

EL CONTRATO DE SEGURO Y SU RESPONSABILIDAD CIVIL

**SERGIO ALZAMORA ZÚÑIGA
NEYLA SABBAG DIAZ**

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA
DEPARTAMENTO DE POSTGRADO DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL**

**BARRANQUILLA
2006**

EL CONTRATO DE SEGURO Y SU RESPONSABILIDAD CIVIL

**SERGIO ALZAMORA ZÚÑIGA
NEYLA SABBAG DIAZ**

DR. JAIRO CONTRERAS CAPELLA
Asesor

**CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA
DEPARTAMENTO DE POSTGRADO DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL**

**BARRANQUILLA
2006**

Nota de Aceptación.

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, Abril de 2006

CONTENIDO

	Pág.
EL CONTRATO DE SEGURO Y SU RESPONSABILIDAD CIVIL	
INTRODUCCIÓN	12
0. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
0.1. HIPÓTESIS	16
0.2. JUSTIFICACIÓN	17
0.2.1. Justificación Teórica	17
0.2.2. Justificación práctica	18
0.3. OBJETIVOS	19
0.3.1. Objetivo General	19
0.3.2. Objetivos Especificos	20
0.4. RESULTADOS ESPERADOS	20
0.5. MARCO REFERENCIAL	21
0.5.1. Estado del Arte	21
0.5.2. Marco Teórico	22
0.5.3. Marco Jurídico	26
0.5.4. Otros Marcos	27
0.6. ESTRATEGIA METODOLOGICA	28
0.6.1. Forma de Investigación	28

0.6.2.	Tipo de Investigación	28
0.6.3.	Método de Investigación	29
0.6.4.	Fuentes Técnica e Instrumentos de Recolección de Información	29
	CAPITULO UNO EL CONTRATO DE SEGURO	30
1.1.	DEFINICIÓN	30
1.2.	PERSONA QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGURO	31
1.2.1	El asegurador	31
1.2.2	El Tomador	32
1.2.3	El Asegurado	33
1.2.4	El Beneficiario	35
1.2.5	Intermediario De Seguros	36
1.2.6	Ajustadores De Seguros	37
1.3.	ATRIBUTOS DEL CONTRATO DE SEGURO	40
1.3.1	La Consensualidad	40
1.3.2	La Bilateralidad	44
1.3.3	La honerosidad	44
1.3.4	El Alea	45
1.3.5	De Ejecución Sucesiva	46
1.3.6	Otros Atributos	47
1.3.6.1	Contrato Da Adhesión	47
1.3.6.2	Principal	47

1.3.6.3	De Buena Fe	48
1.3.6.4	Acto de Comercio	48
1.4.	ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO	48
1.4.1	Interés asegurable	49
1.4.2	El Riesgo Asegurable	51
1.4.3	La prima	53
1.4.4	La Obligación Condicional Del Asegurador	53
1.5	RAMOS DE SEGUROS	54
1.5.1	Seguros de Daños	54
1.5.1.1	Seguros Reales	55
1.5.1.2	Seguros Patrimoniales	55
1.5.2	Seguros de Personas	55
1.6.	LA INDEMNIZACIÓN	56
1.6.1	Valor Asegurado	57
1.6.2	Valor Asegurable	57
1.6.3	El Seguro De Valor A Nuevo	58
1.6.4	El Infraseguro	58
1.6.5	Supraseguro	59
1.6.6	Deducible y Franquicia	59
1.6.6.1	Deducible	59
1.6.6.2	Franquicia	60

1.7.	COEXISTENCIA DE SEGUROS	60
1.7.1	Coaseguro	60
1.8.	ANTECEDENTES DEL CONTRATO	61
1.8.1	La Oferta	61
1.8.2	La Solicitud de Seguro	62
1.8.3	El Informe de Inspección en los Seguros de Daños	62
1.8.4	La Declaración de Asegurabilidad en los Seguros de Personas	63
1.9.	CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA POLIZA	63
1.9.1	Clasificación de las Pólizas	64
1.9.1.1	Póliza Especifica	64
1.9.1.2	Póliza Colectiva	65
1.9.1.3	Póliza de Grupo	65
1.9.1.4	Póliza Flotante	65
1.9.1.5	Póliza Automática	66
1.9.1.6	Póliza de Seguros Múltiple	66
1.10.	ASPECTOS PROCESALES DEL CONTRATO DE SEGURO	67
1.10.1	La Prueba del Contrato de Seguro	67
1.10.2	La Reclamación	68
1.10.3	La Objeción	69
1.10.4	Los Procesos	70

1.10.4.1	La Acción Ejecutiva	71
1.10.4.2	La Acción Ordinaria	71
1.10.5	La Prescripción	72
1.10.6	El Llamamiento en Garantía	74
1.10.7	Subrogación	75
	CAPITULO DOS LA RESPONSABILIDAD CIVIL	78
2.1.	CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	78
2.1.1.	Definición	78
2.2.	EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	80
2.3.	LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES	83
2.4.	FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	83
2.4.1	Fundamento Material de la Responsabilidad Civil	83
2.4.2	Fundamento Jurídico de la Responsabilidad Civil	84
2.5.	RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL	84
2.6.	RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	86
2.6.1	Elementos de la Responsabilidad Civil Contractual	86
2.6.1.1	Teoría del Riesgo	87
2.6.1.2	La Conducta	88
2.6.1.3	La Culpa	88
2.6.1.4	Grados de Culpa	89

2.6.2	El Daño	89
2.6.2.1	Clases de Daño	90
2.6.2.2	Daño Material	90
2.6.2.3	Daño Moral	91
2.6.2.4	Daño Emergente	91
2.6.2.5	Lucro Cesante	92
2.6.2.6	Daño Actual	92
2.6.2.7	Daño Futuro	92
2.6.2.8	Daño Directo y Daño Indirecto	92
2.6.2.9	Daño Fisiológico	92
2.6.2.10	Daño Contractual	94
2.6.2.11	Daño Extracontractual	94
2.6.2.12	Requisitos del Daño	94
2.6.2.13	Propiedad del Daño	94
2.6.2.14	Certeza del Daño	95
2.6.2.15	Subsistencia del Daño	95
2.6.2.16	Valorable	95
2.6.3	El Nexó Causal	96
2.6.3.1	Prueba del Nexó Causal	97
2.7.	REQUISITOS PARA QUE HAYA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	97
2.7.1	El Contrato Debe Ser Valido	97

2.7.2	Que Haya un Daño Derivado de la Inejecución del Contrato	99
2.7.3	Que el Daño Haya Sido Causado por El Deudor al Acreedor	100
2.8.	RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL	101
2.8.1	Responsabilidad Civil Extracontractual por el Hecho Propio o Directa	102
2.8.2	Responsabilidad por el Hecho Ajeno o Indirecta	104
2.8.3	Responsabilidad Civil por El Hecho de las Cosas	105
2.8.4	Responsabilidad por Actividades Peligrosas o Responsabilidad Objetiva	107
2.9.	MEDIOS DE DEFENSA DEL CAUSANTE DEL DAÑO	109
2.9.1	Causa Extraña	109
2.9.1.2	El Hecho de la Víctima	111
2.9.1.3	Caso Fortuito o Fuerza Mayor	112
2.9.1.4	El Hecho de un Tercero	112
2.9.2	Ausencia de Responsabilidad	113
2.9.3	La Solidaridad en la Responsabilidad Civil	114
	CAPITULO TRES SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	116
3.1.	REGULACIÓN LEGAL	116
3.1.2.	Definición	117
3.2.	EVOLUCION	117
3.3.	ASPECTOS CONCEPTUALES	118

3.3.1.	El Seguro de Responsabilidad Civil como Seguro de Daños	120
3.3.2.	El Seguro de Responsabilidad Civil como Seguro de Pasivo o de Deudas	120
3.3.3.	El Seguro de Responsabilidad Civil como Seguro de Defensa Jurídica	121
3.4.	LA ACCIÓN DIRECTA	122
3.5.	PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	125
3.6.	ATRIBUTOS DEL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	126
3.7.	ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	126
3.8	LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	127
3.8.1.	Teoría del Hecho Dañoso o de la Ocurrencia	127
3.8.2	Teoría del Daño	128
3.8.3	Teoría de la Cuantificación o Liquidación del Daño	128
3.8.4	Teoría del Reclamo	129
3.8.5	Teoría Del Pago	130
3.8.6	Teoría De La Sentencia Ejecutoriada	130
3.8.7	Teoría del Hecho Complejo	131
3.9.	CLAUSULAS CLAIMS MADE	133
3.9.1	Surgimiento de las Cláusulas Claims Made	133

3.9.2	Análisis de las Cláusulas Claims Made	135
3.9.3	Validez de las cláusulas Claims Made	139
3.9.4	Modalidades de las cláusulas Claims Made	140
3.10.	SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	141
3.10.1	Seguros de Cumplimientos	141
3.10.2	Seguros de Manejo	143
3.10.3	Seguros de Responsabilidad Civil Profesional	143
3.10.3.1	Seguros de Responsabilidad Civil Médica	144
3.11.	SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE PRODUCTOS	148
150	SEGUROS OBLIGATORIOS	127
	CONCLUSIONES	157
	RECOMENDACIONES	160
	BIBLIOGRAFÍA	161

INTRODUCCIÓN

La presente monografía es sobre un tema bastante complejo, apasionante y además relevante desde el punto de vista académico, como es el CONTRATO DE SEGURO Y SU RESPONSABILIDAD CIVIL y para ello, fue necesario pasear por todo el Contrato de Seguro, partiendo de su historia misma, pasando por la Teoría de Responsabilidad Civil hasta llegar a los Seguros de Responsabilidad Civil.

Los primeros vestigios de lo que hoy es el Contrato de Seguro se encuentran en el Código de HAMMURABI, al contemplarse que en caso de actos de pillaje por parte de los salteadores de caminos, esas pérdidas serían sufragadas por el tesoro público. Al avanzar la actividad naviera y a la par de ésta, la comercial, las personas que de alguna manera intervenían en ellas, muchas veces tenían grandes pérdidas por la acción de la naturaleza o por la acción de los piratas, y es así como surge lo que más se parece a un contrato de seguro, cuando esas personas deciden entre ellos mismos asegurarse, primero lo hicieron con las vidas de los hombres de mar, y al ver los buenos resultados, esa práctica se extendió a las naves y a las mercancías, pero fue necesario que transcurriera mucho tiempo y con él, alcanzar la experiencia necesaria para llegar a lo que se conoce como la actividad o industria aseguradora.

Esta actividad a la par de otras como la bancaria, por ejemplo, ha coadyuvado al desarrollo de la sociedad, por lo que siempre ha servido de respaldo a todas aquellas operaciones económicas en las que, por su quehacer, está presente un riesgo. Ese riesgo es asumido por el asegurador quien de manera científica lo administra, permitiéndole al empresario desempeñarse más productivamente en la generación de bienes y servicios y a su vez, por aquello de la teoría de los grandes números, el asegurador también recibe beneficios económicos.

La industria aseguradora, no sólo asume riesgos mediante el pago de un precio o prima, sino que a ese dinero que se capta por tal concepto, se le da un manejo financiero, realizando inversiones en otros sectores productivos, promoviendo así el crecimiento económico; en algunos países, especialmente en los industrializados, la industria aseguradora incide notoriamente en el P.I.B. hasta en un 8%, en Colombia la incidencia es de un 2.3% lo que significa que se puede crecer mucho en ese sector.

Dada la importancia que desempeña el sector asegurador en la vida de la sociedad, se creyó relevante adelantar la presente monografía en donde se abordará en el Capítulo Uno el Contrato de Seguro, pero por ser uno de los más regulados por el Código de Comercio, se tratarán los tópicos de mayor

injerencia jurídica, como son los elementos del contrato, las personas que intervienen en la actividad, los ramos de seguros, la indemnización y por último los aspectos procesales del tal contrato.

Como el objetivo de este trabajo es el Seguro de Responsabilidad Civil, se creyó necesario hacer una disertación sencilla y clara de la teoría de la responsabilidad civil, tocando temas como la responsabilidad civil como fuente de obligaciones, fundamento de la responsabilidad civil, responsabilidad civil contractual, responsabilidad civil extracontractual y elementos de la responsabilidad civil, una vez visto los capítulos anteriores, se entra al estudio de los seguros de responsabilidad civil, que es el tema principal de esta investigación y se tratarán tópicos como las generalidades del contrato, el siniestro en los seguros de responsabilidad civil, las cláusulas Claims Made, seguros de responsabilidad civil contractual y seguros responsabilidad civil extracontractual y finalmente se harán las conclusiones pertinentes.

0. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Tratándose un tema tan complejo y difícil como es el CONTRATO DE SEGUROS Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL se sabe de antemano que se encontrarán una serie de interrogantes, ¡pero también es sabido que en el presente trabajo de investigación no se le pueden dar respuestas a todos ellos, sino a aquellos que revisten mayor importancia.

En los seguros de daños y en los de personas, determinar el siniestro y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar es un ejercicio sencillo, lo mismo que precisar su cuantía y al establecer lo anterior también resulta fácil todo el proceso de la reclamación por parte del beneficiario y la respectiva indemnización a cargo de la aseguradora; pero ¿ Qué sucede cuando no es posible determinar la ocurrencia del siniestro temporalmente?, situación de frecuente ocurrencia en los seguros de Responsabilidad Civil y sobre todo en los que amparan la Responsabilidad Médica, las de Responsabilidad Hospitalaria y la de Responsabilidad por Medicamentos, y de contera surge otro interrogante ¿ Cómo interrogante el legislador Colombiano?, b) ¿ Cómo soluciona el asegurador el problema de c) temporalidad de la ocurrencia del siniestro? d) ¿Tiene el asegurado- beneficiario solución ante esos problemas?.

A los anteriores interrogantes no le ha dado el doctrinante nacional el tratamiento debido, no así ha sucedido en otros países como España, Chile y Argentina en los cuales, si ha sido abordado el tema con la suficiente profundidad, con posiciones encontradas dependiente a quien se quiera defender.

0.1. HIPÓTESIS

En los seguros de responsabilidad civil, a diferencia de los de daños y de personas, la determinación del siniestro, sus circunstancias de tiempo, modo y lugar y su cuantía es un trabajo sumamente difícil para el asegurado o beneficiario, al punto de tornarse un problema a la hora de las reclamaciones; pero, ¿Qué pasa cuando no es posible determinar la ocurrencia del siniestro temporalmente? ¿Cómo se aplica el fenómeno de la prescripción cuando se presenta esta situación? Todo parece indicar, que la solución de temporalidad del siniestro en estos tipos de seguros se ubica en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, y es desde este momento, en el cual comienza a correr la prescripción para la víctima, y es la reclamación judicial o extrajudicial el momento a partir del cual corre la prescripción para el asegurado.

0.2. JUSTIFICACIÓN

La siguiente Investigación Bibliográfica se realiza teniendo en cuenta que cada día crece la demanda de Seguros de Responsabilidad Civil, debido a que por el avance de la ciencia y de la tecnología, trae consigo el aumento de las actividades peligrosas, la que de igual manera aumento el Índice de demandas por Responsabilidad Civil.

Ante el aumento de litigios por daños causados entre otros, por el desarrollo de actividades peligrosas, no sólo los empresarios sino los profesionales y demás personas que de alguna manera estén sujetos por su actividad o profesión a acarrear daños a terceros, se ven en la necesidad de contratar Seguros de Responsabilidad Civil.

Debido al auge que ha tornado la contratación de Seguros de Responsabilidad Civil, se hace necesario que los empleados de compañías aseguradoras que les corresponda entrar a decidir, liquidar, autorizar o negar las indemnizaciones por Responsabilidad Civil, deben tener conocimientos necesarios para tal fin.

0.2.1. Justificación Teórica. Actualmente la información sobre seguros de Responsabilidad Civil, se encuentra dispersa ya sea en tratados de Derecho, de seguros, en revistas especializadas o en memorias de congresos de Derecho, lo

que hace que la persona interesada en obtenerla deba buscar con cierta dificultad para hallar lo que necesita.

Frente a los seguros de Responsabilidad Civil se suele presentar el problema de la delimitación temporal para hacer el reclamo, teniendo en cuenta que no se ha definido bien, a partir de que momento se considera que sucedió el siniestro, al respecto los doctrinantes tienen diferentes posiciones; con el fin de solucionar de manera favorable a las aseguradoras, éstas están haciendo uso de las Cláusulas Claims Made las cuales han provocado reacciones en todo sentido por parte de la doctrina nacional y extranjera; en la siguiente investigación trataremos de manera extensa este tópico, para lo que recurriremos a los doctrinantes nacionales¹ y extranjeros, y a la Jurisprudencia extranjera ya que en el ámbito nacional no existe jurisprudencia al respecto.

0.2.2. Justificación Práctica. Ante el hecho de que en algún momento, cualquier persona se puede ver abocada a asumir un tipo de circunstancia relacionada con el contrato de seguro y de la responsabilidad civil, encaminamos nuestra investigación a lograr que se tenga una mejor comprensión de estos temas, es decir, que no solamente los profesionales del derecho tengan la capacidad de manejar en forma eficiente, sino que este proceda ser estudiado por todos aquellas personas que de alguna manera intervienen en esta área del derecho, llámese usuarios o prestadores del servicio del sector asegurador.

Es por ello, que estimamos conveniente ofrecer una monografía que de manera clara y sencilla analice el pensamiento de los doctrinantes nacionales y extranjeros sobre seguros de Responsabilidad Civil. Enfatizamos en este punto, debido a que esta investigación va dirigida no sólo a profesionales de Derecho, si no a todas aquellas personas que en la actividad que desarrollen en el sector asegurador deban decidir al respecto.

Los profesionales del Derecho que de alguna manera deben decidir sobre los litigios tratados por seguro de Responsabilidad Civil, ya sean abogados de compañías aseguradoras, litigantes o administradores de Justicia, necesitan tener la información necesaria al respecto para así llenar las expectativas de las personas que de ellos esperan una justa decisión.

0.3. OBJETIVOS

0.3.1. Objetivo General

Precisar la importancia del contrato de seguro en materia contractual, identificando sus alcances, implicaciones y sus consecuencias jurídicas que se derivan del mismo.

0.3.2. Objetivos Específicos

- Hacer un análisis de las principales figuras jurídicas y de los portes doctrinales en el ámbito nacional y extranjero referente a los eguros de RESPONSABILIDAD CIVIL.
- Precisar algunos problemas que surgen de la aplicación de las normas sobre Seguros de Responsabilidad Civil en la Legislación Nacional y Extranjera, en específico, tratar de determinar en el ámbito temporal el acaecimiento del siniestro en los Seguros de Responsabilidad Civil de acuerdo con las diferentes teorías existentes y precisar cual de ellas es la acogida por el legislador colombiano y el empleo de cláusulas especiales en los contratos de seguros por parte de las compañías aseguradoras (Cláusulas Claims Made).
- Estudiar el contrato de seguro y la responsabilidad civil que se deriva del mismo, frente al tomador, beneficiario y los afectados.

0.4. RESULTADOS ESPERADOS

Con este trabajo investigativo, hemos logrado adquirir un conocimiento mas amplio del contrato de seguro, lo que no solo beneficiará a los realizadores del mismo, sino en la medida en que sea tomado como fuente de estudio, aportará a

las personas que lo consulten una visión más detallada del tema, ya que como se ha hecho énfasis en el texto del trabajo, en estos momentos la información que se tiene está dispersa en tratados, revistas, jurisprudencias, etc., lo que obviamente se encuentra en una homogeneidad en esta investigación.

0.5. MARCO REFERENCIAL

0.5.1. Estado del Arte: En tratándose de doctrina en materia de Derecho de Seguro, es preciso manifestar que han sido pocos los tratadistas que se han dedicado a ello, o quizá no lo han hecho con la abundancia con que se han referido a otras ramas del derecho, sin embargo los que se han dedicado a esta disciplina, han sentado su doctrina de una manera diáfana, ilustrativa y con sapiencia, cabe resaltar al maestro, doctor EFREN OSSA GÓMEZ (q.e.p.d.), quien entre otras nos legó su obra "TEORÍA GENERAL DEL SEGURO", también es preciso mencionar al doctor HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO y su obra " EL CONTRATO DE SEGURO", al doctor JAIME BUSTAMANTE FERRER y su obra " ASPECTOS JURÍDICOS DEL CONTRATO DE SEGURO" al doctor CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, entre otras su obra " ESTRUCTURA DE LA FORMA EN EL CONTRATO DE SEGURO". Con lo anterior, queremos resaltar que en esta materia, es decir, en Derecho de Seguros; en nuestro país a pesar de no ser muchos los doctrinantes, si se ha escrito lo suficiente para ilustrarnos al respecto; aunque a nuestro juicio, existen tópicos no tratados suficientemente,

como es el tema que nos ocupa en la presente Investigación Bibliográfica, El Contrato de Seguros y su Responsabilidad Civil; para resumir queremos decir que La Teoría del Seguro en Colombia si ha sido en términos generales bien abordado y se ha estado al compás de la evolución que en ese tema se ha dado en el mundo.

