se hubiere cubierto dos años de vigencia y en el seguro de cumplimiento exigido en la contratación administrativa.

### **5.1.3. Ocurrido el siniestro.**

#### **5.1.3.1. Dar aviso de la ocurrencia del siniestro y evitar su propagación.**

La ley comercial instituye un plazo de tres días, contados a partir de la fecha en la cual el asegurado o beneficiario conozcan o hubieren debido conocer el acaecimiento del siniestro, para efectos de que noticien al asegurador de tal circunstancia.

De materializarse el siniestro, el asegurado debe evitar, de conformidad con el artículo 1074 del Código de Comercio, en la medida de sus posibilidades fácticas, su propagación y de paso salvaguardar los objetos que se encuentren asegurados. Lo anterior tiene su sustento en la naturaleza indemnizatoria del contrato de seguro, como quiera que el espíritu de la ley se finca en que no surjan intereses indebidos o aprovechamiento, agravando la naturaleza del siniestro, en el marco de conductas dolosas e intencionales, para obtener un pago superior al realmente acaecido.

#### **5.1.3.2. Informar sobre la coexistencia de seguros.**

La coexistencia de seguros surge en el evento de que, sobre un mismo interés asegurable y riesgo, se relacionen diversidad de aseguradores, y un asegurado en común, tal

como lo consagra el artículo 1094 del Código de Comercio. Esta norma debe ser analizada, mancomunadamente con el artículo 1093 que expresamente señala el deber de declarar la configuración de este fenómeno, en cualquier momento de ejecución del contrato, por escrito dentro de los diez días siguientes, contados a desde la celebración del nuevo acuerdo, so pena de terminación del contrato, salvo que el valor conjunto de los seguros no exceda el valor real del interés asegurado.

## **5.2. Obligaciones del asegurador.**

### **5.2.1. Pago de la indemnización.**

Siendo que la finalidad del aseguramiento es el pago de una indemnización en caso de ocurrencia del siniestro, el legislador estipuló un plazo perentorio de un mes, contado a partir de la acreditación, incluso extrajudicial, de su derecho a recibir la misma, de conformidad con lo consagrado en el artículo 1077 del Código de Comercio. Este artículo hace una remisión expresa al 1080 de la misma codificación, en el cual se consagra que la carga de la prueba de la ocurrencia del siniestro y la acreditación del valor de la pérdida, radica en el asegurado y en sentido contrario los hechos excluyentes de responsabilidad deberán ser demostrados por el asegurador.

Teniendo en cuenta la obligatoriedad del término para materializar el pago de la indemnización, se reconoce el pago de intereses moratorios, de conformidad con la tasa estipulada como bancaria corriente, aumentada hasta la mitad.

El inciso final del artículo 1077 del Código de Comercio contempla la posibilidad de que el asegurado o el beneficiario en vez de solicitar el cobro de los intereses moratorios antedichos, opte por demandar el pago judicial de la indemnización de los perjuicios suscitados con ocasión a la mora.

### **5.2.2. Devolución de la prima no devengada.**

En diversos artículos se menciona la obligación de devolver la prima no devengada en caso de terminación o revocación del contrato de seguro. Traemos a colación entonces el artículo 1060 del Código de Comercio, que expresamente señala que la omisión de notificar el estado del riesgo habilita la terminación del contrato, por parte del asegurador y la consiguiente devolución de la prorrata de la prima que no se hubiere devengado, salvo la comprobación de mala fe por parte del asegurado.

Similar situación acontece con el caso del siniestro parcial, en el cual se tendrá por devengada la prima correspondiente al valor de la indemnización, sin tener en cuenta al tiempo transcurrido del seguro. Tal es la consideración del legislador en el artículo 1070 del Código de Comercio, no obstante, en caso de siniestro total existe claridad con relación a que la prima se entiende totalmente devengada por el asegurador.