0.5.2. Marco Teórico: La Responsabilidad Civil, siendo éste el tema más fecundo en el Derecho ya que sus aplicaciones son más numerosas y más variadas, los hermanos MAZEUD a principios del siglo pasado dijeron al respecto: " En una sociedad de civilización avanzada, se entrecruzan y se encadenan tantos intereses, se establecen tantas relaciones, se forman entre los hombres tantos vínculos nuevos, que el derecho de cada uno, en contacto incesante con las empresas de los demás, sufre frecuentes atentados". La actividad misma de esas relaciones contribuye a hacerlas más peligrosas, al mismo tiempo que los intereses lastimados son más susceptibles e irritables. Esa actividad se ha centuplicado y con ello los peligros que hace correr, el día en que el maquinismo ha acudido a secundar los esfuerzos del hombre. El desarrollo de la gran industria, y más generalmente las aplicaciones de los prodigiosos descubrimientos modernos, le han dado así al problema de la Responsabilidad Civil una importancia de primera categoría; es el precio del progreso, es el tributo diario de los accidentes. Accidentes acaecidos a los obreros que trabajan

en las fabricas, accidentes de que son víctimas los que utilizan los medios modernos de transporte: ferrocarriles, automóviles, aviones, o los que tienen el infortunio de encontrarse a su paso. Esa multiplicación de los accidentes, debida a las nuevas condiciones de la vida moderna a transformado el problema de la responsabilidad Civil al situar en su terreno una cantidad de procesos cada día más considerable; porque las víctimas, l-as que han sido atropelladas por un automóvil, las que han resultado heridas en un accidente ferroviario, las que han sido alcanzadas por una máquina cualquiera, no han querido soportar las consecuencias de la actividad moderna; han buscado "un responsable, reclamado a otro la reparación del perjuicio que se le ha ocasionado".

Por ser este un tema tan importante ha sido tratado por grandes maestros como RIPERT, CAPITÁNT, los hermanos HENRY y LEÓN MAZEUD, estos últimos doctrinantes franceses nos dejaron una gran obra de seis volúmenes "TRATADO TEÓRICO PRACTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL", no debemos olvidar a los doctrinantes actuales y entre ellos se destacan JAVIER TAMAYO JARAMILLO con su obra "TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL" , GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, con su obra "RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN COLOMBIA" y muchos juristas no menos importantes que han abordado el tema con mucha profundidad. Con lo anterior queda claro que la Teoría de La Responsabilidad Civil ha sido expuesta con suficiente

profundidad por diversos juristas, actuales como del pasado, tanto nacionales como extranjeros; sin embargo se consideró necesario tratarlo como ambientación antes de entrar al tema principal de este trabajo de investigación como es el de La Responsabilidad Civil y El Contrato de Seguro, tema este de bastante complejidad ya que es el resultante de dos temas bastantes difíciles cada uno de ellos por separado, como son EL CONTRATO DE SEGUROS y LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Cabe destacar que en este campo no existen tratados que hablen específicamente del asunto, sino que lo escrito se haya disperso en textos de Derecho de Seguros, revistas especializadas, memorias de congresos, etc, lo que hizo necesario acudir a muchas fuentes, como, por ejemplo, a la legislación al respecto contenida en el Código de Comercio para tratar la regulación legal; tópicos como El Concepto y Evolución hizo necesario estudiarlo en memorias de congresos de años anteriores; en lo que se refiere a apartes como: Personas que intervienen en el Contrato de Seguros de Responsabilidad Civil, Elementos del mismo; por ser un tipo de seguros especial hubo que recurrir a los tratados de Derecho de Seguro y a la analogía. Manejar el concepto de siniestro en los seguros de daños y de personas, es un asunto relativamente sencillo, dado fácil de determinar la circunstancias de tiempo, modo y lugar e incluso llegar a cuantificarlo para efectos de indemnizar al beneficiario; Pero en tratándose de Seguros de Responsabilidad Civil, el asunto se vuelve complejo ya que no es fácil determinar con la misma certeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar; al respecto la doctrina tanto nacional como extranjera ha elaborado varias teorías

como son: La Teoría del Reclamo de la Víctima, La Teoría de la Liquidación, la Teoría de la Liquidación del Daño, La Teoría del Pago, La Teoría del Daño, La teoría del Hecho Dañoso, la Teoría de la Sentencia Ejecutoriada y la Teoría de la Responsabilidad; estas teorías a la postre hacen difícil entrar a considerar la indemnización por una serie de factores que en su momento serán dilucidados. Esa dificultad ha hecho que tanto en Colombia como en el extranjero las Aseguradoras establezcan cláusulas especiales que faciliten la determinación del siniestro en el ámbito temporal, cláusulas éstas conocidas como "Claims made", tema éste que ha sido objeto de discusiones con posiciones encontradas, dependiendo desde que ángulo se le mire, por muchos juristas nacionales como los doctores ANDRÉS ORDOÑEZ, HILDA SORNOZA PRIETO entre otros, e internacionales como los ilustres profesores chilenos OSVALDO CONTRERAS STRUCH y RICARDO SATELLER ALONSO y el español EVELIO CONTRERAS TUELLS, para obtener esta información fue necesario consultar artículos y ensayos publicados en revistas especializadas en seguros y en memorias de congresos.

De otra parte, así como el seguro de daños tiene diversas modalidades, los seguros de Responsabilidad Civil también las tienen y como tal las aseguradoras ofrecen seguros de Responsabilidad Civil Extracontractual, que es el mas común por lo que se puede extender a casi todas las actividades del hombre, tanto comerciales, industriales, profesionales y aún al hogar; de igual manera se ofrecen

pólizas de Responsabilidad Civil Contractual para el ejercicio de muchas actividades o profesiones, siendo seguida por la Responsabilidad Civil Hospitalaria; así mismo existen pólizas que ofrecen cobertura para productos terminados, destacándose entre estas la de medicamentos.

Dentro de los seguros de Responsabilidad Civil cabe destacar la importancia que tiene el SOAT, dada la incidencia de accidentes automovilísticos que de hecho causa un gran número de víctimas que de no ser por el antes mencionado seguro les tocaría sufragar los gastos médicos y hospitalarios que por tal concepto se ocasionara. La información sobre las modalidades de seguros de Responsabilidad Civil se recopiló del clausulado de los contratos que para tal fin diseñan las compañías aseguradoras.

0.5.3. Marco Jurídico: La bibliografía en materia de seguro, no solamente es de tipo nacional, sino que también es internacional, por ello, esas son las bases del presente trabajo las cuales se desarrollan dentro del mismo.

Es así como vemos que en nuestro Código de Comercio específicamente en el Título V, se encuentra los principios y normas que regulan el contrato de seguro; las disposiciones del contrato de seguro como parte que son del Código de Comercio constituyen, por excelencia normas de

derecho privado, que permiten mientras no se vulneren el orden público y las buenas costumbres, pactar en sentido diverso.

Finalmente, la Ley 389 de julio de 1997, introduce modificaciones al contrato de seguro para indicar, entre otros aspectos que pasa de solemne a consensual.

0.5.4. Otros Marcos: El presente trabajo de investigación se enfoca en el marco histórico, ya que desde el siglo XIV, época en que los navegantes Ingleses comenzaron a asegurar entre ellos mismos, primero las mercancías, luego las naves y posteriormente sus propias vidas por lo que les pudiera pasar en los largos viajes por los mares; hasta hoy, es mucho lo que se a escrito al respecto y es así como en casi todos por no decir en todos los países civilizados poseen dentro de su derecho positivo vigente, normas de derecho Público y de derecho Privado que regulan tal actividad; en nuestro país Colombia la evolución del derecho de seguro encuentra sus primeras regulaciones en la legislación española, la cual se conservó hasta varias décadas después de la independencia. Fue el Código Comercial del Estado de Panamá, el estatuto destinado a la regulación del contrato de seguro adoptado como único para la Republica de Colombia y que rigió hasta 1972, cuando entró en vigor el decreto 410 de 1972, actual Código de Comercio, que regula todo lo concerniente a la materia. En cuanto a normas de Derecho Público se expidió el Decreto 663 de Abril de 1993,

“por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración" y en los artículos 185 al 324 del mismo se regula la actividad aseguradora; y, en cuanto a sus normas de Derecho Privado, el Código de Comercio vigente le dedica todo el Título V al Contrato de Seguro, estableciendo claramente quienes son las personas que intervienen en el contrato, es decir, el Asegurador, el Tomador, el Asegurado, el Beneficiario; de la misma manera establecen los elementos del Contrato, sus atributos, las obligaciones de las personas que intervienen en el contrato, los diferentes ramos de seguros, y en fin, contiene este estatuto una serie de normas sustantivas que regulan la contratación en materia de seguros.

0.6. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

0.6.1. Forma de Investigación: Es una investigación Jurídica, ya que se consultaran libros jurídicos, revistas, jurisprudencias y en general todas las normas jurídicas que se refieran al tema del seguro.

0.6.2. Tipo de Investigación: Utilizaremos el tipo de investigación descriptiva, ya que buscaremos identificar la importancia del contrato de seguro y su responsabilidad civil.

0.6.3. Método de investigación: El método a utilizar será la investigación teórica, basado en el análisis y síntesis de los textos utilizados, claro esta aplicando la lógica jurídica.

0.6.4. Fuentes, Técnicas e Instrumentos de Recolección de Información

- **Fuentes :** Primarias, secundarias, como la ley, los textos escritos por algunos autores, jurisprudencias y otros.
- **Técnicas:** Analizaremos el contenido de textos

CAPITULO UNO EL CONTRATO DE SEGURO

Es el Contrato de Seguro el más regulado dentro del Título IV del Código de Comercio, lo cual no permite que en un espacio corto como el de esta investigación, se realice un análisis detallado de cada una de las normas, sino que se hace por tópicos, siendo de esta forma más versátil el abordaje y permite mayor brevedad.

Es así como se estudiarán temas que son de muy frecuente aplicación en la práctica y otros que por su dificultad de interpretación han generado toda una polémica, por demás enriquecedora.

1.1. DEFINICIÓN

La Ley no define el Contrato de Seguro, pero el artículo 1036 del Código de Comercio señala sus atributos de la siguiente manera: *"El Seguro es un Contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva"*.

Sin embargo, el maestro JOSEPH HEMARD, ha dado la definición que ha tenido más acogida por los doctrinantes en el concierto mundial, cual es "El Contrato de Seguro es una operación por la cual una parte, el asegurado,

se hace prometer mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización, de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística”.¹

1.2. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGURO

1.2.1. El Asegurador

La actividad aseguradora en Colombia se encuentra regida tanto por normas de Derecho Público como por normas de Derecho Privado, y en ambos ordenamientos Jurídicos está establecido claramente que la actividad de ASEGURADOR debe ser ejercida por una persona jurídica, ya sea una sociedad anónima o una persona jurídica del sector solidario.

Refiriéndose a normas de Derecho Público que establecen lo anterior, se puede mencionar la Ley 45 de 1990 y el Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En tratándose de normas de Derechos Privados, el artículo 1037 del Código de Comercio en su Numeral 1 establece “El Asegurador, o sea la

¹ **HERMAN, Joseph.** Citado por **OSSA GOMEZ, Efrén.** Teoría General del Seguro. El Contrato Editorial Temis. Bogotá. 1991, Pág. 15.

persona Jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para con ello con arreglo a las leyes y reglamentos”.

1.2.2. El Tomador

El numeral 2 del artículo 1037 del Código de Comercio establece "El Tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos". La Ley no le exige cualificación especial; lo que significa que puede ser cualquier sujeto de derecho e incluso, puede ser un patrimonio autónomo, por ejemplo, la masa de bienes del ausente, un patrimonio sometido a fiducia o la masa de bienes de una sucesión.

Como la Ley establece que el Tomador es la persona que, "obrando por cuenta propia", y esto es en la praxis es lo más usual, este (el tomador) coincide con ser a la vez el asegurado y en muchas oportunidades, por no decir, las más de las veces, también es el beneficiario, esto último en tratándose de seguros de daños.

El tomador puede actuar por cuenta de un Tercero, por ejemplo, en los seguros de vida, en este caso el "Tomador" suele ser el titular del interés asegurable, esto en los seguros de vida de deudores o que el asegurado sea alimentante del Tomador; siendo entonces, el Tomador es una persona diferente del asegurado.

Otra figura jurídica es la del Tomador Provisional. En este caso, el Tomador puede estipular el seguro en nombre de un Tercero sin poder para representarlo, (Art. 1038 C. Co.), quedando el contrato de seguro sujeto a la posterior ratificación por parte del asegurado, esta ratificación puede ser antes o después de sucedido el siniestro, pero en todo caso mientras no se dé la ratificación, el Tomador Provisional sigue siendo la contraparte en el contrato de seguro y como tal le compete cumplir con las obligaciones propias del tomador, siendo una de ellas, la del pago de la prima. Una vez ratificado el contrato de seguro por el Tercero, este pasa a ser el Tomador y por lo tanto asume las obligaciones propias de la contraparte, es decir, del Tomador.

Cabe anotar que de las personas que intervienen en el contrato de seguro, el asegurador y el tomador son las denominadas partes del contrato.

1.2.3. El Asegurado

El asegurado está mencionado en la Ley como interviniente en el contrato de seguro, pero no es considerado como parte, pero al abordarlo es necesario distinguir si se refiere a los seguros de Daños o los seguros de personas. En los Seguros de Daños, el asegurado es la persona Titular del interés asegurable, o sea, aquella cuyo patrimonio pueda resultar afectado,

directa o indirectamente, por la realización de riesgos (Art. 1038 del Código de Comercio), es el sujeto pasivo del daño, es el tercero a quien corresponde la prestación asegurada en el seguro por cuenta de un tercero (Art. 1039 del Código de Comercio).

También puede darse el caso del asegurado sobreviviente, es decir, cuando el titular del interés asegurable puede perder la calidad de tal durante la vigencia del contrato de seguro, no obstante ser la póliza usualmente nominativa (Art. 1051 del Código de Comercio), el titular del interés asegurado puede enajenar su derecho y con el consentimiento expreso del asegurador haga cesión también del Contrato de Seguro.

Se dijo que generalmente la póliza es nominativa, pero puede ser a la orden, aunque esto no es usual, en este caso, una vez enajenada la cosa asegurada, sobre la cual se halla radicada el interés objeto del contrato, el seguro puede cederse por simple endoso al adquirente de aquella, (Art. 1051 del Código de Comercio).

El Certificado de Seguro de transporte excepcionalmente puede ser al portador, y en tal caso, con la enajenación de la mercancía asegurada y al entregarle al adquirente el Certificado del Seguro, adquiere el nuevo poseedor o propietario la calidad de asegurado (Art. 1124 del Código de

Comercio), lo anterior es con el fin de facilitar la circulación de las mercancías objeto del contrato de Transporte.

En los Seguros de Personas, por regla general, el asegurado es la persona misma sobre cuya vida, sobre cuya integridad personal o sobre su capacidad o salud se celebra el contrato de seguro. En la mayoría de los casos, el asegurado es a la vez el mismo Tomador (Art. 1050 del Código de Comercio).

1.2.4. El Beneficiario

El beneficiario es la persona natural o jurídica a quien de acuerdo a lo pactado en el contrato o por Ley debe pagársele la indemnización. En los seguros de daños, generalmente, el beneficiario suele ser a la vez el mismo tomador y asegurado.

En los Seguros de Personas, en tratándose de Seguros de Vida, por razones de sentido común, no puede el beneficiario a la vez ser el mismo asegurado, lo que si puede ser posible en los seguros de accidentes personales y de salud.

Antes se dejó dicho que el beneficiario nace del contrato o de la Ley, a continuación, se analiza detalladamente. El beneficiario contractual tiene su origen en la estipulación hecha en el contrato, es decir, el tomador, de

manera expresa determina al beneficiario, y esto es exigencia de la Póliza, tal como lo regula el artículo. 1047 del Código de Comercio en el No. 3.

1.2.5. Intermediarios de Seguros

En la intermediación de seguros intervienen diferentes modalidades de intermediarios, a saber: agentes dependientes, agentes independientes, agencias de seguros y corredores de seguros Su regulación se encuentra en normas de Derecho Publico, de Derecho Privado y de Derecho Laboral, y así como éste ultimo estatuto en su TITULO III, capitulo II dice:

(Art. 94) "Son los agentes colocadores de pólizas de seguros y títulos de capitalización las personas naturales que promuevan la celebración de contratos de seguros y capitalización y la renovación de los mismos en relación con una o varias compañías de seguros o sociedades de capitalización "

(Art. 95) "Los agentes colocadores de pólizas de seguros y título de capitalización podrán tener el carácter de dependientes o independientes."

(Art. 96) "Son agentes dependientes las persona que han celebrado contrato de trabajo para desarrollar esta labor, con una compañía de seguros o una sociedad de capitalización."

Las agencias de seguros, por lo general, son sociedades de Responsabilidad Limitada, cuyo objeto social único es la de promover la colocación de contratos de seguros, títulos de capitalización y obtener la renovación de los mismos para una o varias compañías, al respecto los numerales 2 y 3 del Art. 41 del Decreto 663 y el Art. 42 ibídem reglamentan la actividad de las agencias de seguros.

El Art. 1347 de Código de Comercio dice: " Son corredores de seguros las personas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, (Sociedad Anónima) cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador".

1.2.6. Ajustadores de Seguros

Los Ajustadores de Seguros son las personas que, por mandato, se encargan de la cuantificación de las pérdidas producidas por el siniestro y a las que también se les encomienda emitir conceptos en cuanto a las posibles causas del hecho generador de las pérdidas.

Hasta ahora, todas las personas que intervienen en el contrato de seguros se encuentran mencionadas por la ley, no es así con el Ajustador de Seguros, no obstante, dada la importancia dentro de la actividad

aseguradora por la relevancia de su gestión al momento de llegar a cuantificar la pérdida producida por un siniestro y sus posibles causas.

La misma dinámica que le ha impregnado movimiento y evolución a la actividad aseguradora, ha hecho que los ajustadores de seguros sean cada día más idóneos, más profesionales estando acorde con la tecnología y ciencia actual.

La ley no dice nada de los ajustadores de seguros, pero sí del mandato, y la gestión realizada por los ajustadores de seguros no es más que un mandato donde el mandante bien puede ser el asegurador o el mismo asegurado, quien en últimas es quien debe demostrar la existencia del siniestro y su cuantía, y el ajustador es el mandatario, aunque algunos doctrinantes opinan de otra manera, al respecto el ilustre tratadista **HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO** dice "El ajustador, que designa la empresa aseguradora y ella misma retribuye, actúa normalmente en estrecha colaboración con el asegurado o beneficiario, aunque se cuida muy bien de no comprometer a la aseguradora pues siempre pone de presente que su trabajo constituye apenas una guía, una ayuda para que la aseguradora pueda tomar una decisión final frente a una reclamación, pero trata de lograr una posición definitiva por parte del asegurado o beneficiario buscando que si este acepta el monto de la pérdida firme una

solicitud de indemnización que en la práctica lo obliga a él pero deja al arbitrio de la aseguradora aceptarla o no (se denomina convenio de ajuste).

Todos estos aspectos han llevado a afirmar apresuradamente que el ajustador es un mandatario de la compañía, en verdad, no creemos que lo sea pues su conducta es más la de un experto que la de un mandatario, sin que desvirtúe la esencia de su misión el hecho de que, en ocasiones, solicite la firma del denominado convenio de ajuste, que no es otra cosa que una anticipada aceptación de su peritaje por parte del asegurado o beneficiario, si a bien lo tiene, pues es obvio que este tampoco está obligado a aceptar lo expuesto y concluido por el ajustador, es más, si lo estima pertinente puede no aceptar la intervención del mismo y representar directamente la reclamación sin su concurso. Sin embargo, no puede confundirse esta actividad con la del mandato si se toma en cuenta que los ajustadores siempre clarifican que no representan a la aseguradora y que sus informes no la obliga; que constituyen solo un auxiliar para las partes a fin de establecer con adecuado personal técnico el monto del siniestro y las circunstancias en que ocurrió, para que el asegurador, formándose así mejor juicio, pueda tomar la decisión de pagar la reclamación”².

² **LOPEZ BLANCO, Hernan F.** El Contrato de Seguros. Tercera Edición. Editorial Dufré. Bogotá. 1999, pág.98.

1.3. ATRIBUTOS DEL CONTRATO DE SEGURO

1.3.1. La Consensualidad

Antes de entrar en vigencia la Ley 389 /1997, enero 24 de 1998, el Art. 1036 del Código de Comercio decía:

"El seguro es un Contrato Solemne, Bilateral, Oneroso, Aleatorio y de ejecución sucesiva.

El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la Póliza"

A partir de la fecha precitada, la norma antes mencionada dice: "El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva."

Se notan dos hechos, que de solemne pasó a consensual y que desapareció el 2º- inciso, esto por motivos que entraremos a analizar más adelante.

"si ha habido acuerdo en cuanto a sus elementos esenciales (el interés, el riesgo y la prima), no se ve por qué ese acuerdo no pueda tener vida jurídica. Así se consulta movilidad que requieren todas las operaciones comerciales. Así se da carta de ciudadanía legal a la practica de todas las compañías de seguros. Así se esta más a tono con las modernas

legislaciones. Así se tutela mejor a los propios aseguradores cuando actúan ya no como sujetos activos, sino como sujetos pasivos del contrato de seguros. Es decir, en el contrato de reaseguro".

"Si los elementos esenciales del contrato de seguro (el asegurador, el asegurado, el beneficiario, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional de asegurador), así como la identificación precisa del interés o de la cosa o de la persona con respecto a las cuales se ha contratado el seguro, la vigencia del contrato con indicación de fechas y horas de iniciación y vencimientos o el modo de determinar una y otra, la naturaleza de los riesgos tomados por el asegurador, deben ser demostrados por medio de pruebas escritas emanadas de la parte obligada o de confesión judicial, en realidad se le está dando al contrato un carácter semiconsensual, o mejor, semisolemne y se está poniendo a las compañías aseguradoras en la obligación de tener que expedir prácticamente dos pólizas: la formal y la que pudiéramos llamar informal, consistente en la carta de que habla el artículo 876 del proyecto.

Mucho más práctico nos parece el sistema del actual Código que hace al contrato solemne y determina que el ajuste verbal del seguro constituye una promesa de contrató.

En fin, se dieron diferentes argumentos defendiendo la solemnidad, que, en últimas, el motivo principal debió ser la tendencia de no atreverse a dar un paso adelante sí donde estamos nos encontramos bien y como vimos, desde el siglo XIX la consensualidad imperaba como carácter del citado contrato.

Sólo 26 años después fue cuando vino a imponerse la consensualidad y ello debido a muchas circunstancias, como son la agilidad necesaria en los negocios mercantiles, más acorde con la autonomía de la voluntad y con el principio de la buena fe, principio éste presente en todos los contratos, pero que en el de Seguros reviste mayor importancia. Otro motivo que se tuvo presente fue el poner fin a la situación que se presentaba cuando una vez cumplidas todas las etapas precontractuales por las partes, como la de diligenciar en debida forma la respectiva solicitud de Contrato de Seguros por parte del

Tomador, realizada la respectiva inspección por parte del asegurado y pagada la prima por el tomador, aquel no expedía con prontitud la póliza o lo hacía hasta dos meses después, pero con la fecha de la solicitud y no habiendo siniestro devengaba la respectiva prima sin haber estado asegurada la cosa objeto del Seguro. Pero si se presentaba en ese interregno el siniestro, y el asegurado beneficiario presentaba en debida

forma la reclamación, esta era objetada alegando la no existencia del contrato, por no haber póliza expedida ya que se trataba de un Contrato Solemne; había un desequilibrio en la ecuación asegurado.

1.3.2. La Bilateralidad

El contrato de seguro es sinalagmático o bilateral porque las partes se obligan recíprocamente y el Código Civil Colombiano así lo establece en su artículo 1496 cuando dice "Contrato Unilateral y bilateral. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral. cuando las partes contratantes adquieren obligaciones recíprocamente".

1.3.3. La Onerosidad

El artículo 1497 del Código Civil dice "y Oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio de otro" y

como en el contrato de seguro las partes se gravan una en favor de la otra así: El Tomador debe pagar la Prima, beneficiando de ésta manera al Asegurador, el cual en caso de ocurrir el siniestro se grava en favor del primero; pero en el caso de no acontecer tal hecho la sola asunción del riesgo por parte del asegurador es un beneficio en favor del Asegurado; por

lo tanto, se puede predicar con seguridad el carácter oneroso del Contrato de Seguro.

1.3.4. El Alea

Refiriéndonos nuevamente el Código Civil Colombiano, éste dice en su Art. 1498 "y sí el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio".

Como ya se vio, el artículo 1036 del Código de Comercio establece que el contrato de seguro en Colombia es aleatorio, sin embargo, en torno a este tópico se han dado discusiones en la doctrina tanto nacional como en la extranjera, alegando que con la ley de los grandes números, las aseguradoras siempre obtienen utilidades y por lo tanto deja de ser aleatorio; en cambio otros sostienen que una cosa es la actividad comercial de las aseguradoras (que por la teoría de los grandes números no pierden en el ejercicio) y otra cosa es la relación frente a cada negocio en particular, donde existe la incertidumbre del acaecimiento del siniestro; esta posición es la apoyada por la mayoría de los doctrinantes, destacándose la del ilustre profesor JUAN CARLOS MORANDI, quien al respecto dice, "que esta incertidumbre es la que le da carácter aleatorio a la relación de seguro, no siendo significativo para negarle tal carácter la función antialeatoria que ejerce la empresa aseguradora, al eliminar las

consecuencias económicamente desfavorables de los riesgos, mediante la reunión de aseguradores",concluye el mismo autor "una cosa es la seguridad de la industria aseguradora y otra muy distinta el alea del contrato individual"³

1.3.5. De Ejecución Sucesiva

Con el perfeccionamiento del Contrato Seguro se inicia la carga de las obligaciones para las partes, así el tomador además de pagar la prima en la fecha convenida, está también obligado a mantener el riesgo en las condiciones iniciales y en caso de cambiar tales condiciones debe informar al asegurador en los términos que le indica el artículo 1060 del Código de Comercio.

³ MORANDI, Juan Carlos. Estudios de Derecho de Seguros. Editorial Pannnedille. Buenos Aires, 1980. PÁG. 20.

1.3.6. Otros Atributos

El artículo 1036 del Código de Comercio sólo menciona los atributos tratados antes. Pero, el contrato de seguro posee otros atributos que veremos someramente, no por carecer de importancia sino por la brevedad necesaria para este tipo de investigaciones, estos atributos son:

1.3.6.1. Contrato de Adhesión

Cuando una aseguradora realiza los estudios técnicos para ofrecer un seguro, por ley es necesario que antes de ofrecerlo al público registre tanto el estudio actuarial como el clausulado del contrato ante la Superintendencia Bancaria; por lo tanto, cuando un posible tomador desea asegurarse con ese tipo de seguro antes mencionado, debe acogerse a las condiciones preestablecidas por la aseguradora, por lo tanto se puede predicar el carácter de Contrato de adhesión al contrato objeto de este estudio.

1.3.6.2. Principal

El Contrato de Seguro para su celebración no está sujeto a la preexistencia de otro contrato anterior, es decir tiene vida propia e independiente de cualquier otro contrato.

1.3.6.3. De Buena Fe

Todos los contratos están sometidos al principio de la buena fe, pero en el contrato de seguro es donde este principio debe ser más ostensible, algunos tratadistas dicen que debe ser de "uberrisima buena fe".

1.3.6.4. Acto de Comercio

El Contrato de Seguro es un contrato mercantil y por ello que se encuentra regulado por el Código de Comercio y no por el Código Civil.

1.4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO

El artículo 1045 del Código de Comercio dice: "Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- El interés asegurable;
- El riesgo asegurable;
- La prima o precio del seguro, y
- La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

A continuación, estudiaremos cada uno de estos elementos.

1.4.1. Interés Asegurable

Para estudiar el interés asegurable es preciso tener en cuenta si se trata de contratos de Seguros de Daños o de Seguros de Personas.

En tratándose de los primeros tenemos que una persona tiene interés asegurable en el objeto que asegura siempre que pueda sufrir una pérdida directa e inmediata por la destrucción o el deterioro del mismo; al respecto el artículo 1083 de Código de Comercio dice "Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo.

Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero"

En los Seguros de Daños el interés asegurable es considerado según se trate de Seguros Reales, en este caso, el objeto del interés asegurable es la cosa misma susceptible de pérdida por el siniestro, cualquiera sea la calidad en que se tenga el bien; ya que puede ser, el propietario, el usufructuario, el acreedor hipotecario, el acreedor prendario, el comunero, el vendedor con reserva de dominio, el arrendatario, el depositario o transportador.

Seguros Patrimoniales, el interés asegurable es el patrimonio de la persona que puede verse disminuido por el acaecimiento del siniestro. En este caso se entra a considerar las pérdidas causadas por el incumplimiento de contratos, responsabilidad civil extracontractual y lucro cesante.

Respecto de los seguros de persona, el artículo 1137 del Código de Comercio establece lo siguiente: "Toda persona tiene interés asegurable:

1. En su propia vida;
2. En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos y
3. En la de aquella cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta.

En los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere ni consentimiento escrito del asegurado, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario. Los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de su representante legal.

Al hacer un análisis de la precitada norma se puede concluir que toda persona tiene interés en la preservación de su propia vida y bien puede

suscribir el seguro a beneficio de otras personas en caso de muerte o en su propio beneficio, esto en los casos de desmembración, invalidez, enfermedad o accidentes.

El numeral segundo de la misma norma dice que se tiene interés asegurable la vida de quienes legalmente se pueda reclamar alimentos y para establecer quienes son esas personas es necesario acudir a lo regulado en el Art. 411 del Código Civil.

Continuando con el análisis del artículo 1137 del Código de Comercio, éste en su numeral tercero dice que igualmente se tiene interés asegurable en la vida de aquellas personas cuya muerte o incapacidad puedan causarle un perjuicio económico; de lo que se puede inferir que se tiene interés asegurable en el Deudor ya que éste al morir y no dejar bienes, puede causar menoscabo al patrimonio del acreedor; también se tiene interés asegurable sobre la vida del socio industrial en una sociedad de personas, ya que su fallecimiento origina un perjuicio patrimonial a la sociedad.

1.4.2. El Riesgo Asegurable

El artículo 1054 del Código de Comercio define de manera clara y precisa lo que es el riesgo asegurable por lo que se entra a hacer un análisis de la norma.

a). El Riesgo debe ser incierto; por lo tanto, debe tratarse de un hecho hacia el futuro, y también debe ser posible, los riesgos imposibles no se aseguran, tampoco los riesgos ciertos. No obstante, ser un hecho cierto la muerte, si se asegura, pero por ser incierto el momento en que sucederá

b) No debe depender del Tomador asegurado o del beneficiario De lo que se puede inferir que el hecho debe tratarse de causa extraña, pero esto último no es absoluto, ya que se puede asegurar, la culpa levísima y la leve, debido a que el Art. 1055 del Código de Comercio sólo prohíbe asegurar el dolo y la culpa grave. Pero en materia de Seguros de Responsabilidad Civil es asegurable la culpa grave, de esa manera lo establece el artículo 1127 en su inciso final.

Los riesgos se pueden ser clasificado como personales; aquellos que amenazan la integridad física de la persona o menoscaban su capacidad de trabajo, reales; aquellos que afectan las cosas corporales y por último, patrimoniales; aquellos que afectan el patrimonio, estos último será tratado con más detenimiento cuando sea abordado dentro del estudio de los Seguros de Responsabilidad Civil.

1.4.3. La Prima

La Prima en el contrato de seguro es el precio que el Tomador debe pagar al Asegurador, es decir, es el precio del seguro. Es por ello que se trata de un elemento esencial del contrato en estudio.

El Código de Comercio regula lo concerniente a la prima en los artículos 1066 (término para el pago). 1067 (lugar para efectuar el pago); 1068 (regulación de la mora), 1069 (prima fraccionada) y 1070 (prima devengada).

1.4.4. Obligación Condicional del Asegurador

Al perfeccionarse el contrato, el asegurador contrae la obligación, que lo grava durante toda vigencia pactada: brindarle protección al asegurado, es decir, garantizarle la compensación o reparación económica de los daños sufridos a consecuencia del evento denominado siniestro. Esta obligación es condicional porque su efectividad depende del acaecimiento de un suceso futuro e incierto, el riesgo (incendio, robo, muerte, accidente, etc.), mas no implica que el contrato de seguro también tenga la misma calidad.

Al concretarse la obligación condicional del asegurador por la ocurrencia del siniestro, éste deberá resarcir al asegurado o beneficiario los daños ocasionados por tal hecho. Este resarcimiento, que no es más que la indemnización, es decir, la colocación del asegurado en el estado anterior a

la ocurrencia del siniestro, puede cumplirse, en los seguros de bienes, de múltiples maneras según lo acordado por las partes; puede simplemente ajustarse en dinero el precio de las cosas perdidas o deterioradas, caso en el cual el asegurador cumple su obligación entregando el dinero al asegurado o beneficiario; pueden también reponerse los objetos perdidos o deteriorados, bien reparándolos, bien sustituyéndolos por otros de similares característica; puede, por último, el asegurador comprometerse a prestar un servicio especial al asegurado o beneficiario, tal como el de asistirlo y asesorarlo en el juicio de responsabilidad civil, que se le entable.

1.5. RAMOS DE SEGUROS

El artículo 1082 establece que los seguros podrán ser de daños y de personas. Los primeros se subdividen en Reales y Patrimoniales.

1.5.1. Seguros de Daños

El Código de Comercio en los artículos 1083 hasta el 1112 regula lo relacionado con los seguros de daños.

Los seguros de daños protegen contra los riesgos en el patrimonio de las personas y como lo establece el artículo 1082 se subdividen en seguros Reales y Patrimoniales.

1.5.1.1. Seguros Reales

O seguros de cosas concretas, son los que versan sobre cosas muebles e inmuebles, determinados o determinables, amenazados en su integridad física o en la integridad jurídica de los derechos radicados en ellos, ejemplos, seguros de incendio, de hurto o sustracción.

1.5.1.2. Seguros Patrimoniales

Estos protegen la integridad del patrimonio económico con el detrimento eventual que pueda afectarles. Ej. Seguro de Lucro Cesante, Seguros de Responsabilidad Civil, Seguros de Cumplimiento.

1.5.2. Seguros de Personas

Los seguros de personas garantizan el pago de una suma de dinero cuando se produce un hecho que afecta la existencia, la integridad física o la salud del asegurado, el prototipo de este seguro es el de vida; mediante el cual, al morir el asegurado, los beneficiarios reciben la suma pactada en el Contrato.

Los seguros que protegen la integridad física (entre estos está el de accidentes personales, que ampara en caso de muerte accidental), también protegen en caso de gastos médicos, hospitalización, incapacidad temporal, total y permanente.

Los seguros de salud cubren o protegen de los gastos producidos por una eventual enfermedad o accidente, con o sin hospitalización y con o sin cirugía.

1.6. LA INDEMNIZACIÓN

Los seguros de Daños tienen un carácter meramente indemnizatorio, es decir, no pueden ser fuente de enriquecimiento, como de manera imperativa lo señalan los artículos 1079, 1084, 1088 y 1089 del Código de Comercio.

El carácter de indemnizatorio lo expone el maestro EFREN OSSA GÓMEZ (q.e.p.d.). Cuando dice "Los seguros de daños se conciben con un solo objetivo la reparación del daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable como consecuencia del siniestro, restablecer su equilibrio económico roto por la realización del riesgo asegurable e indemnizarlo en el sentido amplio de este vocablo, mas no en su acepción estrictamente jurídica"⁴.

⁴ OSSA G, Efrén. Teoría General del Seguro. El contrato. Segunda Edición. Editorial TEMIS. BOGTÁ, 1998, pág.46.

Para tener una mejor comprensión del tema de la indemnización es necesario tratar sobre algunos tópicos del contrato de seguro, lo que se hará a continuación.

1.6.1. Valor Asegurado

El numeral siete (7) del artículo 1047, al establecer el contrato de la Póliza, preceptúa: "la suma asegurada o el modo de precisarla". Esta suma asegurada o valor asegurado corresponde a las partes, es decir, Tomador y Asegurador establecerla en el momento de celebrar el contrato de seguro.

1.6.2. Valor Asegurable

Se entiende por valor asegurable el que realmente tiene la cosa asegurada al momento de producirse el siniestro.

La suma asegurada, que ya se vio en el acápite anterior, debe tener una íntima relación con el valor asegurable, debe ser una relación de equivalencia, con el fin de que el seguro cumpla su función indemnizatoria; en otras palabras, lo ideal es que la suma asegurada o valor asegurado pactado, al momento del siniestro, deben ser igual al valor asegurable.

1.6.3. EL Seguro de Valor A Nuevo

El artículo 1090 del Código de Comercio, establece que las partes pueden acordar, al momento de celebrar el contrato que una vez sucedido el siniestro, el asegurador reemplace el bien objeto del contrato, por uno nuevo, de iguales característica haciendo caso omiso al demérito por uso. Dado este caso no se puede predicar que haya enriquecimiento por parte del asegurado o beneficiario.

1.6.4. El Infraseguro

El infraseguro supone un déficit de la suma asegurada frente al valor asegurado. Este infraseguro puede ser deliberadamente, cuando equivocadamente, el Tomador asegura el bien por una suma inferior a su valor real, buscando con ello, que la prima le cueste menos. En este caso se le liquida la indemnización proporcionalmente, es decir, que sí la suma asegurada es igual al 60% del valor asegurable, en esa misma proporción se le hará la indemnización, pero teniendo en cuenta el monto de la pérdida en caso de que sea parcial.

Cuando se trata de un infraseguro voluntario, como cuando es impuesto por el asegurado, esto es sólo se le asegura el 70% del bien y el Tomador asume el 30% restante, en caso de siniestro se le indemniza por el 100% del 70% asegurado. En casos como este se hablaría ya de un cooseguro.

1.6.5. El Supraseguro

El supraseguro o sobreseguro se da cuando la suma asegurada o valor asegurado es superior al valor asegurable o valor real del bien asegurable.

El artículo 1091, establece que dado el supraseguro, se produce la nulidad del contrato, con la retención de la prima a manera de pena, Es necesario distinguir entre supraseguro doloso y el supraseguro inocente. El primero proviene de la intención del asegurado de defraudar al Asegurador, rompiendo de esa manera el principio indemnizatorio del seguro. En este caso se aplica lo ordenado por la norma citada anteriormente. En tratándose del segundo, o sea, del supraseguro inocente, su fin no es la del defraudar al asegurador y se puede presentar por múltiples causas que son ajenas a la intención dolosa. En caso como este, se hace devolución proporcional de la prima.

1.6.6. Deducible y Franquicia

1.6.6.1. Deducible

Esta es una figura que no está contemplada por la ley, pero que existe por motivos meramente técnicos y que son de utilidad económica para el Asegurador. Este último, al momento de aceptar un riesgo, pacta con el tomador, que en caso de siniestro sólo pagará o indemnizará por el 70, 80

o 90%, según lo que acuerde. El 30,20 o 10% restante corre a cuenta del asegurado.

1.6.6.2. Franquicia

Tampoco está reglamentada por la ley: Consiste en que no se atienden reclamaciones iguales o inferiores a determinada suma, pero de ahí en adelante se atenderán en un 100% las presentadas, también obedece a principios técnicos y económicos, generalmente se estiman S.M.L.M.V.

1.7. COEXISTENCIA DE SEGUROS

El Código de Comercio, regula de manera clara lo atinente a la coexistencia de seguros en los artículos 1092, 1093 y 1094.

La ley no lo dice en el artículo 1094, pero se presume que la coexistencia de seguros debe darse de buena fe, de lo contrario se produce la nulidad.

1.7.1. Coaseguro

El artículo 1095 del Código de Comercio regula lo atinente al coaseguro, pero se puede precisar, que el coaseguro se presenta cuando el Tomador, celebra con varias compañías de seguro un contrato donde estos últimos asumen una proporción del riesgo, designado ellos a una compañía líder, que será la que administra el riesgo. Cada una de ella responde por la

proporción asignada, lo que quiere decir que la responsabilidad no es solidaria. También existe coaseguro, cuando el tomador celebra con una compañía aseguradora un contrato de seguro sobre determinado bien y con la autorización del tomador la aseguradora llama a otras compañías para compartir el riesgo de manera proporcional. El coaseguro es diferente del reaseguro, porque en el coaseguro las diferentes aseguradoras responden frente al asegurado, en cambio, el reasegurador no tiene ninguna relación con el asegurado, en la mayoría de las veces éste desconoce la existencia del contrato de reaseguro.

1.8. ANTECEDENTES DEL CONTRATO

Dada las características especiales del contrato de seguro, éste no nace a la vida jurídica abruptamente, es necesario que se agoten algunos trámites previos, como es el de la oferta, la solicitud de seguro, el informe de inspección en los seguros de daños y la declaración de asegurabilidad en los seguros de personas.

1.8.1 La Oferta

El contrato de seguro es un negocio jurídico, en el que es frecuente la figura jurídica de la oferta. Esta puede proceder de cualquier de las partes,

del asegurador o del tomador y está sometida a lo establecido en los Art. 845 y S.S del Código de Comercio.

1.8.2. La Solicitud de Seguro

Es un documento, suscrito por el Tomador, mediante el cual se hace la determinación o fija la manera de determinar el riesgo, se precisa la identificación del tomador, del asegurador y del beneficiario sí se trata de una persona diferente a los anteriores, también se describe la ubicación del riesgo, sus características, su estado y todas aquella información fundamental y necesaria para el perfeccionamiento del contrato. Generalmente, este documento está redactado por parte del asegurador y según lo establece el artículo 1048 del Código de Comercio forma parte de la póliza, pero en virtud de la consensualidad, no es requisito indispensable; o sea que se puede prescindir de dicha solicitud.

1.8.3. El Informe de Inspección en los Seguros de Daños

Una vez presentada la solicitud de seguro al asegurador, éste puede proceder a verificar lo dicho en ella; siendo más necesario en tratándose de solicitudes hechas con el fin amparar complejos industriales, donde para realizar la inspección se debe recurrir a profesionales en las diversas áreas, como Ingenieros, Economistas, Ecologistas, Contadores, etc. Esto con el fin de dar los amparos necesarios para cada caso en particular.

Este informe de inspección también forma parte de la póliza (Art. 1048 C.C.).