### **5.2.3. Entregar la póliza y entregar los documentos en que conste la inspección del riesgo.**

Recordemos que, de conformidad con el artículo 1046 del Código de Comercio este contrato sólo puede ser probado por escrito, o por confesión. Esta misma norma estipula que el asegurador está obligado a entregar, en original e idioma castellano, la póliza correspondiente, dentro de los quince días siguientes a la fecha de celebración del contrato de seguro. Ordoñez (2008c, p.117) considera que, la consagración de esta obligación se contrapone al principio de consensualidad en el perfeccionamiento del contrato de seguro, pues en su criterio, de no acaecer la entrega de la póliza dentro de los 15 días instituidos en la Ley, sólo puede exigirse coercitivamente la entrega si se demuestra la existencia del contrato con prueba escrita o confesión.

En complemento de lo anterior, el artículo 1048 del Código de Comercio reseña que la solicitud de seguro suscrita por el tomador, los documentos constitutivos de la inspección del estado del riesgo y los anexos que se profieran para adicionar o modificar la póliza, deben ser entregados por el asegurador cuando sean requeridos por el tomador y/o asegurado.

## CONCLUSIONES

El contrato de seguro tuvo su génesis en la necesidad de trasladar los riesgos a los cuales podía exponerse una persona, siendo la economía misma el motor de la reglamentación de dicha actividad.

Esta figura jurídica no tiene definición legal. La doctrina y la jurisprudencia han propuesto diversas nociones del mismo, coincidiendo en estas, el cubrimiento de un riesgo por parte de un asegurador a través del pago de una prima, para efectos de garantizar el pago de una indemnización en caso de ocurrencia del siniestro.

Entre sus características erigidas por la ley, encontramos la consensualidad, onerosidad, bilateralidad y aleatoriedad, siendo esta última la más criticada por la doctrina como consecuencia del avance en la estadística y la actuaria, siendo que en la práctica, los aseguradores tienen una previsión más o menos exacta de la ocurrencia del siniestro, lo que desdibujaría la contingencia del mismo.

Igualmente los tratadistas, han integrado a las anteriores características, las de ser un contrato de adhesión, personal, indemnizatorio y de ubérrima buena fe, por lo que se ha aclarado que existe consenso en la necesidad de desterrar las viejas prácticas de incorporar cláusulas abusivas, en especial por implementación del estatuto del consumidor. Además, se ha discutido su naturaleza indemnizatoria, por la distinción entre seguro de personas y daños, concluyéndose que en ambas estirpes se paga una suma de dinero al asegurado/beneficiario ante la ocurrencia del siniestro. Finalmente, la buena fe, además de ser principio del orden

constitucional, ostenta mayor preponderancia en este contrato, teniendo en cuenta que entre las obligaciones torales del mismo está la declaración y mantenimiento del estado del riesgo.

Los elementos esenciales del contrato de seguro lo son el riesgo, el interés asegurable, la obligación condicional, la prima y la indemnización, siendo que todos deben concurrir para perfeccionar este negocio jurídico.

El riesgo se constituye como el hecho incierto e involuntario cuya ocurrencia generaría un grave perjuicio al asegurado, por lo cual se constituye como el soporte neurálgico de este contrato.

Por su parte, el interés asegurable es la relación económica que se encuentra amenazada por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos, tomados en sentido general o particular.

En tal sentido, reconocida la existencia de un riesgo e interés asegurable se fija una prima, la que permite acceder a esta cobertura y de paso, mantener la sostenibilidad técnica económica del asegurador.

En consecuencia, con la ocurrencia del siniestro, surge la obligación de pagar la indemnización al asegurado y/o beneficiario, obligación de suyo condicional hasta el acaecimiento de tal circunstancia.

Surgen entonces como obligaciones y cargas del contrato de seguro tradicional, por parte del asegurador, la expedición de la póliza y sus anexos y pagar la indemnización, devolver la suma no devengada y con relación al tomador y/o asegurado, en la fase

precontractual, la declaración del estado del riesgo, durante la vigencia, el pago de la prima, el mantenimiento del estado del riesgo, no asegurar el deducible y cumplir las garantías, informar la existencia de cosegueros; acaecido el siniestro, evitar su propagación, y el pago de la indemnización.