1.8.4. La Declaración de Asegurabilidad en los Seguros de Personas

En los seguros de persona, al momento de diligenciar la solicitud, se procede a diligenciar también la declaración de asegurabilidad, este es un documento que puede ir por separado o en la misma solicitud, y en él se indaga sobre el estado (pasado y presente) de salud del asegurado. En caso necesario, teniendo en cuenta el monto asegurado en los seguros de vida, o el estado de salud actual o pasado o la edad del asegurado, se requiere de examen médico y de exámenes de laboratorio Este documento también forma parte de la póliza (Art. 1048 de C. C.), tanto el informe de inspección, como la declaración de asegurabilidad, son necesarios para el asegurador decidir si asume el riesgo o no.

1.9. CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA PÓLIZA

La póliza es el documento o documentos en los cuales se expresan las condiciones generales y particulares del contrato de seguro.

Antes de entrar en vigencia la ley 389 de 1997, sólo al expedirse la póliza era cuando se consideraba perfeccionado el contrato, esto en virtud del carácter solemne que le daba la ley a tal contratación. Al entrar en vigencia la precitada ley y adquirir el carácter de consensual, la póliza tiene sólo fines probatorios.

En cuanto a los requisitos de la póliza, estos son establecidos de manera taxativa e imperativa por el artículo 1047 del Código de Comercio.

1.9.1. Clasificación de las Pólizas

Para un mejor manejo técnico y comercial y atendiendo a la diversidad de amparos a los diversos riesgos, existen diferentes clases de pólizas.

1.9.1.1. Póliza Especifica

Esta es la modalidad de pólizas más usual. En esta modalidad de póliza es fundamental la determinación o forma de determinar el bien o bienes asegurados y es sólo para ello que se otorga el amparo Ej. El seguro de vida individual, o el seguro de incendio para determinado establecimiento de comercio.

1.9.1.2. Póliza Colectiva

En esta modalidad de póliza se ampara una diversidad de bienes de un mismo Tomador que generalmente se hallan ubicados en lugares diferentes. Ej. Los que amparan a los diferentes almacenes de una cadena, los que amparan a una flota de camiones de una empresa de transporte.

1.9.1.3. Póliza de Grupo

Esta es una modalidad de póliza colectiva. Pero en esta se ampara generalmente mediante una sola póliza de seguro de vida, a un grupo de personas pertenecientes a un grupo definido; Ej. Los trabajadores de una empresa, los miembros de una asociación, etc.

1.9.1.4. Póliza Flotante

Esta modalidad de póliza es la indicada en los casos donde por el flujo constante de mercancías o de materias primas es difícil mantener una suma asegurada estable; y con el fin de evitar el infraseguro o supraseguro; es preciso recurrir a la modalidad de póliza flotante de abono o de declaraciones periódicas. Consiste en que se asegura hasta un máximo establecido por las partes de acuerdo con el flujo de bienes; pero se reporta a la aseguradora por semanas, meses o trimestres y de acuerdo con ello se le cobra la prima.

1.9.1.5. Póliza Automática

Esta modalidad de póliza es de uso corriente en los seguros de transporte y consiste en que se celebra el contrato de seguro de transporte y se fija un máximo por mes o por envío en los que automáticamente y sin previa autorización de la aseguradora todos los envíos que se realicen dentro de los parámetros acordados se encuentran amparados.

En esta modalidad, también se debe hacer informe periódico a la aseguradora que puede ser semanal, mensual o trimestral y de esa manera se establece la prima.

1.9.1.6. Póliza de Seguro Múltiple

Consiste en que mediante una sola póliza se asegura un mismo bien con diferentes amparos y por cada uno de ellos se cobra prima, el ejemplo clásico de esta modalidad es el seguro de autos ya que cubre: Daños, Hurto y Responsabilidad Civil Extracontractual y es posible cobrar por cada amparo separadamente.

1.10. ASPECTOS PROCESALES DEL CONTRATO DE SEGURO

1.10.1. La Prueba del Contrato de Seguro

Antes de entrar en vigencia la Ley 389 de 1997, probar el Contrato no ofrecía ninguna dificultad dada la característica de solemne y según esto, solo existía Contrato al expedirse la póliza por parte del asegurador; actualmente, al entrar en vigencia la precitada Ley y pasar a consensual el mencionado contrato, la expedición de la póliza no es requisito indispensable para la existencia de tal negocio jurídico, por lo tanto y en virtud de lo establecido el artículo 1046 que fue modificado por el artículo 3 de la Ley 389 de 1997, el Contrato de Seguro se probará por escrito y por confesión, más adelante, la misma norma establece que la póliza se expedirá con fines exclusivamente probatorios dentro de los 15 días siguiente a la celebración del negocio jurídico. Concluyendo, el contrato de seguro actualmente se probará por escrito, esto es todo documento o documentos que de alguna manera lleven a establecer la existencia del acto, incluyendo el documento electrónico, tal como lo establece el literal b del artículo 2 de la Ley 527 de 1.999, sirven como prueba, además de la confesión.

En cuanto a la prueba por escrito, tal como lo preceptúa 1046 que fue modificado por el artículo 3 de la Ley 389 de 1.997, ha generado un

enfrentamiento entre los doctrinantes que defienden el principio de la prueba por escrito y en tal caso sostienen, que todo escrito o escritos que lleve a establecer la existencia del contrato se debe tener como prueba y como contraparte en la discusión están los que argumenten que la prueba por escrito, en este caso, es todo escrito que reúna los elementos para la existencia del contrato, esto es, la plena identificación de las partes, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador.

1.10.2. La Reclamación

Una vez surtido el aviso de que habla el artículo 1075 del Código de Comercio, el asegurado o el beneficiario debe proceder a hacer la reclamación formal ante el asegurador, que debe hacerse de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1077 del Código de Comercio.

Con la reclamación nace a la vida jurídica la obligación del asegurador; de condicional pasa a ser una obligación actual.

Aunque la reclamación, en consonancia con la consensualidad, puede hacerse por cualquier medio, lo ideal y para efectos probatorios, debe ser por escrito.

Realizada formalmente la reclamación, el asegurador, a partir de ese día tiene un mes para pagarla u objetarla (Art. 1080 C. Co.).

1.10.3. La Objeción

Presentada la reclamación formal, el asegurador puede:

- a) pagarla dentro del mes siguiente a su presentación, para evitarse la sanción que establece el artículo 1080 del Código de Comercio; siempre que se dé todos los presupuestos necesarios para el pago.
- b) Objetarla parcialmente; esto se presenta cuando no están lo suficientemente claros los hechos; como la ocurrencia del siniestro, su cuantificación, si estaba amparado el riesgo objeto del siniestro, si hay legitimación en la persona que hace la reclamación, o por cualquier otra causa.
- c) La objeción total que debe basarse en hechos que configuren alguna causal de inexistencia del Seguro, nulidad del contrato, pérdida del derecho por el asegurado, inexistencia del siniestro, prescripción etc.

La ley no establece condiciones a la objeción, pero por razones de sentido común, deben tenerse en cuenta las siguientes:

1. Debe estar por escrito, este escrito debe ser entregado al asegurado-beneficiario personalmente o enviado por correo certificado a la dirección que aparezca registrada.
2. Debe ser oportuna, es decir dentro del mes siguiente a la presentación de la reclamación, vencido éste termino no tendrá validez.
3. Debe fundamentarse, el asegurador debe fundamentar la objeción en razones de hecho o de derecho.
4. Debe ser seria, esto significa que los fundamentos aducidos para objeción, deben ser graves, importante y de consideración
5. Debe ser de buena fe, condición esta indispensable en toda relación contractual y más aun en tratándose del Contrato de Seguro.
6. Quien haga la objeción debe tener la legitimación para hacerla; es decir, que debe ser efectuada por el Representante Legal de la aseguradora.

1.10.4. Los Procesos

Los procesos que se pueden tramitar como consecuencia de las controversias surgidas por el contrato de seguro son dos, la acción ejecutiva y la acción ordinaria.

1.10.4.1. La Acción Ejecutiva

En cuanto a la acción ejecutiva, el profesor HERNÁN F. LÓPEZ dice "La vía ejecutiva procederá siempre que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 488 del C. de P. C. , un documento, en este caso una póliza, reúna los requisitos exigidos por la mencionada disposición, es decir que a más de ser auténtico el documento (lo cual en materia de contrato de seguro es requisito que se cumple, pues el artículo 1052 del Código de Comercio, presume auténticas todas las firmas estampadas en un contrato de seguro o en sus anexo, cuestión que reitera el numeral 5 de! artículo 252 de Código de Procedimiento Civil.), contenga una obligación clara, expresa y exigible"⁵.

Además, el artículo 1053 del Código de Comercio establece el mérito ejecutivo de la Póliza de Seguro.

1.10.4.2. La Acción Ordinaria

El artículo 1053 del Código de Comercio indica en que casos la póliza presta mérito ejecutivo, cualquier otra controversia originada en el Contrato de Seguro debe decidirse por la vía ordinaria. Por ejemplo; al objetarse de manera injusta una reclamación, la acción indicada para obtener la indemnización por vía jurídica; es el proceso ordinario.

⁵ LOPEZ BLANCO, Hernan Fabio. Op. Cit.

1.10.5. La Prescripción

En tratándose del Contrato de Seguro, es este uno de los temas que ha suscitado mayor controversia por parte de los doctrinantes, debido a la manera como está redactado el artículo 1081 del Código de Comercio, norma esta que regula la prescripción de las acciones derivadas del Contrato de Seguro, pero la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de mayo 5 de 2000, en hora buena por vía Jurisprudencia aclaró las dudas al respecto al decir: "Es así, se reitera, cómo en punto tocante al inicio del referido recurso, se tiene establecido que la ordinaria correrá desde que se haya producido el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción (el siniestro, el impago de la prima, el incumplimiento de la garantía, la floración eficaz de la reticencia o de la inexactitud en la declaración del estado de riesgo, etc.) al paso que la extraordinaria, justamente por ser objetiva, correrá sin consideración alguna el precitado conocimiento. De allí expirado el lustro, indefectiblemente, irrumpirá los efectos extintivos o letales inherentes a la prescripción en comento⁶.

Quiere decir lo anterior, que al contrario de lo que acontece en un apreciable número de naciones, el legislador colombiano, ex profeso, le dio carta de ciudadanía a una prescripción (la extraordinaria) fundada en razonamientos absolutamente objetivos, haciendo, para el efecto, tabla

⁶ C.S.J. Sentencia de Mayo 5 de 2000. Sala de Casación Civil.

rasa de aquel acerado y potísimo axioma de raigambre romana, conforme al cual "contra quien no puede ejercitar una acción no corre la prescripción" (*contra nonvalentem agere, non praescribitur*), también conocido a través del enunciado jurídico; "la acción que no ha nacido, no puede prescribir" (*actionis nondum natae, non praescribitur*), postulado éste que tiene como plausible cometido el garantizar que el término respectivo se inicie a partir de que la acción, siendo cognoscible por parte del interesado, pudo ser ejercida, eliminando por tanto, de raíz, la posibilidad de que una acción prescriba sin que el interesado, incluso, se haya enterado de su previa existencia.

Más adelante en la misma sentencia la Corte estableció "En consecuencia, la prescripción ordinaria y la extraordinaria corren por igual contra todos los interesados. La ordinaria cuando ellos son personas capaces, a partir del momento en que han tenido conocimiento del siniestro o han podido conocerlo, y su término es de dos años; no corre contra el interesado cuando éste es persona incapaz, según los artículos 2530 y 2541 del C.C., ni tampoco contra el que no ha conocido ni podido conocer el siniestro.

Pero contra estas personas si corre la prescripción extraordinaria, a partir del momento en que nace el derecho, o sea desde la fecha del siniestro.

Por tanto, las correspondientes acciones prescriben en contra del respectivo interesado así:

- a). Cuando se consuma el término de dos años de la prescripción ordinaria, a partir del conocimiento real o presunto del siniestro; y
- b). En todo caso, cuando transcurren cinco años a partir del siniestro, a menos que se haya consumado antes la prescripción ordinaria; la extraordinaria - se repite- corre aún contra personas incapaces o aquellas que no tuvieron ni pudieron tener conocimiento del hecho que da origen a la acción.

1.10.6. El Llamamiento En Garantía

Este fenómeno procesal se presenta, o debe presentarse, cuando un asegurado de responsabilidad civil es demandado por el tercero perjudicado por su actividad.

Tal como lo establece el Código de Comercio (Art., 1131) el siniestro ocurrirá en el momento en que acaezca el riesgo externo imputable al asegurado y la responsabilidad del asegurador se hará efectiva cuando el perjudicado demande al asegurado.

Demandado el asegurado, lo lógico es que llame en garantía al asegurador, no sólo para relevarse de éste, sino para que el asegurador, pueda intervenir en el proceso. Además de ser una garantía para el asegurado y para el perjudicado, viene también a serlo para el asegurador.

1.10.7. Subrogación

La subrogación fundamentada en el pago de una indemnización basada en el contrato de seguro, es de carácter Legal, así lo establece el artículo 1096 del Código de Comercio.

En cuanto a la subrogación la Corte Suprema de Justicia ha establecido "Ahora bien, la subrogación legal por el pago del seguro, no obstante, los antecedentes que le preceden, constituye una institución especial de orden público".

Ciertamente es claro que la obligación de reparación a cargo del autor del daño tiene como causa su hecho ilícito generador de responsabilidad civil (contractual o extracontractual, según el caso), mientras que la obligación de indemnizar por parte del asegurador halla su causa en el contrato de seguro. Es decir, que el asegurador que indemniza al asegurado, cumple al hacerlo con una obligación propia, surgida de ese contrato sinalagmático celebrado con el asegurado, indemnización que es la prestación a que se

encuentra obligado y para cubrir la cual el asegurado, a su turno, se obligó al pago de una prima cuya tarifa se determina en proporción de la suma asegurada. De ninguna manera, puede entonces predicarse que el asegurador, al pagar al asegurado cumple una obligación que le es ajena, la del tercero que debe la reparación del daño causado por el hecho ilícito que se le imputa, ya sea a título de responsabilidad civil contractual, o a título de responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, la ley no le da al pago del seguro, por parte de la compañía aseguradora al asegurado, un tratamiento ordinario sino uno especial, consiste, de un lado, como un pago con subrogación legal, y, del otro, le reconoce un interés público para su regulación. Con lo cual se erige a esta subrogación legal por parte del seguro como una institución de orden público. Lo uno se desprende del mandato expreso de " subrogación" a que alude el artículo 1096 del Código de Comercio, y lo otro, de la intención de este Código, a diferencia del anterior, de regular, por motivos de política legislativa, en forma estricta los efectos de esta subrogación, que permite inferir su naturaleza de orden público. En efecto, la citada disposición no se limita a consagrar la institución, sino que, además, de una parte, la establece de manera imperativa, porque dice se subrogará "por ministerio de la Ley" y, de la otra, porque establece, igualmente en forma perentoria, un límite cuantitativo, cuando expresa que "se subrogará, hasta

conurrencia de su importe". Completamente lo dicho la circunstancia de que el propio legislador prevea a la cautela por la misma ley de los derechos del asegurador subrogatorio, como efectivamente ocurre con los artículos 1097 y 1098 del Código de Comercio, en el primero de los cuales expresamente prohíbe al asegurado renunciar a sus derechos contra los terceros responsables del siniestro y, en el segundo, ordena realizar "todo lo que esté a su alcance para permitirle el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación "normas estas que, al igual que las contenidas en los artículos 1099 y 1139, que niegan la posibilidad de subrogación en las hipótesis allí señaladas. Ahora bien, éstas normas, por sí solas ponen de manifiesto la intención de no dejar esta relación o la regulación particular, porque al darle ese tratamiento (imperativo, limitativo, obligatorio y prohibitivo en ciertos casos), está sin lugar a dudas sustrayéndola a los intereses particulares, porque, seguramente, se estima superior el interés de equilibrio y seguridad que debía guardarse, en este contrato, para beneficio general. De allí su naturaleza de orden público"⁷.

Para que opere de manera eficaz la subrogación se requiere:

1. Que exista un Contrato Válido.
2. Que el asegurador realice el pago de la indemnización.
3. Que el pago sea válido.
4. Que no esté prohibida la subrogación.

⁷ C.S.J. Sentencia de Agosto 6 de 1965.

CAPITULO DOS

LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Como el tema de esta investigación es El Contrato de Seguro y Su Responsabilidad Civil; de manera clara se acometerá el estudio de las diferentes aristas de La Responsabilidad Civil, queriendo llevar de la mano al lector que no tiene formación jurídica de abogado por el sendero del conocimiento de una institución bastante compleja e importante en las relaciones del hombre en la sociedad actual.

2.1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Siempre que exista un daño y alguien que sufra por ello, estaremos frente a la Responsabilidad Civil.

2.1.1. Definición

Desde el derecho Romano, exactamente Goyo, sostuvo que en materia de derecho civil no es conveniente entrar a dar definiciones por correr el riesgo de caer en imprecisiones. Siendo mejor que sea la Doctrina y la Jurisprudencia la que se encargue de marcar las dimensiones de una institución jurídica, sin embargo, el profesor **JAVIER TAMAYO JARAMILLO**

define la Responsabilidad Civil de la siguiente manera "En general, la responsabilidad civil engloba todos estos comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen surgir en cabeza de quien lo causó, la obligación, de indemnizar".

Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita, debe indemnizar los daños, que, con esa conducta ilícita, ha producido a terceros.

Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un Contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia⁸.

En conclusión, la responsabilidad civil, como fuente de las obligaciones, encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos.

⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad Civil. Tomo I. Editorial Temis. Bogotá, 1999, pág.56.

2.2. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El origen y la evolución de la Responsabilidad Civil ha ido pareja de la historia misma del hombre y de su entorno, porque donde quiera que haya presencia del hombre, vida en común con más personas y cosas, siempre habrá hechos, actos y omisiones que de alguna manera causaran daño a las cosas o a las demás personas en su patrimonio y en su integridad, de esa manera lo entendieron los ilustres hermanos MAZEUD cuando al respecto dijeron "Cabe esquematizar la evolución experimentada por todas las legislaciones en el ámbito de la responsabilidad civil descomponiéndola en algunas fases muy diferenciadas:

En el origen, el problema queda, en cierto modo, al margen del influjo del derecho: ni las costumbres ni la ley, con mucha más razón, se preocupan para nada de los daños causados a los particulares: tiempos primitivos en los que la libertad de cada cual no tiene otros límites que la fuerza de sus semejantes. Pero la fuerza incita a la fuerza; el que ha sido lesionado trata de vengarse, de volver el mal con el mal, es así como conciben los primitivos la reparación del daño sufrido.

Poco a poco, esa concepción se introduce en la esfera jurídica. Por la fuerza de la costumbre, el talión se convierte en una regla. La víctima tiene

el derecho de venganza. Pero, a medida que se complican las relaciones sociales, desaparece el orgullo primero del hombre, su sentido brutal del honor se suaviza, la victima piensa que, en lugar de vengarse en la persona de su adversario, le será más provechoso cobrarse sobre su patrimonio; mediante una suma de dinero, consentirá en el perdón; es la composición, al rescate, cuyo importe se fija por acuerdo de ambos interesados.

Se extiende cada vez más la práctica de esas composiciones voluntarias: por eso, el día en que la autoridad se siente lo bastante fuerte como para imponer su voluntad, sancionará ese uso, lo hará obligatorio. En lo sucesivo, la victima no podrá hacerse justicia por sí misma, estará obligada a aceptar la composición, la autoridad fija su tarifa por anticiparlo. Todavía, durante mucho tiempo, algunos daños quedarán al margen de toda tarifa; por ejemplo, no resulta dudoso que los atentados contra el honor no siempre han debido poder repararse por el pago de una suma de dinero, la supervivencia del duelo hasta nuestros días no es sino la prueba de ello y también esos juicios por daños y perjuicios en los que la victima se niega a reclamar cosa distinta de una suma simbólica.

Al mismo tiempo que interviene en las controversias entre particulares, la autoridad sanciona a los que la atacan, a los que le infligen perjuicios. No

persigue, en un principio, sino a los autores de infracciones cometidas directamente contra ella, pero no tarda en advertir que ciertos daños inferidos a algunos particulares le alcanzan indirectamente contra ella, porque perturban el buen orden. Castiga entonces a los autores y, en primer término, a los de las infracciones más graves, tales como el asesinato, el robo, luego, poco a poco a los de un número de delito cada vez mayor. En adelante, habrá dos categorías de transgresiones: los delitos públicos reprimidos por la autoridad, los delitos privados, en los que aquélla no interviene más que para evitar los conflictos, para fijar la composición.

A partir del día en que el Estado se arroga la misión de penar, de castigar a los culpables, la concepción de la responsabilidad de advertirá que se transforma, porque se desdobra. En otros tiempos, tan sólo la víctima tenía la carga de sancionar con una pena al autor del daño, pena corporal, luego pecuniaria (composición): pero que constituía siempre la expresión de la venganza. En lo sucesivo, el Estado es el que pena y, muy pronto, es él el único que pena, ¿quiere decir eso que ha terminado el papel de la víctima? No, sino que se ha transformado, la víctima pide solamente una indemnización, ya no es cuestión de venganza, sino de reparación. En adelante existen dos responsabilidades distintas la responsabilidad penal y la responsabilidad civil: el día en que la acción represiva pasa de mano de la víctima a manos del Estado, nace la acción por daños y perjuicios. Tal ha

sido la evolución general. El derecho romano y el antiguo derecho francés se ajustaron a ella⁹.

2.3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FUENTE DE OBLIGACIONES

Es la misma Ley la que establece a la Responsabilidad Civil como fuente de obligaciones. El Código Civil Colombiano en los artículos 2341 al 2360 lo precisa con diáfana claridad.

2.4. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.4.1. Fundamento Material de la Responsabilidad Civil

Hablar del fundamento material de la Responsabilidad Civil es tanto como tratar sobre el fundamento material del derecho, es decir lo que le da origen, y éste lo encontramos en la actividad cotidiana del hombre que en su desarrollo, de alguna manera su quehacer puede afectar, dañar o perjudicar el patrimonio y la misma integridad física de sus semejantes, al suceder esto, se dice que ese sujeto es responsable de tal o cual daño y como tal debe resarcirlos esto es en resumen el lineamiento material de Responsabilidad Civil

⁹ MAZEUD. H/nos. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil. Editorial EJEAB. Aires, 1961.

2.4.2. Fundamento Jurídico de la Responsabilidad Civil

El hombre, siempre tuvo el conocimiento de que, al causarle daño a otro, debía resarcirlo; pero fue necesario que el Estado se arrogara la facultad de legislar al respecto: y es así como en occidente desde el Código Napoleón hasta hoy en casi todas las legislaciones, por no decir en todas, está establecido que quien cause daño a otro, que de alguna manera afecte su patrimonio, debe compensarlo; lo que quiere decir que es la ley y los contratos el fundamento jurídico de la Responsabilidad Civil.

2.5. RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD PENAL

Se habla de Responsabilidad Civil cuando el daño o el perjuicio causado afecta el ámbito patrimonial o económico de la víctima, al respecto sostiene el Dr. MARTÍNEZ RAVE "Consiste en la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales o económicas de un hecho o un acto. Cuando se cumple un acto o hecho que origina responsabilidad patrimonial o civil, se presenta una ruptura de la armonía patrimonial existente por lo tanto un patrimonio es lesionado o afectado. La responsabilidad civil o patrimonial es entonces la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales por la

ruptura de la armonía previa existente. Es un problema neta y exclusivamente patrimonial¹⁰.

En tratándose de la Responsabilidad Penal, el mismo autor sostiene "Con el objeto de mantener una mínima disciplina social el Estado, haciendo uso de la facultad punitiva que le confiere la soberanía, determina qué conductas o actos de los asociados deben evitarse y en caso de efectuarse deben ser sancionados por atentar contra determinados principios rectores de la organización social o contra específicos derechos de los componentes del grupo que requieren protección. A través de un estatuto punitivo, conocido como Código Penal, indica las características de las conductas que denomina delitos y las consecuencias que deben sufrir la persona que las comete, que determina penas.

Se trata entonces de la consagración de principios filosóficos, políticos y sociales, que el Estado considera deben ser respetado por todos los miembros de la comunidad y cuyo desconocimiento puede ocasionar graves consecuencias en la organización. Va envuelta en esta responsabilidad una concepción eminentemente general, de orden público, que justifica las consecuencias, muy graves a veces, que deben sufrir quienes ejecuten

¹⁰ MARTÍNEZ RAVE. Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. 9ª Edición. Editorial Dike.

esas conductas o actos. Las consecuencias o sanciones son, en la mayoría de los casos, penas privativas de la libertad de prisión o arresto. En algunas multas y en otros pocos, pérdida del empleo¹¹.

2.6. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

El Código Civil Colombiano consagra la división de Responsabilidad CIVIL Contractual y la Responsabilidad Civil Extracontractual.

A continuación, se estudiará, la primera división, es decir, la Responsabilidad Civil Contractual, ésta se da en el mundo jurídico por el incumplimiento de un compromiso contractualmente adquirido, o por su cumplimiento tardío, inoportuno e insuficiente.

2.6.1. Elementos de la Responsabilidad Civil Contractual

Tanto en la Responsabilidad Civil Contractual como en Responsabilidad Civil Extracontractual se encuentran elementos que le son comunes a ambas y que sin ellos no se daría la institución de Responsabilidad Civil.

Muchos doctrinantes suelen señalar a la culpa como elemento común, entre estos se encuentran los Hermanos MAZEAUD; otros sostienen que no, que

¹¹ MARTINEZ RAVE. Gilberto Ibidem.

la culpa no está presente todas las veces; como en el caso de la Responsabilidad Objetiva, entre los que no consideran a la culpa como elemento de la Responsabilidad Civil se encuentra el Dr. JAVIER TAMAYO JARAMILLO.

La doctrina tiene como elementos de la Responsabilidad Civil la Culpa, el Daño y el Nexa causal.

Antes de entrar a tratar sobre la culpa es necesario hacerlo sobre un tema obligado en tratándose de Responsabilidad Civil, cual es de la Teoría del Riesgo y el de la Conducta, por desconocerse en ellas la culpa.

2.6.1.1. Teoría del Riesgo

Consiste esta tesis en que todo hecho que cause un daño debe ser reparado, sólo exige que confluayan dos elementos: un daño y un nexa de causalidad entre ese daño y la actividad del causante. En esta tesis no se considera a la culpa, es decir, se niega la existencia de ella como elemento constitutivo de la Responsabilidad Civil.

2.6.1.2. La Conducta

Algunos doctrinantes y entre ellos el ilustre Tratadista Colombiano, ya citado, Doctor, JAVIER TAMAYO JARAMILLO, sostienen que es preferible hablar de conducta en lugar de culpa como elemento esencial de la Responsabilidad Civil, la conducta exigida para que sea conforme la Responsabilidad Civil es aquel acto humano que no pretende crear efectos jurídicos, pero que de hecho los crea, porque produce un daño de manera ilícita. Esta conducta puede ser activa u omisiva.

2.6.1.3. La Culpa

El artículo 63 del Código Civil Colombiano no define la Culpa, como tampoco la hace el Código Civil Francés ni el chileno, que son los antecesores más próximos del nuestro.

El Doctor GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, cita en su obra Responsabilidad Civil Extracontractual, en Colombia las siguientes definiciones:

“El incumplimiento de un deber que el agente debe conocer y observar”,
Savatier

“La culpa es una falla contra una obligación, contra una obligación preexistente”

Planiol

“La legítima confianza engañada”

Emmanuel Levy

“En un error de conducta que no cometería una persona prudente colocada en las mismas condiciones externas del causante”

Hermanos Mazeaud

2.6.1.4 Grados De Culpa

El Código Civil Colombiano, como ya se dijo, no define la culpa, pero si entra a definir de manera clara las graduaciones de la culpa. En materia contractual, las graduaciones de la culpa carecen de importancia, ya que el agente es responsable sin entrar a mirarlos.

2.6.2. El Daño

El Código Civil Colombiano, no define el daño, por lo que lo ha tenido que hacer la doctrina.

A continuación se traen las definiciones dada por algunos tratadistas nacionales y extranjeros:

El Doctor ALVARO BUSTAMANTE LIDERMA lo define así: "El daño en términos generales es la lesión de un interés tutelado por el derecho y causada por el comportamiento ilícito o no de una persona diferente al titular del mismo. Esa lesión puede derivarse del incumplimiento o cumplimiento anormal de una obligación contractual y en esta hipótesis se configura el daño contractual, o bien de un comportamiento ilícito contrario a una norma constitucional, civil, penal o administrativa, así como de una conducta no ilícita pero si antijurídica, entendida ésta como aquella que

ocasiona un perjuicio que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo, y en este evento se configura el daño Extracontractual¹².

El Doctor JORGE CUBIDES CAMACHO, al respecto sostiene: " El daño es el detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos. Es por ello la medida de la responsabilidad. Establecida ésta, el orden jurídico busca asegurar la eficaz reparación del perjuicio causado como consecuencia del dolo, de la culpa o de actividades peligrosas¹³.

2.6.2.1. Clases de Daño

Nuestro Código Civil sólo contempla el Daño Emergente y el Lucro Cesante, pero, como una persona puede ser perjudicada de muchas maneras, se hace necesario establecer primeramente cuales son las diferentes clases de daño.

2.6.2.2. Daño Material

Se entiende por daño material el causado al patrimonio de la víctima, de la universalidad jurídica compuesta por derechos y deberes de contenido económico que, se radican en cabeza del perjudicado. Por su carácter

¹² BUSTAMANTE Liderma. Alvaro. El Daño. Editorial Jurídica de Colombia. Bogotá, 2001.

¹³ CUBIDES CAMACHO. Jorge Ibidem.

económico es fácilmente evaluable, debido a que sólo se produce un menoscabo estrictamente material

2.6.2.3. Daño Moral

El daño moral, es aquel que de alguna manera lesiona elementos subjetivos e internos de la personalidad y los que lesionan la parte externa de esa misma valoración, es decir, la honra,

El consejo de Estado por vía de jurisprudencia dividió al daño moral, en objetivo y subjetivo.

Por **daño moral objetivo** se entiende el resultado o repercusiones económicas que se sufre como consecuencia de la angustia o de trastornos síquicos producidos por el hecho dañoso.

Como **daño moral subjetivo** o pretium doloris, se entiende como aquel que sólo lesiona aspectos sentimentales, síquicos, dolores internos.

2.6.2.4. Daño Emergente

Este consiste en el menoscabo o deterioro del patrimonio que sufre el perjudicado con ocasión del hecho dañoso. Este daño es fácil de estimar; algunos doctrinantes lo denominan daño positivo.

2.6.2.5. Lucro Cesante

Este se presenta, cuando, como consecuencia del perjuicio causado a la víctima, ésta deja de percibir un beneficio, es llamado por algunos tratadistas, Daño Negativo.

2.6.2.6. Daño Actual

El daño actual es el que se ha producido; el perjuicio real de la víctima, es el caso del daño emergente y el lucro cesante.

2.6.2.7. Daño Futuro

Como su nombre lo indica es un daño que va a producirse, para que pueda ser resarcido, su acaecimiento debe ser cierto y no hipotético.

2.6.2.8. Daño Directo y Daño Indirecto

El daño directo es el efecto nocivo inmediato y próximo del hecho dañoso y Daño Indirecto es aquel que se produce como consecuencia del daño directo.

2.6.2.9. Daño Fisiológico

El Doctor GILBERTO MARTÍNEZ RAVE define claramente este daño de la siguiente manera "Con este nombre se han venido clasificando algunos

perjuicios diferentes a los llamados materiales y morales y a los cuales se les han dado dos significados distintos:

a) La tesis que sostiene que los perjuicios fisiológicos son los que resultan de un lesionamiento a la integridad funcional del individuo que, sin tener repercusiones económicas, afecta su actividad fisiológica. Son los casos comunes en donde una persona pierde, como consecuencia de un delito o de un hecho dañoso, un riñón. Si bien puede continuar viviendo con el otro normalmente no sufre merma en su capacidad laboral, ¿por qué debe continuar con limitaciones fisiológicas causadas por otra persona? Si se trata de la pérdida de parte del estómago, del bazo, de un ojo o de otros órganos o elementos fisiológicos que vulneran su integridad como persona, debe ser indemnizado.

b) La tesis que sostiene que el daño fisiológico se da cuando se limita el goce de los placeres de la vida y su indemnización repara la supresión, merma o limitación de las actividades vitales. El consejo de Estado en sentencia de mayo 6 de 1993, expediente 7428, se afilia a esta tesis. En la providencia se hace una clara distinción entre los perjuicios materiales (que afectan el patrimonio económico), los perjuicios morales (que afectan la estabilidad emocional), y los perjuicios fisiológicos (que afectan la integridad funcional y las actividades placenteras de la vida), para terminar

tasando en ocho millones de pesos el perjuicio fisiológico sufrido por una persona que, por habersele amputado sus dos piernas, debe permanecer de por vida en una silla de ruedas¹⁴.

2.6.2.10 Daño Contractual

Es el producido por el incumplimiento de una obligación contractual, que puede ser por el incumplimiento puro y simple, por mora o por el cumplimiento incompleto de la obligación.

2.6.2.11 Daño Extracontractual

Este daño se da cuando se lesiona a la víctima sin que exista un vínculo contractual; o mejor, no es necesario que exista ese vínculo; generalmente también se lesiona el ordenamiento jurídico; es el caso del homicidio.

2.6.2.12. Requisitos Del Daño

El daño, para que exista como tal es necesario que reúna los siguientes requisitos:

2.6.2.13. Propiedad Del Daño

Para que una persona pueda demandar por el interés lesionado es menester que le pertenezca, es decir, que sea el titular del interés

¹⁴ ARTINEZ RAVE, Gilberto. Op. Cit.

lesionado con el hecho dañoso, a no ser que se trate de quien padece un desequilibrio emocional o económico por el daño sufrido por otro, es el caso de quien recibe alimentos, que al morir el alimentante se le lesiona económicamente y también emocionalmente; en este caso, se está legitimado para pedir el resarcimiento. También puede suceder que quien demanda la reparación sea el heredero de la víctima.

2.6.2.14. Certeza del Daño

Se hace necesario que el daño exista en el mundo jurídico. Lo que significa que para que el daño sea indemnizable es menester que sea cierto, verdadero e incuestionable.

2.6.2.15. Subsistencia del Daño

Es subsistente el daño que no ha sido debidamente indemnizado, pues de encontrarse reparado ya no puede tenerse como tal.

2.6.2.16. Valorable

Algunos tratadistas sostienen que además de los requisitos anteriores, es menester que sea posible su valoración. En tratándose del daño material es fácil hacer una valoración, no así cuando se está frente al daño moral, pero por vía jurisprudencial se ha estimado en gramos oro y el actual

Código Penal lo ha estimado en S.M.M.L.V, de acuerdo con lo establecido en el artículo 97 del mencionado Estatuto Penal.

2.6.3. El Nexos Causal

El Código Civil Colombiano, en los artículos comprendidos en el Título XXXIV, o sea, los referentes de la Responsabilidad Civil Extracontractual, exigen para que se de la responsabilidad, la existencia de un vinculo entre el hecho o la culpa o el daño, de lo que se puede inferir que es fundamental y necesario que se de ese nexos causal, ya sea que se trate de quienes defienden la teoría objetivista u subjetivista, ya que ambas vertientes esta de acuerdo y reconocen la existencia del vinculo entre la culpa, los primeros y el hecho los segundos y el daño sufrido por la victima.

Así las cosas, todo parece sencillo, lo es, cuando es un solo hecho el que genera el daño; pero ¿como se resuelve cuando surgen varias causas? Para dar respuesta al interrogatorio anterior surgen dos teorías: **1.** La teoría de la equivalencia de las condiciones y **2.** La teoría de la causalidad adecuada, lo anterior en materia civil; ya que en materia penal se está abriendo paso la teoría de la Imputación Objetiva.

2.6.3.1. Prueba del Nexos Causal

De acuerdo con el aforismo romano *actori incumbit probatio*, es a la víctima o al perjudicado a quien le corresponde probar el daño material y de contera, el vínculo o nexo entre el hecho y el daño.

2.7. REQUISITOS PARA QUE HAYA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Para que el perjudicado pueda accionar reclamando por Responsabilidad Civil Contractual, es necesario que esta haya nacido a la vida jurídica, y para ello es menester, que se den unos requisitos, como son: 1). Que haya un contrato válido, 2). Que haya un daño derivado de la inexecución de ese contrato 3). Que el daño haya sido causado por el deudor al acreedor contractual.

2.7.1. El Contrato Debe Ser Valido

Para que en el mundo jurídico exista la Responsabilidad Civil Contractual, es necesario que entre el acreedor y el deudor una relación contractual, es decir, un contrato, pero este contrato debe ser válido.

Así las cosas, parece fácil; la dificultad se hace presente en los casos de Responsabilidad por los daños causados en la etapa precontractual; en

este caso es necesario atenerse a lo establecido en materia de la oferta, si ésta cumple con todos los requisitos ordenados en el artículo 845 del Código de Comercio; se estará frente a la Responsabilidad Civil Extracontractual y se hará deudor aquella parte que por su culpa no se cumplió. Cuando la oferta no cumple con los requisitos establecidos por la ley, y una de las partes incumple por su culpa, se estará frente a una Responsabilidad Civil Extracontractual, y el que incumplió se hace deudor de la otra parte.

Otra dificultad que se presenta, es en los contratos benévolos de que hablan los hermanos MAZEAUD en su TRATADO TEÓRICO PRACTICO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL Y CONTRACTUAL, en el que ponen como ejemplo de contrato benévolo el de transporte gratuito.

En tratándose de contratos benévolos, para llegar a precisar o determinar la existencia de Responsabilidad Civil Contractual, se precisa primero establecer si hay o no obligación contractual, y dependiendo de ello, se dirá si hay o no Responsabilidad Civil Contractual.

Otra dificultad que podría presentarse es en cuanto a la Responsabilidad Contractual, Cuando se trata de Contratos nulos, pues puede haber daño como consecuencia de la nulidad o también, daño como consecuencia de la

ejecución de un contrato nulo; en ambos casos, se está frente a la Responsabilidad Civil Extracontractual.

2.7.2. Que Haya un Daño Derivado de la Inejecución del Contrato

Todos los tratadistas están de acuerdo, y es de sentido común, que, para saber si el daño surge de la ejecución tardía o inejecución o imperfecta ejecución del contrato; es menester precisar cuales son las obligaciones pactadas en el contrato objeto de la controversia.

Una vez establecida la obligación contractual, se hace necesario precisar si trata de una obligación de medio o de resultado y si se encuentra pactada o tácita la obligación de seguridad.

En cuanto a la obligación de seguridad en algunas actividades se da por admitida, como en las actividades que de alguna manera lleve inmersa la posibilidad del acaecimiento de lesiones personales a las personas partes de la relación contractual. Cabe anotar que la obligación de seguridad, en la mayoría de los casos no es la obligación objeto de la relación contractual, sino que se trata de una obligación adyacente a la principal.

2.7.3. Que el Daño Haya Sido Causado por el Deudor al Acreedor

Al presentarse la inexecución, la ejecución tardía o imperfecta del contrato, la víctima debe ser el acreedor, pero lo anterior no significa que sea este último quien solamente pueda exigir la reparación del daño resultante del incumplimiento ya que según la doctrina, otras personas diferentes del acreedor pueden accionar por la Responsabilidad Civil Contractual; si en el caso del mandato con o sin representación, cuando el mandatario, para cumplir con el mandato, contrata con un tercero y por la conducta o culpa de este, se da el incumplimiento, lo que da al mandatario el derecho de accionar contra el tercero por el daño sufrido por parte del mandante, pero éste también puede demandar directamente, bien al mandatario o al tercero, pero no puede recibir doble indemnización; esto es, sólo de uno.

Otra persona que puede exigir la reparación, es el heredero; quien puede accionar por el daño contractual sufrido por el causante y si este daño contractual, además le causó también daño al heredero, este puede exigir por el daño contractual y por Responsabilidad Civil Extracontractual.

También está legitimado para accionar el causahabiente a título particular; esto se da en los contratos con garantías; ya que esta es accesoria al contrato y se encuentra regulado en el artículo 928 del Código de Comercio.

Lo anterior se explica de la siguiente manera: cuando en una cadena de contratos, el consumidor final adquiere el producto con garantía, este puede accionar por el daño contractual contra uno, cualquiera de los integrantes de la cadena ya sea productor o distribuidor.

2.8. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

EL Código Civil Colombiano contiene los principios rectores de la Responsabilidad Civil Extracontractual en los artículos 2341 al 2360; pero es necesario precisar, que todo aquel daño causado sin que media una relación contractual se considera Responsabilidad Civil Extracontractual. En cuanto a la importancia de la Responsabilidad aquiliana el ilustre tratadista GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, se expresa en los siguientes términos "El principio general, conocido desde tiempos históricos, de que quien cause un daño a otro debe indemnizarlo, debe tener aplicación. Nadie debe sufrir las consecuencias patrimoniales de un hecho, de un daño, ocasionado por otro. El perjudicado solo debe cargar o sufrir las consecuencias cuando corresponde a hechos de la naturaleza o a circunstancias no imputables directa o indirectamente a otra persona¹⁵.

¹⁵ MARTINEZ RAVE. Gilberto. Op. Cit.

2.8.1. Responsabilidad Civil Extracontractual por el Hecho Propio o Directa.

El fundamento jurídico de la Responsabilidad Civil Extracontractual por el hecho propio o directa se encuentra en el artículo 2341 del Código Civil; al examinar las normas del precitado Código que regulan lo referente a la Responsabilidad aquiliana encontramos que este artículo engloba toda aquella responsabilidad que no se encuentre regulada por otra norma. El artículo 2341 antes mencionado, se hace aplicable en todos aquellos eventos en que existe una culpa probada del agente, entendiendo por culpa, en materia civil, el comportamiento doloso o culposo; este comportamiento culposo debe estar en cabeza del demandado; no importar que el daño haya sido el producto de la conducta de una persona o de una cosa que se encontraba bajo su cuidado.

Lo que nos indica el artículo 2341 del Código Civil, es que siempre en nuestro comportamiento debemos guardar o reservar el deber de prudencia; al violarlo, debemos responder por el daño causado por tal violación.