## Lista de referencias.

### Doctrinales

- Arrubla J. (1995). *Contratos mercantiles* (7ª.ed., t. I). Medellín: Biblioteca Jurídica.
- Baeza S. (1981). *El Seguro*. Santiago De Chile: Editorial Universitaria.
- Barbato N. y Meilij G. (1975). *Tratado de derechos de seguros. Contrato de seguro-seguros de daños*. Rosario: Zeus Editora.
- Barrera C. (1991). *Los seguros y el derecho civil. Facultad de ciencias jurídicas y socioeconómicas. Colección profesores 2*. Bogotá: Universidad javeriana.
- Bohórquez, A. (2013). *De Los Negocios Jurídicos En El Derecho Privado Colombiano. Generalidades Contractuales* (2a.ed., Vol. 2), Bogotá, Colombia: Editorial Doctrina y Ley LTDA.
- Bustamante Ferrer J. y Uribe Osorio A. (1996). *Principios Jurídicos del Seguro*. (3ª.ed.). Bogotá. Editorial Temis.
- Cabanzo A. (1987). *El Seguro De Cumplimiento*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Camacho J. (1994). *El Seguro de Caución, Estudio Crítico*. Madrid: MAPFRE, S. A.
- Colin A. y Capitant H. (1955). *Curso Elemental De Derecho Civil*. (3ª.ed.). Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Deik Acosta-Madiedo, C. (2009). Garantía de seriedad de la oferta: Contrato privado con elementos "extraños" a dicho régimen. *Revista de Derecho Privado* , 15. Bogota: Universidad de los Andes.

Díaz-Granados Ortiz J. (1995). *Los Seguros en el Nuevo Régimen de Contratación Administrativa*. Bogotá: Colombo Editores.

\_\_\_\_\_. (2012). *El seguro de Responsabilidad*. (2ª.ed.). Bogotá: Universidad del Rosario.

Encuentro Nacional Fasecolda. (1984). *El Seguro de Cumplimiento*. Pereira.

Flórez S. (1982). *Estudios De Derecho Comercial. El Contrato De Seguro*. Bogotá: Editorial Derecho Y Ley.

Galindo H. (2011) *El seguro de fianza, garantía de cumplimiento*. (2ª.ed.). Colombia: Legis S.A.

Garrigues J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil. Contrato de Seguro*. (7a.ed., t. IV). Bogotá: Editorial Temis.

Giraldo A., Caicedo C. y Madriñán R. (2012). *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*. Bogotá: Editorial Legis.

Gómez, C. (2010). *Teoría del contrato*. Medellín: Universidad de Medellín.

Guechá C. (2010). *Contratos Administrativos Control de Legalidad en el Procedimiento Administrativo de Contratación*. (2ª.ed.). Bogotá: Editorial Ibáñez- Universidad Santo Tomás

Isaza Pose (2007). Seguro de Cumplimiento entre particulares. Cláusula de Proporcionalidad. En: *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*. Número. 15. p.183-202

Jaramillo, C. (1986). *Estructura de la forma del contrato de seguro*. Bogotá: Editorial