Por Responsabilidad directa responden no sólo las personas naturales sino también las personas jurídicas, aunque estas como tal no puedan delinquir o causar daños, pero las personas que las conforman o representan si lo

pueden hacer, en tal caso, si el daño se produce como consecuencia del ejercicio del objeto propio de la persona jurídica, esta responde por los daños causados.

En tratándose de responsabilidad aquiliana, la culpa no se presume como lo han sostenido algunos tratadistas. Al respecto la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos "es sabido que en tratándose de culpa Extracontractual, el actor tiene a su cargo la demostración plena de todos los factores necesarios para llevar a la conciencia del juzgador una convicción de tal naturaleza que determine lógicamente una condenación. Deberá demostrar el daño, la culpa y la relación causal entre los dos primeros elementos¹⁶.

El profesor **JAVIER TAMAYO JARAMILO**, en su obra Teoría de la Responsabilidad Civil tomo II, hace un amplio análisis de un tema bastante discutido como lo es el abuso del derecho, en el que sostiene que hay abuso del Derecho cuando una persona al ejercer un derecho subjetivo, legítimo y definido le desvía su sentido social y sólo lo acciona con el fin de ocasionarle daño a su deudor.

¹⁶ C.S.J. Sentencia de Octubre 4 de 1945. G. J. LIX. Número 1135.

2.8.2. Responsabilidad Por el Hecho Ajeno o Indirecta

La responsabilidad por el hecho ajeno o indirecta se encuentra regulado en el Código Civil en los artículos 2347 y 2349; en materia de Responsabilidad Civil Extracontractual indirecta el profesor JAVIER TAMAYO al conceptuar al respecto sostiene "Ahora, en materia extracontractual se habla de responsabilidad por el hecho ajeno (llamada también indirecta, refleja, por el hecho de un tercero) por contraposición a la responsabilidad civil personal o por el hecho propio. Mientras que en esta última el responsable causa en forma personal y directa el daño, en la primera dicho daño es causado por un tercero (directamente responsable) por quien debía responder el demandado (civilmente responsable)¹⁷.

Sin embargo, bien vistas las cosas, pese a que el daño en forma física es causado por un tercero, lo cierto es que en la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, el legislador sanciona también el comportamiento presuntamente culposo del civilmente responsable, lo que finalmente desemboca en una responsabilidad por un hecho personal de naturaleza omisiva.

En ambos tipos de responsabilidad el comportamiento activo u omisivo del demandado, es el fundamento de la responsabilidad. Lo que convierte la

¹⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit.

responsabilidad en directa o en indirecta, es el hecho de que el daño sea o no realizado en forma personal por el demandado. Según el profesor GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, en Colombia para que surja a la vida jurídica la Responsabilidad por el hecho ajeno, es necesario que se den dos requisitos: a) Que se den los requisitos exigidos para la Responsabilidad Civil Extracontractual en la persona que está bajo la vigilancia y cuidado de la otra. Es decir que se reúnan los elementos constitutivos de la Responsabilidad Aquiliana. Y b). Es necesario que exista una relación de dependencia del directamente responsable con el obligado a indemnizar.

2.8.3. Responsabilidad Civil Por el Hecho de las Cosas

Dado que nuestro Código Civil es "hijo" del Código Civil Francés o Código Napoleón, y éste fue promulgado en 1804, es decir, a principios del siglo XIX, cuando en la vida cotidiana los animales tenían la importancia que hoy la tecnología les ha quitado; este, al igual que aquellos, regula con mayor precisión la responsabilidad emanada de los animales y le da menor tratamiento a la Responsabilidad Civil derivada por el hecho de las cosas.

Los artículos 2353 y 2354 de manera clara establecen la Responsabilidad Civil que nace por el hecho de animales domésticos y por animales feroces; de los artículos citados se desprende que, cualquier daño causado por los animales comprendidos en las normas; debe ser reparado por el dueño; la víctima sólo debe probar el daño, el nexo, la culpa se presume.

En cuanto a responsabilidad derivada de cosas inanimadas, nuestro Código Civil regula lo referente a la originada por ruina de edificio, la originada por un edificio con vicios de construcción y la ocasionada cosas que caen de un edificio, en los artículos 2350, 2351 y 2354 respectivamente, al igual que en el caso de la responsabilidad por el hecho de los animales, a la víctima sólo le compete demostrar el daño y el nexo, la culpa se presume.

Del estudio de las normas en comento se puede inferir que el obligado a responder civilmente es el dueño; pero el propietario puede transmitir esa responsabilidad si ha dado el edificio en arrendamiento, o sí lo ha entregado en usufructo o en habitación con la obligación de responder por las reparaciones a que hubiere lugar, es decir, responder por el mantenimiento o conservación del bien evitando así los daños causados por la ruina y en caso de presentarse, el dueño puede una vez haber indemnizado a la víctima, repetir contra el arrendatario, usufructuario o habitador.

El profesor JAVIER TAMAYO JARAMILLO, propone una teoría la cual es apoyada por el Dr. GILBERTO MARTÍNEZ RAVE y consiste en que en el artículo 69 del Código Civil está la norma necesaria para establecer la Responsabilidad Civil Extracontractual derivada del uso de las cosa, ya que

establece que el propietario puede gozar y disponer del dominio del bien, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

2.8.4. Responsabilidad Por Actividades Peligrosas o Responsabilidad Objetiva

Don ANDRÉS BELLO tomó del Código Napoleón para realizar el proyecto del Código Civil nuestro, en ese tiempo (1804), la sociedad no disponía del avance tecnológico con que se cuenta hoy, el cual hace necesario el empleo de máquinas, energías y procedimientos que aunque son para el beneficio de la sociedad pueden producir daños al hombre o su patrimonio; esas actividades producidas por el avance tecnológico; es lo que la jurisprudencia y la doctrina ha denominado actividades peligrosas.

El legislador no reguló la Responsabilidad Civil por la actividades peligrosas; pero estas al producir daños, hizo necesario que la jurisprudencia interviniera regulando dichos efectos; es así como desde 1938 la Corte Suprema de Justicia empezó a estructurar la teoría de la Responsabilidad Civil por Actividades Peligrosas, basándose en el artículo 2356 del Código Civil Colombiano.

En la Responsabilidad Civil por actividades peligrosas, a la víctima sólo le es dado probar el daño y el nexo causal, el demandado solamente se

puede liberar probando causa extraña; lo que significa que se está frente a una Responsabilidad Objetiva; al respecto dice el Doctor JAVIER TAMAYO "Con todo, es preciso admitir que, en la práctica, la responsabilidad por actividades peligrosas, en la medida que solo le exige a la víctima probar que el daño fue causado por una actividad peligrosa del demandado y que este solo se libera mediante la prueba de una causa extraña, está consagrando una responsabilidad sin culpa. Si conservamos la idea de culpa es por respeto al derecho escrito que es la base de nuestro orden jurídico. Si el artículo 2356 del Código Civil habla de daños imputables a malicia o negligencia del demandado, es lógicamente imposible renunciar a la culpa como fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia nacionales hablan de presunción de culpa.

Aunque en forma reiterada la jurisprudencia y la doctrina nacionales hayan condenado la teoría del riesgo como fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas, lo cierto es que ella, así haya sido por vía doctrinal y filosófica, ha sido inspiradora de nuestra jurisprudencia. En la práctica, es lo mismo para la víctima y para el demandado afirmar que en las actividades peligrosas hay una responsabilidad objetiva puesto que el demandado solo se exonera probando una causa extraña, que afirmar que estamos ante una presunción de culpa que solo se desvirtúa probando esa

misma causa extraña. Para efectos prácticos, la carga probatoria es la misma¹⁸.

2.9. MEDIOS DE DEFENSA DEL CAUSANTE DEL DAÑO

Hasta ahora se ha tratado como se incurre en Responsabilidad Civil ya sea Contractual o Extracontractual por la producción de un daño, en este acápite será tratado como puede el causante del daño exonerarse de Responsabilidad; para lo cual se le dará tratamiento a la causa extraña.

2.9.1. Causa Extraña

Se entiende por causa extraña toda causa del daño diferente a la conducta del demandado. Debido a esta causa extraña el demandado no responde; pero para poder exonerarse debe probar la existencia de dicha causa interviniente.

La causa extraña se ha definido de diversas maneras, pero una de las más aceptadas por la doctrina es la hecha por el profesor BORIS STARCK citado por el Doctor JAVIER TAMAYO JARAMILLO en el tomo II de su obra

¹⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Op. Cit.

"De la Responsabilidad Civil", como "el evento irresistible, imprevisible y extraño o exterior al deudor"¹⁹.

De la anterior definición se infiere que dicha causa debe ser irresistible, esto es, que el demandado, como cualquier persona normal, en condiciones normales, no tenga la capacidad física y moral de resistirla; y para establecer esas condiciones, le corresponde al funcionario judicial, en cada caso.

Continuando con el análisis de la definición se precisa establecer el alcance de la palabra "imprevisible", que es aquello que no se puede imaginar que ocurra; la Corte Suprema de Justicia, lo ha definido como algo que "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia"²⁰.

La imprevisibilidad no es término absoluto ya que, como en el caso de la irresistibilidad, en cada caso concreto, el juzgador, de acuerdo con lo probado podrá determinar si el hecho es o no imprevisible. Prosiguiendo con los vocablos usados en la definición, es preciso revisar la expresión "Extraño" lo que significa que el daño debe ser ajeno a los deberes jurídicos del demandado.

¹⁹ STARK. Boris. Citado por TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit. Pág. 90 Tomo II.

²⁰ C.S.J. Sentencia de mayo 26 de 1993. G.J. Tomo XLIII.

La causa Extraña se considera como el género que engloba a las especies que la conforman; a saber: a). El hecho de la víctima. b) Fuerza mayor o caso fortuito y c). El hecho de un tercero.

2.9.1.2. El Hecho de la Víctima

Es claro que el demandado se puede librar de indemnizar o reparar el daño causado, cuando en éste se puede demostrar procesalmente la causa extraña, y dentro de esta está el hecho de la víctima, es decir cuando sólo se le puede atribuir a ésta última el acaecimiento del siniestro; y este hecho de la víctima puede ser total o exclusiva, en ese caso no habla lugar a pago alguno; pero habrá lugar al pago parcial cuando en el proceso se logre demostrar el hecho concurrente de la víctima y del victimario, tal como lo regula el artículo 2357 del Código Civil Colombiano.

En tratándose del hecho exclusivo de la víctima, el legislador no reguló nada al respecto, sino que fue la jurisprudencia con la ayuda de la doctrina, la que aplicando principios generales de la responsabilidad y del derecho ha regulado en tales casos.

Para que se libere al demandado de responsabilidad total o parcial por el daño causado, el daño o resultado debe tener un nexo de causalidad,

necesario y eficiente con la causa y además, el hecho imputable a la víctima no debe tener relación con el demandado, esto es, no debe el demandado haber provocado el hecho que le imputa ahora a la víctima.

2.9.1.3. Caso Fortuito O Fuerza Mayor

La doctrina tanto nacional como extranjera han tratado de distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor, lo que ha suscitado una polémica bastante prolifera y que, en algunos casos, puede producir confusión en aquellas personas no iniciadas en asuntos jurídicos.

En el caso nuestro (Colombia), no existe confusión al alegar caso fortuito o fuerza mayor, porque el artículo 64 del Código Civil no hace diferencia, sino que les da sentido idéntico siempre que tales hechos no le sean imputables al demandado.

2.9.1.4. El Hecho de un Tercero

Es de elemental sentido común, que si en el proceso se logra demostrar que el daño fue causado por el hecho de tercero, el demandado no responderá por ello; por lo que se puede predicar que se está frente a una causa extraña.

Para que una persona sea considerada como tercero causante del daño es necesario que entre el demandado inicial y el tercero no exista vinculo Jurídico alguno.

Cabe anotar que si el daño es producido por el hecho del demandado y el hecho de un tercero, se estará frente a la solidaridad que establece el artículo 2344 del Código Civil.

2.9.2. Ausencia de Responsabilidad

Es este un tema que corresponde esencialmente al Derecho Penal. Como se dejó dicho al principio de capítulo de Responsabilidad Civil, en ciertos delitos, al declararse al procesado culpable y quedar en firme la sentencia, también debe responder el condenado civilmente por los daños causados por el la conducta punible.

El artículo 32 de la ley 599 de 2000 o nuevo código penal, establece que aunque el hecho se le impute materialmente al implicado, no lo es desde el punto de vista jurídico y por lo tanto al no responder penalmente, tampoco responderá civilmente.

Es menester aclarar, que la ausencia de Responsabilidad Civil deberá ser decretada por el funcionario judicial que conoce de caso y la respectiva providencia es necesario que quede debidamente ejecutoriada.

2.9.3. La Solidaridad en la Responsabilidad Civil

En tratándose de la solidaridad en Responsabilidad Civil es menester establecer si se trata de Responsabilidad Civil Extracontractual, una vez establecido si se trata de Responsabilidad Civil Extracontractual, precisar si se refiere una obligación civil o comercial, porque de acuerdo con ello se aplicará la norma pertinente.

En material civil el artículo 1568 del Código Civil establece como, regla general, que si varias personas se obligan y está obligación es sobre cosa divisible, cada uno responderá por su cuota parte, mientras que en su segundo inciso establece que la obligación es solidaria o in solidum sólo si ha convenido en ello.

En tratándose de obligaciones comerciales, el artículo 825 del Estatuto Comercial establece que cuando son varios los deudores se presume que la obligación es solidaria.

La solidaridad en materia de responsabilidad Civil Extracontractual, está regulada por el artículo 2344 del Código Civil, que establece que en caso de delito o culpa cometida por varias persona, la responsabilidad es solidaria, es decir, la victima puede exigir a uno solo de ellos la totalidad de la reparación del daño, exceptuado los daños cometido por edificios en ruina, cuando el bien es de varios y el daño causado por objetos que caen de edificios.

CAPITULO TRES

SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En el capítulo I se hizo un estudio del Contrato de Seguro en el que se abordaron temas interesantes por su frecuente aplicación y por la dificultad en su interpretación, como el tema de esta investigación es Contrato de Seguro y Su Responsabilidad Civil, es obligatorio disertar sobre la teoría de la Responsabilidad Civil, lo que se realizó de manera sencilla y clara permitiéndole a lectores no abogados comprender una temática bastante compleja aún para los profesionales del derecho; en este capítulo III se entrará a hacer un esbozo sucinto de Los Seguros de Responsabilidad Civil, tema éste no tratado con la atención que amerita dada su relevancia en la actividad económica.

3.1. REGULACIÓN LEGAL

La evolución que ha tenido la institución denominada Responsabilidad Civil, ha sido de mucha importancia jurídica, más considerando el avance manifestado por la ciencia y la tecnología, sin embargo, el legislador colombiano se ha quedado rezagado en tratándose de regular lo concerniente a los Seguros de Responsabilidad Civil.

El actual Código de Comercio regula el tema de los seguros de Responsabilidad Civil en sólo 7 artículos, los comprendidos entre el 1127 y 1133.

3.1.2. Definición

El seguro de Responsabilidad Civil, es aquel mediante el cual, el asegurado traslada al asegurador el riesgo, consiste en una probabilidad de causar daño a un tercero por culpa de él o por actividades peligrosas.

3.2. EVOLUCIÓN

Los Códigos de Comercio del siglo pasado como el Código de Comercio Terrestre, no reglamentaban el seguro de Responsabilidad Civil ni siquiera hacían alusión al respecto. Ese vacío legal se debía al concepto demasiado estrecho que entonces se tenía sobre el riesgo, según el cual este era sinónimo de azar, de caso fortuito. La responsabilidad implica la culpa, y este es un hecho personal, incompatible con la noción de caso fortuito, por lo tanto, el anterior Código de Comercio prohibía al asegurador constituirse responsable de los hechos personales del asegurado. Sin embargo, los hechos desbordaron la anticuada prohibición legal y hasta 1971 se permitió, con autorización de la Superintendencia Bancaria, otorgar seguros de Responsabilidad Civil.

Al evolucionar en la doctrina el concepto de riesgo, hasta concebirse como el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del asegurado, únicamente el dolo y los actos potestativos del asegurado escaparon a la protección del seguro, así lo concibió el legislador nuestro, lo que le permitió plasmar ese avance doctrinal en el actual Código de Comercio; pero con todo y eso, la regulación no fue la mejor, ya que no estuvo a tono con la legislación extranjera que era más acorde con la realidad, por ejemplo, no se permitió asegurar la culpa grave, tal como está permitida en países como México y la Argentina, por sólo mencionar a estos dos países Latinoamericanos.

Pasados 20 años, la Ley 45 de 1990, que modificó algunas normas del actual Código de Comercio, introdujo avances significativos en materia de seguros de Responsabilidad Civil, permitiendo entre otras cosas asegurar la culpa grave, determinar cuando se; entiende ocurrido el siniestro y la acción directa del damnificado contra el asegurador, cosa que estaba prohibida antes.

3.3. ASPECTO CONCEPTUALES

En la medida que ha evolucionado la sociedad gracia a los avances de la ciencia y de la tecnología, en igual medida ha evolucionado la

Responsabilidad Civil, ya no sólo se asegura el daño por el hecho propio de la actividad como persona, sino que se va más allá asegurando una serie de actividades, las cuales en los tiempos promulgación del Código Napolenico eran impensables.

En la actualidad es posible asegurar el ejercicio de diversas profesiones y aun sabiendo que en el ejercicio de algunos de ellos se puede causar lesiones, como es el caso de la Responsabilidad Médica, también es posible asegurar actividades que se sabe por datos del Estado mismo, que producen lesiones y hasta la muerte misma en altos Índices, como es el caso de la conducción de automóviles, no posible asegurar actividades consideradas peligrosas que de alguna manera hacen posible el desarrollo de las actividades cotidianas de la sociedad, es decir, se trata de actividades indispensables para el desarrollo social que pueden producir daños y que son indispensables, pero para morigerar el alto costo que se generaría al indemnizar por los daños causados, el productor traslada ese riesgo al asegurador. Así las cosas se puede decir con seguridad, que los seguros de Responsabilidad Civil, son necesarios, o mejor indispensables para poder seguir haciendo uso de toda esa gama de adelantos tecnológicos propios de la sociedad actual, tanto es así, que el Estado ha contemplado el uso obligatorio de algunos seguros, tal como se verá en el acápite correspondiente.

3.3.1. El Seguro de Responsabilidad Civil como Seguro de Daños

De acuerdo con la clasificación que adopta el Código de Comercio en su artículo 1082, el seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños porque, como anota Garrigues, "daño es el gravamen que para un patrimonio significa la responsabilidad de su titular". Pero dentro de los seguros de daños no se le puede clasificar como seguro de daño reales o de cosas sino como seguro de daños patrimoniales, pues su finalidad es proteger el patrimonio del asegurado contra eventuales obligaciones derivadas de una responsabilidad contractual o extracontractual.

3.3.2. El Seguro de Responsabilidad Civil como Seguro de Pasivo o de Deudas

En el seguro de responsabilidad civil el riesgo asegurado no es otro que la responsabilidad civil en que pueda incurrir el asegurado. Esta, empero, se traduce en la obligación de indemnizar al damnificado, vale decir, en un débito de responsabilidad que crea o aumenta el pasivo del responsable con la aparición del crédito a favor del damnificado. El fin último que persigue el asegurado con el seguro de responsabilidad civil es proteger su patrimonio contra el nacimiento o el aumento de un pasivo que amenace la estabilidad de su activo o le ponga fin. La causa del contrato observa es la indemnización del daño derivado de la aparición de un débito de

responsabilidad. El seguro de responsabilidad es pues, un seguro del pasivo.

En otras palabras, este seguro, es un seguro de deudas, pero como no ampara contra toda clase de deudas sino sólo contra aquellas que tengan por causa la responsabilidad del asegurado, se agrega que es un seguro de deudas de responsabilidad.

3.3.3. El Seguro de Responsabilidad Civil como Seguro de Defensa Jurídica

El artículo 1128, modificado por el artículo 85 de la ley 45 de 1990 establece que el seguro de responsabilidad civil, opera como seguro de defensa procesal con las limitaciones enumeradas en la misma norma.

Al respecto de seguros de responsabilidad civil como seguros de defensa procesal, los ilustres hermanos MAZEUD sostienen " El seguro de responsabilidad un contrato en virtud del cual el asegurador protege al asegurado contra las reclamaciones de las personas respecto de las cuales pueda comprometerse la responsabilidad del asegurado contra las consecuencias de dichas reclamaciones, cambio del pago por el asegurado de una suma fijada do antemano, la prima, generalmente exigible por vencimientos periódicos por lo demás poco importa que demanda sea o no

fundada. Basta que el demandante pretenda comprometer la responsabilidad del asegurado para que el asegurador esté obligado". Por eso Picard y Besson nos dicen que en este seguro "puede haber siniestro en ausencia de responsabilidad del asegurado"²¹.

3.4. LA ACCIÓN DIRECTA

El artículo 87 de la Ley 45 de 1990 que modificó el artículo 1133 del Código de Comercio, reconoce la existencia de un derecho propio del perjudicado frente al segurador de responsabilidad civil para exigirle la obligación de indemnizar nacida a cargo del asegurado. Este artículo ha extendido el derecho propio del perjudicado a todas las modalidades del seguro de responsabilidad civil, con un criterio progresista, lo que, en general, ha sido elogiado.

El reconocimiento del derecho del perjudicado frente al asegurador para exigirle la obligación de indemnización que pesa sobre el asegurado representa la culminación de un largo proceso dentro del seguro de responsabilidad civil, tendiente a tutelar de manera efectiva ese derecho.

²¹ MAZEAU H/nos. Op. Cit.

Dentro del planteamiento tradicional del seguro de responsabilidad civil, el tercero perjudicado ajeno por completo al contrato carecía de un derecho directo frente al asegurador. Tenía un derecho contra el asegurado causante del daño, y el asegurado era titular exclusivo de cualquier pretensión frente al asegurador. La separación nítida de las dos relaciones jurídicas (la del tercero perjudicado frente al responsable asegurado y la de éste frente al asegurador) justificaba dogmáticamente como se ha dicho con acierto, la inexistencia de vínculo alguno entre víctima y asegurador. Pero esta pureza de concepciones jurídicas llevaba a un resultado práctico insatisfactorio, por lo que se buscaban medios a favor del tercero perjudicado acudiendo tanto a los remedios normales del derecho de obligaciones, como a la promulgación de algunas disposiciones especiales en el campo del derecho de seguros. Disposiciones que se encontraban presionadas por el hecho de que de que tras los sistemas industriales modernos, en el que los daños se incrementan tanto en su frecuencia como en su importancia, se quiere hacer prevalecer la pronta y eficaz reparación del daño con relación a su resarcimiento tradicional, lo que altera como es bien sabido la función preventiva de la responsabilidad civil para hacer pasar a primer plano el interés por la reparación del daño, para lo que se busca no simplemente la existencia del seguro, sino que el perjudicado pueda dirigir su acción directamente contra el asegurador y no sólo contra el responsable del daño.

El magistrado de la Corte Suprema de Justicia Dr. CARLOS IGNACIO JARAMILLO, en un artículo publicado el numero 8 de la Revista Iberolatinoameicana de Seguros dice de la acción directa. " por ello es por lo que entre nosotros el seguro de responsabilidad civil, en la actualidad, cumple dos importante e inescindible funciones, destacadas ampliamente por la doctrina comparada especializada (función dual) y, de suyo, acogidas por la "mens legislatoris". La primera de ellas: preservar el patrimonio del asegurado, el cual se puede ver expuesto a una afectación de naturaleza objetiva (función de indemnizar). Y la segunda indemnizar o resarcir los perjuicios sufridos por la victima como consecuencia del daño generado por el asegurado (función de indemnización)".

Lo anterior ha contribuido a que el seguro de responsabilidad civil ya no se pueda considerar como el prototipo de los seguros por cuenta y a favor del asegurado, toda vez que la victima, quien tiene ahora un interés reconocido en la indemnización debida por el asegurador, en lo sucesivo, es el sujeto llamado a percibirla. De ahí la incontrovertible calidad de beneficiario que le asignó la nueva ley (Art. 1127, C. Co.), la victima se constituye en el beneficiario de la indemnización, no por ello apropiada calificación legal, sobre todo por la peculiar naturaleza que inviste el seguro de responsabilidad civil. Esto explica suficientemente porque dentro del marco de los debates parlamentarios de la ley, expresamente se le haya

considerado como contrato a favor de tercero, transformación que, a juicio de los legisladores, justificaba plenamente la incorporación de la acción directa en el seguro colombiano"²².

3.5. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

En el contrato de seguro de Responsabilidad Civil intervienen las mismas personas que lo hacen en cualquier contrato de seguro, trátase de seguro de daños o de personas, las partes son el Tomador y el asegurador, además el asegurado, que en muchos casos puede ser el mismo Tomador, y por último el beneficiario, el cual es una persona indeterminada, pero determinable, esto al momento de producirse el siniestro. Como en todo contrato de seguro puede intervenir también el intermediario y de ser necesario por la magnitud del siniestro, el ajustador de seguros.

²² JARAMILLO J, Carlos. Revista Iberolatinoamericana de Seguros No. 8. universidad Javeriana, Bogotá, 1996.

3.6. ATRIBUTOS DEL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Los atributos del contrato de Seguro de Responsabilidad Civil, son los mismos del contrato de seguros, es decir se trata de un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.

En tratándose de seguro de Responsabilidad Civil y en aquellos que son obligatorios no se les puede aplicar de manera absoluta el atributo de la consensualidad, debido a que la norma que los regula define las condiciones y fija también el monto del valor asegurado en cada caso.

3.7. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Los elementos establecidos en el artículos 1045 del Código de Comercio son en su totalidad predicables al contrato de seguro de Responsabilidad Civil, sin embargo cabe hacer algunas diferenciaciones en cuanto al interés asegurable y al riesgo asegurable.

Refiriéndose al interés asegurable en los seguros de Responsabilidad Civil, es el patrimonio del asegurado que se vería afectando al indemnizar por

una responsabilidad, esta es una posición de un sector de la doctrina, otro sector opina que es el patrimonio de la víctima el interés asegurable, en virtud de la acción directa establecida en el artículo 1133 del Código de Comercio.

En cuanto al riesgo asegurable en materia de seguros de Responsabilidad Civil es la Responsabilidad en que incurra el asegurado de acuerdo con la ley, según lo dispuesto por el artículo 1127 del Código de Comercio en seguros de Responsabilidad Civil cabe anotar que aunque el artículo 1054 ibidem, define al riesgo asegurable como el "suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del Tomador, asegurado o beneficiario" la culpa grave si es asegurable, así está establecido en el incisi final del artículo 1127 ibidem.

3.8 LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

3.8.1 Teoría del Hecho Dañoso o de la Ocurrencia

Fue adoptada por el Código de Comercio Colombiano de 1971. en ella se identifica la ocurrencia del siniestro con el acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado. El legislador del 71 confundió o asimiló las causas con el efecto.

Lo importante para él es la circunstancia fáctica original, el hecho dañoso, la causa del futuro daño, no su materialización, ni su manifestación real, sino una situación jurídica consistente en que el patrimonio del responsable queda gravado con la obligación de indemnizar desde el momento mismo en que se produce el hecho externo imputable al asegurado.

3.8.2 Teoría del Daño

En esta tesis se parte del supuesto de que el siniestro ocurre cuando se origina la deuda de responsabilidad y tal débito no se produce si no se concreta el daño. Por supuesto que el surgimiento del daño es un momento difícil de determinar y ha sido objeto de una particular reflexión en materia del seguro de responsabilidad civil, por productos defectuosos, médica y contaminación, entre otros. Lo anterior debido a los largos periodos que preceden a la manifestación de las pérdidas por un número considerable de laboratorios farmacéuticos cuyas consecuencias se percibieron doce o quince años después.

3.8.3 Teoría de la Cuantificación o Liquidación del Daño

Para los defensores de ésta tesis, el siniestro se produce cuando se liquida el monto de la obligación, no consideran daño el nacimiento de la deuda de responsabilidad. Se exige la determinación del quantum. Obsérvese sin embargo que no solo de los elementos cuantitativos pende el deber de

indemnizar. Este se encuentra determinado por un presupuesto fundamental la existencia de la responsabilidad legal.

3.8.4. Teoría del Reclamo

En ella se expresa que el siniestro se produce cuando el tercero le formula el reclamo al asegurado, ha sido defendida por la doctrina alemana, francesa, española y parte de la argentina. Para los franceses, el daño solo se concreta con el reclamo judicial o extrajudicial del perjudicado porque, así éste carezca de fundamento, obliga al asegurado a defenderse.

Téngase en cuenta que la teoría que aquí se resume, también ubica el siniestro en un momento diferente al del acaecimiento del hecho externo imputable al asegurado y que éste se produce aún, sin que medie responsabilidad de su parte. Finalmente nótese que resulte lamentable abandonar a la suerte dejando al arbitrio de la víctima, radicando en cabeza del tercero, la facultad de determinar cuándo se produce el daño.

Por otra parte, con fundamento en ella hizo carrera, en el mercado nacional e internacional del reaseguro y del seguro, la inserción de las cláusulas Claims Made, y no obstante, sus numerosos adeptos, también, ha sido objeto de sustanciales críticas a nivel doctrinal y jurisprudencial.

Finalmente, importa considerar que contra esta tesis se ha argumentado también que el objetivo de éste seguro no es, de manera exclusiva, el de proveer a la defensa procesal del asegurado, sino pagar los perjuicios en que éste incurre con motivo de determinada responsabilidad civil, para evitar su menoscabo patrimonial.

3.8.5. Teoría del Pago

Según ésta postura, el siniestro surge cuando el asegurado, en forma previa, resarce los perjuicios del tercero, la cobertura opera por reembolso; ha sido muy criticada por cuanto en los eventos de insolvencia del asegurado el siniestro no ocurriría y éste se encontraría impedido para exigirle, al asegurador, el cumplimiento de la obligación.

3.8.6. Teoría de la Sentencia Ejecutoriada

Para los defensores de ésta teoría la existencia del siniestro se encuentra sujeta al pronunciamiento judicial y más concretamente a la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad del asegurado. Como se observa, en ella también se registra la ocurrencia del siniestro, por lo demás de manera arbitraria, en un momento posterior.

En efecto, el hecho, siempre, se produce con antelación al reclamo, y, por supuesto también, es previo a la decisión proferida por el juez, cuyo contenido es, simplemente, de carácter declarativo, no constitutivo.

3.8.7. Teoría del Hecho Complejo

El doctor Efrén Ossa rechazó estas teorías cuando sostuvo que la integridad del siniestro, en el seguro de Responsabilidad Civil, no se produce sólo con el daño se requiere de un hecho – causa - y de un daño – efecto, pudiendo el hecho ocurrir durante la vigencia y concretarse, la consecuencia del mismo, con posterioridad a su expiración.

El maestro, Fernando Hinestrosa señala también que la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil es, entonces, el resultado de un proceso complejo, de un fenómeno variante que se empieza a hacer sentir con el acaecimiento del hecho externo.

La crítica mayor que afecta a ésta teoría es la que señala que no es lógico sujetar la consolidación del siniestro al agotamiento de todas y cada una de las etapas que integran el evento complejo.

Ciertamente, lo importante es reconocer que sí se trata de un fenómeno complicado motivo por el cual es, en consideración a las particularidades

propias de esta modalidad asegurativa que se debe adoptar una postura acorde con la necesidad de darle seguridad a las relaciones jurídicas surgidas de este contrato. Lo anterior nos obliga a consultar la realidad del riesgo en la era tecnológica y dada la distancia temporal entre la causa y la aparición de la secuela, a generar mecanismos jurídico; que nos permitan asumir por ejemplo que, este acaece, a partir de la primera manifestación comprobada del daño y definir, a partir de allí, un plazo para la formulación del reclamo. En efecto, mientras no haya surgido esa concreta expresión de la pérdida sufrida cómo obligar al damnificado a formular el reclamo y por otra parte habiendo ella surgido cómo dejar al arbitrio de la víctima la posibilidad de que reclame sin limitaciones.

No obstante la pretendida simplicidad con la que se ha esbozado aquí las diferentes teorías, la problemática, para determinar, en los seguros de responsabilidad civil y de Manera particular, en el actual proceso económico industrial, cuándo se entiende ocurrido el siniestro, como los mal llamados "efectos secundarios", sigue latente.

Tal ejercicio es mucho más complicado de lo que a primera vista parece, las dificultades tácticas que nos impiden establecer el momento exacto en que se produce el daño, son verdaderamente traumáticas. En efecto, éste suele integrarse, a partir de una serie de sucesos, de una manera

escalonada por lo que se convierte en un verdadero rompecabezas, cuantificar el siniestro, establecer la relación causal y atribuir la responsabilidad.

3.9. CLAUSULAS CLAIMS MADE

3.9.1. Surgimiento de las Clausulas Claims Made

Las diferentes posiciones doctrinarias frente a lo que se entiende por siniestro en seguros de Responsabilidad Civil, generó en el pasado una serie de confusiones al tratar de aplicar la norma de la prescripción de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, si se pretendía entender por siniestro la reclamación, se hacía necesario que las aseguradoras no pudieran disponer de las reservas técnicas por un lapso de 20 años, tiempo establecido en el Código Civil, para la aplicación de la prescripción extraordinaria (art. 2533), hecho este que sería demasiado oneroso para el sector asegurador, lo que desdibujaría el sentido mercantil de tal actividad. El artículo 4 de la Ley 389 de 1997 solucionó de una vez las confusiones habidas al respecto y dio paso a que en el contrato de seguros se conoce como las cláusulas Claims Made.

Del surgimiento de las cláusulas Claims Made, dice, el ilustre tratadista Dr. Andrés Ordóñez Ordóñez, "la búsqueda de solución a los problemas que

plantea el siniestro en el seguro de responsabilidad civil para los aseguradores y que hemos hecho consistir básicamente en la persistencia de su compromiso frente al asegurado durante lapsos muy considerables y posteriores a la finalización de la vigencia de las pólizas, bajo el entendido de que el siniestro es cualquier hecho dañoso que se produzca en el período de vigencia de la póliza, independientemente de cuando la víctima procede a formular su reclamación, han llevado al planteamiento de las cláusulas Claims Made, a través de las cuales y sin duda con fundamento en la consideración de que doctrinariamente se ha sostenido con argumentos serios que el siniestro en este tipo de seguro consiste en la reclamación de las víctimas y no en el hecho dañoso en sí, se han incluido en las pólizas, bajo la forma de cláusulas limitativas de cubrimiento, estipulaciones mediante las cuales el asegurador sólo asume la atención de siniestros respecto de los cuales la reclamación de la víctima se produzca dentro del término de vigencia del contrato o dentro de un periodo determinado con posterioridad a esa vigencia. Ese es el principio básico de las cláusulas Claims Made²³.

²³ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andres. El Contrato de Seguro. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998.

3.9.2. Análisis de las Cláusulas Claims Made

En el numeral 8 de la Revista Latinoamericana de Seguros, el ilustre profesor chileno Dr. OSWALDO CONTRERAS STRAUS, hace un análisis que bien merece transcribirlo; "En síntesis la cláusulas Claims Made, consiste en una estipulación en virtud de la cual las partes en el contrato de seguros pactan que sólo están cubiertos los siniestros que, no sólo hayan ocurrido, sino que también hayan sido reclamados a la compañía aseguradora, dentro del término cronológico de vigencia de la póliza.

En consecuencia, sólo están cubiertos los siniestros que no sólo ocurran sino que, además, sean comunicados a la compañía durante la vigencia de la póliza.

Si bien es cierta una cláusula de esta naturaleza podría estamparse en cualquier tipo de seguros, usualmente se la introduce en las pólizas de seguros de responsabilidad civil y es justamente en ellas, donde presenta los problemas que pretendemos exponer aquí.

En efecto, en la mayoría de los seguros de daños y particularmente en los seguros de daños de cosas, conocidos comúnmente con el nombre de seguros reales, la estipulación de una cláusula de esta naturaleza no produciría en principio mayores problemas, porque usualmente el

asegurado toma conocimiento de la ocurrencia del siniestro de inmediato, por lo que estará en condiciones de reportarlo a la compañía dentro de un plazo breve; de suerte que la exigencia de hacer dicho trámite dentro del plazo de vigencia de la cobertura no representará para él una gran amenaza para sus derechos.

Pero en el caso de la responsabilidad civil profesional el desconocimiento del siniestro suele ser más común.

Como ya hemos dicho, generalmente el profesional trata de ejecutar las cosas conforme a los conocimientos de la ciencia o arte que profesa y, además, cree que lo ha hecho bien, de modo que en la inmensa mayoría de los casos él ignora, cuando termina de ejecutar el servicio que se le ha encargado, que, justamente durante su ejecución pueda haber ocurrido alguna circunstancia generadora de su responsabilidad civil²⁴.

En todas estas situaciones, el efecto que se produce como consecuencia de la aplicación al seguro de responsabilidad civil de la cláusula Claims Made, consiste en que el asegurado que ignora la "incubación de un siniestro" se ve privado de la cobertura contratada sin que pueda bastar para evitarlo, el que ponga su máximo empeño.

²⁴ CONTRERAS TRAU. Oswaldo. Op. Cit.

De hecho, la no aplicación de la cláusula Claims Made en los seguros de responsabilidad civil profesional significa llevar la vigencia de la póliza a un plano de indefinición total.

En el caso Colombiano lo permitido según el artículo 4 de la Ley 389 de 1997, son los reclamos hechos en la vigencia de la póliza, y después de la vigencia con un mínimo de 2 años. El texto de la norma es el siguiente: "En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Asimismo, se podrán definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad, siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años".

De la interpretación de la norma se puede inferir, que en Seguros de Responsabilidad Civil, se puede reclamar en la vigencia de la póliza aun por siniestro ocurridos con anterioridad y los ocurridos durante la vigencia se pueden reclamar después, según se pacte en el contrato, pero con un

mínimo de 2 años, es decir, la cláusulas Claims Made no pueden limitar el tiempo de la reclamación a menos de 2 años.

De la interpretación de la norma también se puede predicar que en virtud de ella es asegurable el Riesgo Putativo de que habla el artículo 1706 de Código de Comercio y sólo aplicable al seguro marítimo.

Pero para que sea válido el amparo de siniestros ocurridos antes de la vigencia es necesario que el asegurado desconozca de su existencia lo mismo el asegurador.

A continuación expondré un ejemplo de cláusula Claims Made en un contrato de seguro de Responsabilidad Civil de una aseguradora Colombiana.

SINIESTRO: Es todo hecho externo, accidental, súbito, repentino e imprevisto acaecido durante la vigencia de la póliza y que haya causado un daño que pueda dar origen a una indemnización de responsabilidad civil amparada por esta póliza, reclamada en un plazo máximo de dos (2) años después de finalizar la vigencia. (SURAMERICANA DE SEGUROS S. A.).

Como se puede observar en esta cláusula, la reclamación se limita a los siniestros ocurridos durante la vigencia y hasta dos años después, con ello se restringen de manera clara los reclamos por siniestros ocurridos antes de la vigencia y hacia el futuro sólo se permite hasta dos años, es decir, el mínimo permitido por la norma.

3.9.3. Validez de las Cláusulas Claims Made

Antes de la promulgación de la Ley 389 de 1997, la validez de las cláusulas Claims Made era bastante discutida, como lo es actualmente por la doctrina extranjera, ya que en muchos países no se ha legislado al respecto y ha sido la jurisprudencia de las altas Cortes a la que le ha correspondido pronunciarse en lo referente a la validez de la citadas cláusulas, como en su momento lo hizo la Corte de Casación Española.

Como quedó dicho, en Colombia la solución se dio con la promulgación de la Ley 389 de 1997, que también modificó a los artículos 1036, 1046 y de párrafo único del artículo 1047 del Código de Comercio; el artículo 4 de la citada Ley permite pactar las cláusulas Claims Made, dándoles validez jurídica.

3.9.4. Modalidades de las Cláusulas Claims Made

El doctor ANDRÉS ORDÓÑEZ en su obra titulada El Contrato de Seguro, enumera las modalidades posibles de las citadas cláusulas de la siguiente manera.

"Las cláusulas de limitación temporal de cobertura pueden ser de varias clases

- a). Cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso y su aviso al asegurador se produzcan dentro del término de vigencia del contrato.
- b). Cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso, su aviso al asegurador y la declaración de la víctima se presenten dentro del término de vigencia del contrato.
- c). Cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso se produzca dentro de la vigencia del contrato de seguro y que le reclamación del tercero se lleve a cabo dentro de esa vigencia o dentro de un término posterior al hecho o a la terminación de la vigencia del contrato.
- d). Cláusulas que hacen depender la cobertura simplemente de que la reclamación del tercero se presente dentro del término de vigencia o dentro de un periodo posterior al hecho mismo o al término de vigencia del contrato, incluyendo hechos que hayan podido acaecer antes de la vigencia del contrato de seguro y sobre los cuales o sobre cuyas

consecuencias dañosas el asegurado no tuviere conocimiento. Este tipo de cláusulas se caracterizan por su especial singularidad de implicar un cubrimiento de tipo retroactivo que no se encuentra en las demás modalidades, en tanto que se extiende a cubrir hechos anteriores a la vigencia del contrato de seguro"²⁵.

De seguro que en las modalidades enumeradas anteriormente no están todas ya que la Responsabilidad Civil evoluciona con la sociedad y de igual manera lo hace el seguro de Responsabilidad Civil lo que indiscutiblemente lleva a que se den nuevas o diferentes modalidades.

3.10. SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

3.10.1. Seguro de Cumplimiento

Bajo esta forma las Compañías de Seguros han venido asumiendo la responsabilidad originada en el incumplimiento de contratos, el retardo en su cumplimiento o su cumplimiento imperfecto bajo modalidades tales como garantizar el manejo de los anticipos en dinero o en especie a que se entregan a los contratistas (Muy usual en los contratos de obras públicas), garantizar su cumplimiento oportuno, la cláusula penal y la estabilidad de la obra contratada. Bajo cualquiera de las modalidades, particularmente las

²⁵ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andres. Op. Cit.

de cumplimiento, cláusula penal o establecida de la obra, las Compañías no hacen sino asumir una responsabilidad limitada en lo que se considere una liquidación anticipada de los perjuicios.