TEMIS S.A

- \_\_\_\_\_. (2010). *Derecho de Seguros*. (t. II). Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana – Temis.
- \_\_\_\_\_. (2010). *Derecho de Seguros*. (t. IV). Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana – Temis.
- \_\_\_\_\_. (2011b). Perfeccionamiento y prueba del Contrato de Seguro. *Revista Ibero-Latinoamericana De Seguros*, 20 (34), p.01-61.
- Jaramillo P. (2007). *Seguros temas esenciales*. (3a.ed.), Bogotá, Colombia: ECOE Ediciones.
- Laguado, C. (2003). Condiciones Generales, Cláusulas abusivas, y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Revista Vniversitas*, (105), p.231-251.
- López, B. (2010). *Comentarios al contrato de seguros*. (5a.ed) Bogotá, Colombia: Duprée Editores.
- Lozada E. (1992). *La Fianza Como Garantía Civil*. (1ª.ed.). Bogotá: Ediciones Gustavo Ibáñez Ltda.
- Mendoza Vargas J. Y García Echeverri C. (2009). *El seguro de cumplimiento y la contratación pública*. Bogotá: Leyer.
- Narváez Bonet J. (2011). *El Seguro De Cumplimiento de contratos y obligaciones*. Bogotá: Ibáñez.
- \_\_\_\_\_. (2011). Análisis crítico del principio indemnizatorio en los seguros de daños. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*. Volumen 20, p.130-174.
- Ordóñez A. (1998). *El contrato de seguro. Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- \_\_\_\_\_. (2008a). *Lecciones de derecho de seguros N°1: Cuestiones generales y caracteres del contrato*. Bogotá- Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- \_\_\_\_\_. (2008b). *Lecciones de derecho de seguros N°2: Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*. Bogotá- Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- \_\_\_\_\_. (2011). *El seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia*. Bogotá- Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ossa J. (1991). *Teoría General del Seguro-El contrato*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Palacios, F. (2007) *Seguros Temas Esenciales*. Bogotá, Colombia: ECOE.
- Peña, L. (2010). *Contratos Mercantiles, Nacionales e Internacionales*. (3ª.ed) Bogotá- Colombia: Temis S.A.
- Solano J. (2010). *Contratación Administrativa*. (4ª.ed.). Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Rakof, T. (2006). Contratos de adhesión: Una reconstrucción teórica. *Revista De Derecho Privado*, 18 (37), p.01-92.
- Stiglitz R. (2010). *Temas de Derecho de Seguros*. Pontificia Universidad Javeriana, *Colección Internacional N°23*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez.
- Venegas A. (2004). *Constitución Política de 1991 y Derecho de Seguros*. Bogotá: Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Veiga Abel (2010). *Caracteres y elementos del contrato de seguro, Póliza y clausulado*. Medellín: Diké.

\_\_\_\_\_. (2012). *Los principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Zornosa H. (2009). *Comentarios a la garantía única de cumplimiento y al régimen de los intermediarios de seguros en las nuevas normas sobre contratación estatal. Contratación Estatal: Estudios sobre la reforma del estatuto contractual Ley 1150 de 2007*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Zuleta B. (1981). *El contrato de seguro en el nuevo código de comercio*. Bogotá: Editorial Temis.

Zuleta F. (1994). *Mecánica procesal del contrato de seguro*. Bogotá: Editorial Dintel Ltda.

### **Jurisprudenciales**

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-189 de 12 de mayo de 1993), Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-542 de 24 de noviembre de 1993), Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-231 de 13 de mayo de 1994), Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-057 de 20 de febrero de 1995), Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-154 de 18 de abril de 1996). Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C- 232 de 15 de mayo de 1997), Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-802 de 16 de junio de 1998), Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-452 de 10 de junio de 1999), Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-269 de 28 de abril de 1999), Magistrado Ponente: María Victoria Sáchica de Moncaleano.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-118 de 10 de febrero de 2000), Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-384 de 5 de abril de 2000), Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mejía.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-250 de 25 de marzo de 2003), Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-735 de 26 de agosto de 2003), Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C- 940 de 15 de octubre de 2003), Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-152 de 27 de febrero de 2006), Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-271 de 4 de abril de 2006), Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-354 de 20 de mayo de 2009), Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-479 de 17 de julio de 2009), Magistrado Ponente: María Victoria Calle.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C-490 de 23 de julio de 2009), Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C- 158 de 5 marzo de 2010), Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C- 432 de 2 julio de 2010), Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

*Corte Constitucional*, (Sentencia C- 959 de 26 de noviembre de 2010), Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-325 de 4 de mayo de 2011), Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-751 de 6 de octubre de 2011), Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-751 de 23 de mayo de 2012), Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-328A de 12 de marzo de 2012), Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-136 de 13 de marzo de 2013), Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-268 de 8 de mayo de 2013), Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-309A de 23 de mayo de 2013), Magistrado Ponente: Gabriel Mendoza Martelo.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-557 de 22 de agosto de 2013), Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-662 de 23 de septiembre de 2013), Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-902 de 3 de diciembre de 2013), Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

*Corte Constitucional*, (Sentencia T-222 de 4 de febrero de 2014), Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

### **Consejo de Estado.**

*Consejo de Estado Sección Tercera*, (Sentencia de 24 de agosto de 2000). Consejero Ponente: Jesús María Carillo Ballesteros. Expediente 11318.