De ahí, que si por incumplimiento del contrato se determina una responsabilidad superior a la suma asegurada, la compañía solo responde hasta el monto asegurado y aún en exceso de la suma asegurada por los gastos del proceso promovido contra el contratista pero en proporción a la cuota que le corresponde en la indemnización tal como lo dispone el artículo 1.128 con las salvedades que en él mismo se establecen.

La póliza del cumplimiento garantiza al beneficiario, quien debe probar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, la protección contra el incumplimiento de las obligaciones contractuales más no perjuicios de otro orden aunque se relacionen directa o indirectamente con el incumplimiento. Se establece en estos seguros, siguiendo reglas generales, que la fuerza mayor o caso fortuito liberatorios de la responsabilidad eximen de obligación a la Compañía y que en el caso de que no eximieran de responsabilidad darán derecho a una ampliación de plazo para ejecutar el contrario o al cambio de sus modalidades de acuerdo con las circunstancias especiales que la fuerza mayor o el caso fortuito hayan creado.

3.10.2. Seguro de Manejo

Bajo ese tipo de pólizas se cubre la responsabilidad por el manejo de dinero o bienes en especie avaluables en dinero, cuyo manejo y cuidado es confiado a empleados bajo una relación contractual cualquiera. Contienen una cobertura de responsabilidad contractual, pues se determina la obligación del empleado o dependiente de responder por los bienes cuyo manejo le ha sido encomendado.

3.10.3. Seguro de Responsabilidad Civil Profesional

La actividad aseguradora acorde con las exigencias que le impone el desarrollo de la Sociedad ha aceptado asegurar algunas actividades profesionales, lo cual antes no era concebible habida cuenta de la creencia aquella de que el seguro no se inventó para servir de garante de las obligaciones del deudor contractual.

Actualmente se puede asegurar actividades profesionales como la medicina, que es la que más se asegura en virtud de las exigencias de tal requisitos exigido por la Ley 100 de 1993; también es posible asegurar otras profesiones que están, dentro de las llamadas ciencia de la salud, por las mismas exigencias.

3.10.3.1. Seguros De Responsabilidad Civil Médica y Hospitalaria

La vía civil ha fijado, como módulo rector de todo arte médico la llamada *lex artis ad hoc* que tiene en cuenta, a la hora de fijar la responsabilidad, las especiales características del autor, de la profesión concreta, de la complejidad y trascendencia vital para el paciente, y otros factores endógenos; la obligación contractual y extracontractual del médico es una obligación de medios, lo que supone que está obligado a proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, pero no se obliga a obtener la curación (obligación de resultados), sino a poner en su actuación toda la actividad objetiva y no opera tampoco la inversión de la carga de la prueba; la mera relación causal material entre la intervención y la lesión no es suficiente si no se añade la realidad de un elemento intencional o culposo.

Esta precisión supone que el riesgo asegurado es el derivado del ejercicio de la profesión del médico (o explotación de centro sanitario) y no, por ejemplo, el derivado de la esfera privada (como cabeza de familia). El asegurado debe demostrar que la reclamación que se le dirige está relacionada exactamente con la actividad profesional o empresarial expresamente declarada en la póliza. Primeramente en la póliza se indica que lo que se asegura o cubre, en el sentido arriba indicando, es la responsabilidad profesional en que puede incurrir el médico por daños

causados tanto a pacientes como a terceros y que se deriven de errores u omisiones profesionales u organizativos.

La póliza de Responsabilidad Civil, consiste en un entramado jurídico compuesto por condiciones generales, particulares y limitativas; su distinción es importante ya que:

- Deben redactarse de forma clara y precisa, destacándose, de modo especial, las cláusulas limitativas de los derechos de asegurado, y subordinando su efectividad a una especial previsión en la póliza documentada y a una específica y expresa aceptación de las mismas por el interesado.
- Tanto unas como otras obligan al asegurado y, en su día, al perjudicado si se han cumplido los requisitos arriba indicados.
- Las generales no pueden tener en ningún caso carácter lesivo para el asegurado.
- Por último, todo lo pactado entre asegurador y asegurado, en lo que no este regulado imperativamente por la ley, constituye materia contractual, que tiene fuerza legal, respecto a la cual lo dispuesto en los códigos.

El contenido material de la póliza.

En la póliza de Responsabilidad Civil profesional existen una serie de delimitaciones técnicas que da vida al riesgo asegurado, diferenciándolo de otros.

Esta actividad profesional o empresarial se suele describir en la propia póliza indicando, por ejemplo, que se amparan aquellas reclamaciones por errores u omisiones en el tratamiento, en el desarrollo de la intervención quirúrgica; en la información a pacientes, familiares o autoridad competente sobre consecuencias de un determinado tratamiento o enfermedad; en la aplicación o entrega de medicamentos y productos farmacéuticos en general; en la prestación de primeros auxilios; por la tenencia o utilización de los necesarios aparatos e instalaciones reconocidos por la ciencia médica, por el arrendamiento de quirófanos, camas, etc. para uso de sus pacientes; en la organización del centro de trabajo o consulta.

Junto a errores u omisiones propios, está también la responsabilidad por errores u omisiones propios, está también la responsabilidad por errores u omisiones que pueden tener su origen en actos del personal a su servicio, pero además, la póliza incluye la propia responsabilidad de éstos, de igual calidad que la del propio asegurado, lo que supone que médicos,

enfermeras, etc. tiene también la calidad jurídica de asegurados, no pudiéndose, ejercitar contra éstos ningún derecho de repetición.

En el caso de un centro, con independencia de su carácter público o privado, se incluye, también, por un lado la responsabilidad empresarial exigible al hospital, clínica o centro asistencial por el personal médico, enfermeras, practicantes, personal paramédico y demás personas que presten sus servicios en el mismo por los daños que causaren en el desempeño de los cometidos que tuvieren asignados así como la responsabilidad directamente exigible a médicos, enfermeras, practicantes, personal paramédico y de más personas que, bajo relación de dependencia, presten sus servicios en el hospital, clínica o centro asistencial asegurado.

Secundariamente la póliza de Responsabilidad Civil, tiene unas delimitaciones del riesgo, recogidas en las condiciones particulares, con carácter de cláusulas limitativas como son:

- La delimitación cuantitativa, que es el límite de indemnización fijado en la póliza y que puede adoptar las siguientes modalidades:
- Suma asegurada por siniestro: la cantidad, fijada en la póliza, que el asegurador se compromete a pagar, como máximo, por la suma de

todas las indemnizaciones, intereses y gastos correspondientes a un siniestro.

- Suma asegurada por un año de seguro la cantidad, indicada en la póliza, que el asegurador se compromete a satisfacer, como máximo, por la suma de todas las indemnizaciones, intereses y gastos procedentes de daños ocurridos en el curso de un mismo año de seguro, con independencia de que dichos daños sean imputables a uno o varios siniestros.

3.11. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE PRODUCTOS

La Responsabilidad Civil por productos defectuosos es talvez la rama de la responsabilidad civil que más ha evolucionado en las últimas décadas, debido, sobre todo, a la producción de bienes y servicios en masa, así como de la enorme cadena de intermediarios que intervienen desde la producción hasta el consumo final del producto o servicio. De otro lado, el mecanismo del seguro, al que tan habitualmente se acude con el fin de desplazar el riesgo de la responsabilidad, no siempre está dispuesto a prestar cobertura de todas las contingencias a que pueda dar lugar la mala calidad de un producto o servicio. Todo ello debido al enorme costo de la siniestralidad en la mayoría de los países desarrollados como consecuencia

de una concepción más generosa de los ordenamientos jurídicos en relación con las víctimas de dichos defectos.

La responsabilidad por productos se puede dar por un vicio redhibitorio, por mala calidad y eficiencia o por un defecto del producto.

El Código Civil Colombiano en el artículo 1915 establece con precisión la figura jurídica del vicio redhibitorio.

Pero puede suceder que el producto no preste la utilidad para la cual fue adquirido, así no haya de por medio un vicio oculto o redhibitorio. Es lo que ocurre con productos que inicialmente funcionan de manera adecuada, pero que luego de un cierto uso se vuelven inservibles. O que, simplemente, no funcionan como se esperaba.

Es ésta, generalmente, una responsabilidad objetiva, pues el vendedor está obligado a entregar al comprador un bien adecuado para la finalidad perseguida al momento de adquirir un producto.

Con miras al cumplimiento efectivo de dichas garantías, en algunos países se han introducido por vía legal o jurisprudencial una obligación previa de instrucción o información. De acuerdo con ella, el vendedor no solo está obligado a informar al comprador las condiciones de utilización de las

cosas, sino también a averiguar las reales necesidades del comprador, para verificar si el bien objeto de la venta se adecua a esas necesidades.

En general, este objetivo se alcanza mediante las llamadas legislaciones de protección al consumidor. Con ellas se pretende garantizar la buena calidad y eficiencia de los productos o servicios, a quienes sean sus consumidores o usuarios.

La responsabilidad por productos defectuosos está limitada a los accidentes personales o materiales que cualquiera persona.

3.12. SEGUROS OBLIGATORIOS

El Estado, en aras de salvaguardar intereses sociales o gremiales, ha legislado sobre seguros privados mediante la creación protecciones obligatorias, son ejemplos de algunos de estos seguros:

El más conocido y que se conoce con el nombre popular de "Seguro Obligatorio" es el SOAT, creado mediante Decreto 2544 de 1987 y que cubre a las víctimas de accidentes de tránsito con los amparos de gastos médicos, incapacidad permanente, muerte, gastos funerarios y gastos de transporte de víctimas, para los amparos antes citados del SOAT existe una suma límite. El artículo 994 del Código de Comercio, obliga a los

transportadores de pasajeros y de carga a tomar una póliza de seguros que cubra a las personas y a las cosas transportadas contra los riesgos inherentes al transporte.

El Decreto 1726 de 1990, complementario del Decreto 1449 del mismo año, obliga a los transportadores de estudiantes a ampararlos mediante una póliza de seguro, la responsabilidad emanada del contrato de transporte por los daños que puedan sufrir las personas transportadas.

Para obtener la licencia de prestación del servicio de transporte para el turismo por medio de embarcaciones, el Decreto Reglamentario 2451 de 1986 obligó a las personas dedicadas a esta actividad a contratar una póliza de seguros con los amparos de gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios, incapacidad permanente, muerte accidental y gastos funerarios, para cubrir los riesgos de daños corporales físicos causados a los pasajeros y los gastos que se deriven de la prestación de ese servicio, de acuerdo con el Reglamento 03 de 1990, expedido por la Dirección General Marítima del Ministerio de Obras Públicas de la época.

El Decreto Reglamentario 2689 de 1988 obligó a las empresas de transporte fluvial a contratar una póliza de seguro para amparar los riesgos inherentes a la navegación fluvial, por los daños o pérdidas que puedan ocasionar por causa de tal actividad, cuyos aspectos, al tenor de dicho

Decreto, se regirán por lo dispuesto en el Código de Comercio y en las demás disposiciones legales sobre la materia.

Las empresas nacionales de transporte marítimo, definidas como tales por el Decreto 2327 de 1991, están obligadas a tomar y mantener vigentes, mientras dure el contrato de arrendamiento de naves, las siguientes pólizas de seguros:

- De protección para la carga que transporten por el 100% del valor comercial de la nave correspondiente.
- De cumplimiento de las disposiciones legales sobre marina mercante y competencia desleal;
- De contaminación marítima.
- Seguros obligatorios de responsabilidad civil para transporte y almacenamiento de combustibles y gas propano.

Según el artículo 82 del Decreto Reglamentario 283 de 1990, todas las personas naturales o jurídicas dedicadas al almacenamiento, manejo, transporte, envase y distribución de petróleo, deberán mantener vigente una póliza de seguro de responsabilidad civil extra - contractual, que cubra los daños a terceros en sus bienes y personas, por el transporte y manejo

de combustibles, con los límites mínimos de valores asegurados fijados por el mismo Decreto.

La comisión del Acuerdo de Cartagena, mediante varias Decisiones, estableció las distintas modalidades de seguros obligatorios, que rigen para el transporte, tanto de pasajeros como de carga en el Pacto Andino. A continuación se presenta una síntesis de las principales:

La Decisión 257 de 1990 fijó requisito, para obtener el Certificado de idoneidad para el transporte de carga, la suscripción de una póliza, cuya cobertura sea válida en el territorio del País Miembro, que garantice el pago de las obligaciones derivadas de daños a terceros y a la tripulación empleada por el transportador, ocasionados por las operaciones del transporte de carga.

Por medio de la Decisión 289 de 1991, reglamentada por la Decisión 359 de 1994, la Comisión del Acuerdo de Cartagena exigió, a los interesados en el transporte de pasajeros, como condición para obtener el " Permiso Originario de Prestación de Servicios", la suscripción de una póliza de seguro con cobertura válida en el País Miembro, que les garantice a los pasajeros, a la tripulación y a los terceros, la indemnización por daños o

perjuicios, que sufran como consecuencia de accidentes ocasionados en las operaciones de transporte de personas.

Para poder ser inscrito en el Registro de Operadores del Transporte Multimodal, el interesado estará obligado a suscribir una póliza de seguro, que garantice el pago de las obligaciones por pérdida, daños o retrasos en las entregas de mercancías, derivados de los contratos de transporte Multimodal.

- Seguros Obligatorios de Responsabilidad Civil para Empresa de Vigilancia Privada.

Por disposición del Decreto Ley 356 de 1994, para la expedición de licencias de funcionamiento, la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad exige a las personas interesadas en la prestación del servicio de vigilancia y seguridad privada, entre otras, la obligación de presentar una póliza de seguro de responsabilidad civil Extracontractual, que cubra los riesgos de uso indebido de armas u otros elementos de vigilancia y seguridad privada, por un valor asegurado no inferior a 400 salarios mínimos mensuales vigentes, expedida por una compañía de seguros legalmente autorizada.

- Seguro Obligatorio para Empresas de Servicio Temporales:

La Ley 50 de 1990 impuso, a las empresas de servicios temporales, la obligación de "constituir una garantía con una compañía de seguros legalmente establecida en Colombia, en favor de los trabajadores de la respectiva empresa, en cuantía no inferior a quinientas (500) veces el salario mínimo legal vigente para asegurar salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de los trabajadores, en caso de iliquidez de la empresa".

- Seguro de vida Obligatorio para los Funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público:

El Estatuto Financiero, en su artículo 202, reglamentó el seguro obligatorio de vida para los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y para las personas, que transitoriamente desempeñen funciones jurisdiccionales, las cuales por causa o con ocasión del ejercicio de sus cargos, pierdan la vida o resulten inválidas o incapacitadas parcial o totalmente para el trabajo.

- Seguros Obligatorios de Vida y Salud para concejales:

La Ley 136 de 1994 creó, a cargo de los municipios, un seguro de vida equivalente a veinte (20) veces el salario mensual del alcalde y un seguro médico asistencial (salud) igual al que tiene el mismo funcionario, para los concejales titulares, que concurren ordinariamente a las sesiones de la corporación, seguros que podrán ser contratados por autorización de los Concejos municipales con cualquier compañía de seguros legalmente establecida en el país.

- Seguro Ecológico Obligatorio:

Este es uno de los seguros obligatorios de más reciente creación. La Ley 491 de enero 13 de 1999 creó la póliza, cuyos valores asegurados y condiciones generales de operaciones deberá reglamentar el gobierno nacional.

El seguro ecológico obligatorio estará a cargo de las personas naturales o jurídicas, que en ejercicio de sus actividades, puedan ocasionar daños al ambiente y requieran licencia ambiental para desarrollar tales actividades, y ampara los perjuicios producidos por daños al ambiente y a los recursos naturales.

CONCLUSIONES

El contrato de seguro es el más regulado dentro del título IV del Código de Comercio, ello debido a la importancia de este contrato en el mundo jurídico; pero por la estructura del presente trabajo no fue posible hacer un análisis de todas las normas que regulan a tal contrato; por lo que solo se hizo por tópicos, abarcando en ellos varias normas a la vez y haciendo énfasis en aquellos temas de más aplicación en la práctica, o que ofrecen mayor dificultad para su interpretación como son el de la consensualidad, característica esta reciente, por lo que data apenas de 1997 con ocasión de la promulgación de la Ley 389 del mismo año. La consensualidad ha generado algunos problemas al interpretar lo establecido en el artículo 1046 del Código de Comercio al decir que el contrato de seguro se probará por escrito y por confesión, en cuanto a éste último medio de prueba su aplicación es bastante claro, pero en tratándose de "por escrito" algunos doctrinantes sostienen con alguna razón que se trata del principio de prueba por escrito, esto es todo escrito o escritos que de alguna manera lleven a establecer la existencia del contrato, por otro lado están quienes afirman que se trata en este caso del escrito o escritos que permita la plena identificación de las partes y la determinación del interés asegurable, el

riesgo asegurable. la prima y la obligación condicional del asegurador, es decir, los elementos del contrato de seguro.

Por tratarse de una investigación en materia de derecho, se quiso darle cabida al tema de los aspectos procesales del contrato de seguro y en ello se hace una disertación acerca de la reclamación, la objeción, los diferentes procesos, y la prescripción y el llamamiento en garantía. Otro tema que se abordó fue el de la prescripción de las acciones emanadas del contrato de seguros, pero esto fue solucionado de manera justa por la jurisprudencia nacional en reciente fallo de mayo de 2000.

Como se trata de una investigación bibliográfica sobre el Contrato de Seguro y su Responsabilidad Civil; es obligatorio darle tratamiento a la Teoría de la Responsabilidad Civil, lo cual se realizó de manera clara y sencilla debido a que la monografía va dirigida también a personas que no tienen la formación de abogados, de tal manera que se hizo un esbozo de la definición de lo que es la responsabilidad hasta llegar a los medios de defensa, pasando antes por los Fundamentos; Los Elementos de la Responsabilidad Civil; La Responsabilidad Civil Contractual; La Responsabilidad Civil Extracontractual.

Al llegar a los Seguros de Responsabilidad Civil se quiso hacer especial énfasis en este tema debido a que los doctrinantes nacionales no le han prestado la atención debida a una materia tan importante como esta: Además de abordar los tópicos comunes a todos los contratos, se hizo especial hincapié en el tema de la ocurrencia del siniestro dándole cabida a todas las teorías al respecto, necesario esto para darle paso a la prescripción de la acción emanada del contrato de seguros de responsabilidad civil, y lo que le denominan Cláusulas Claims Made, las cuales surgieron en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 389 de 1.997 y a partir de entonces han recibido toda serie de críticas ya que su inclusión en los contratos de seguros de responsabilidad civil se considera lesiva a los intereses del asegurado.

RECOMENDACIONES

Debido a la gran importancia que reviste el Contrato de Seguro en la vida económica actual, recomendamos investigar mas exhaustivamente sobre todo el tema relacionado a lo establecido en el primer inciso del articulo 1046 del Código de Comercio, la ley 389 de 1.997 impuso una tarifa legal, práctica ésta que se creía desterrada de nuestro ordenamiento legal y que al decir del maestro DEVIS ECHANDÍA," se produce un divorcio entre la justicia y la sentencia" y que se presta a que se pueda pensar en una violación al debido proceso, puesto que, es mas fácil para la parte dominante dentro de la relación, como lo es el asegurador, ajustarse a la tarifa legal, por lo que al no haber un escrito que pruebe la existencia del contrato y ocurrir el siniestro, en el interrogatorio puede negar la aceptación del riesgo que hizo en forma verbal, poniendo en desventaja a la parte débil que viene a ser el asegurado, que quedaría despojado de su derecho de ser indemnizado.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones. Ediciones Librería del Profesional, Editorial Colombia Nueva Ltda ., Colombia 1983.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, José A. Los Principales Contratos Civiles Bogotá. 1989.

BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés Principios Jurídicos del Contrato de Seguros, Editorial Colombo Bogotá 1994.

DE LA VEGA. Antonio. Derecho de Obligaciones. Cuarta Edición Editorial Temis. Bogotá 1986.

DUQUE GÓMEZ, José. Compilación y Extractos del Daño Primera Edición. Editora Jurídica de Colombia Ltda . Colombia 2001.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos. Estructura de la Forma en el Contrato de Seguros. Editorial Temis Bogotá, 1986.

KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999.

LOPEZ BLANCO, Hernan Fabio. Contrato de Seguro. Tercera Edición. Dupré Editores. Bogotá, 1999.

MARTINEZ RAVÉ, Gilberto. Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Novena Edición. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, 1996.

MAZEAUD, Henry y León. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. Tomo I, Vol. I, II, III. Edición E.J.E.A. Buenos Aires 1961.

OSSA GOMEZ, J. Efrén. Teoría del Seguro, El Contrato. Segunda Edición. Editorial Temis. Bogotá, 1991.

OSSA GOMEZ, J. Efrén. Los Conflictos Bélicos en el Contrato de Seguros. Editorial Temis, 1993.

OLANO VALDERRAMA, Carlos. Tratado Técnico Jurídico Sobre Accidentes de Tránsito de Circulación. Quinta Edición. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá 1998.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. El Contrato de Seguros Universidad Externado de Colombia Bogotá 1998.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil Tomo I,II. Editorial Temis Bogotá 1999.

VELÁSQUEZ SIERRA, Mario. Divagaciones Alrededor del Seguro. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín 2000.

ZULETA HOLGUIN, Francisco. Mecánica Procesal del Contrato de Seguros. Editorial Dintel. Bogotá 1998.