*Consejo de Estado Sección Tercera*, (Sentencia de 20 de noviembre de 2003). Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01898-01(19929).

*Consejo de Estado Sección Tercera*, (Sentencia de 29 noviembre de 2006). Consejero Ponente: Fredy Ibarra Martínez. Expediente 24414

*Consejo de Estado, Sección Tercera*, (sentencia de 30 de enero de 2008). Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001-23-31-000-2005-00512-01(32867).

*Consejo de Estado. Sección Tercera*. (Sentencia del 22 de abril de 2009). Consejera Ponente. Myriam Guerrero de Escobar. Radicación 190012331000199409004-01.

*Consejo de Estado, Sección Tercera*, (sentencia de 22 de octubre de 2012). Consejera Ponente: Olga Mélida Valle De la Hoz

*Consejo de Estado, Sección Tercera* (Sentencia de 3 de mayo de 2013) Consejero Ponente: Estella Conto Díaz del Castillo. Radicación: 05001-23-26-000-1991-06941-01 20280.

*Consejo de Estado, Sección Tercera* (Sentencia de 27 de junio de 2013) Radicación: 47001-23-31-000-1993-03570-0117431. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

*Consejo de Estado, Sección Primera* (Sentencia de 27 de junio de 2013) Radicación: 25000-23-24-000-2009-00245-01. Consejero Ponente: María Elizabeth García González.

*Consejo de Estado, Sección Tercera* (Sentencia de 10 de julio de 2013) Radicación: 25000-23-26-000-2002-01362-01 Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

*Consejo de Estado, Sección Tercera* (Sentencia de 24 de julio de 2013) Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. ) Radicación: 25000-23-26-000-2001-00051-01.

*Consejo de Estado, Sección Tercera* (Sentencia de 29 de enero de 2014) Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 25000-23-26-000-1999-02766-01 26869.

*Consejo de Estado, Sección Tercera* (Sentencia de 27 de marzo de 2014) Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Radicación: 25000-23-26-000-2001-02301-01.

### **Corte Suprema de Justicia.**

*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil* (Sentencia de 15 de septiembre de 1983).

*Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil.* (Sentencia de 07 de Julio de 2005). Magistrado Ponente: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Bogotá, D.C: Ref.: Expediente C-0500131860041998-00174-01.

*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil* (Sentencia de 28 de febrero de 2007). Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 6800131030012000013301.

*Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil Magistrado.* (Sentencia de 06 de julio de 2007). Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Sentencia 1999-00359.

*Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Civil.* (Sentencia de 19 de Diciembre de 2008) Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Bogotá, D.C: REF.: 11001-3103-012-2000-00075-01

*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,* (Sentencia de 18 de diciembre de 2009), Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena, Radicado: 68001310300120010038901.

*Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil,* (Sentencia de 9 de enero de 2010), Magistrado Ponente: M.P. Edgardo Villamil Portilla. Radicación 05001310300120030040001,

*Corte Suprema de Justicia, Sala De Casación Civil,* (Sentencia de 30 de agosto de 2010), Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda.11001310304120010102301

*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,* (Sentencia de 8 de septiembre de 2010) Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Radicado: 11001310304320040052401.

*Corte Suprema de Justicia, Sala Civil,* (Sentencia de 18 de septiembre de 2013), Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez). Radicado 11001310302319930912001,

*Corte Suprema de Justicia Sala Civil,* (Sentencia de 20 de septiembre de 2013), Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz.Radicación:11001310302720070049301.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, (Sentencia de 17 de diciembre de 2013), Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz. Radicación: 11001310300220050053001.

*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, (Sentencia de 5 de mayo de 2014),  
Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación:  
11001310301420030052701.

*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil*, (Sentencia de 22 de julio de 2014),  
Magistrado Ponente Álvaro Fernando García Restrepo. Radicación:  
11001310300820010087701.