

## NOTAS PRELIMINARES

Al hacer entrega del presente trabajo a la Universidad de Antioquia para que sea sometido al juicio del tribunal de tesis, encuentro oportuno formular algunas breves reflexiones relativas a la importancia del tema, a la delimitación de los aspectos del contrato aquí comentados y a las obras que me sirvieron de orientación en el estudio y exposición de los postulados fundamentales de la teoría general del seguro.

### IMPORTANCIA DEL TEMA

He abocado uno de los contratos de mayor trascendencia en el derecho comercial y económico. Puede decirse que el seguro constituye, hoy más que nunca, una institución vital e imprescindible no sólo en el área individual y familiar sino en todas las actividades del mundo contemporáneo de los negocios.

La razón es obvia: representa la solución más adecuada del gravísimo problema del riesgo que, de manera permanente, despiadada y ciega, pone en peligro la vida del hombre, su integridad personal, sus ingresos, su hacienda y sus empresas industriales y comerciales.

Concebido como el más completo sistema de protección en todos los órdenes de la vida, no resulta extraño que Bretan clasifique la necesidad de acudir al seguro en séptimo lugar, superponiéndola a otras de gran urgencia, como se comenta en el capítulo quinto de este estudio.

Pero si alguna definición se ha dado que señale la importancia del contrato es la que ofrece el profesor Carlos Malagarriga cuando afirma que "es la expresión jurídica de la defensa común ideada por el hombre contra los riesgos que le amenazan a él y a sus obras" (Derecho comercial, Tomo II, página 76).

Repárese en el origen del seguro, en sus primeras manifestaciones, en su naturaleza y finalidad y podrá concluirse fácilmente que es propio y connatural a todo ser humano porque no otra cosa representa que una forma superior del instinto de conservación y defensa; es que el seguro responde a la organización jurídica, técnica y económica de aquella fuerza protectora, innata en el hombre.

Considerado de esta manera, el interrogante que para resaltar su importancia presenta Alfredo Manes, "qué ocurriría si no existiera

el seguro", parte de un supuesto imposible porque la institución podrá desaparecer solamente con el hombre; de ahí que la pregunta misma posea una validez meramente teórica.

### MATERIA TRATADA

Las exposiciones hechas en los veintidós capítulos en que se divide el trabajo no tienen el atrevido propósito de analizar toda la doctrina del derecho del seguro.

La extensión y la complejidad del tema, a más de otras circunstancias inherentes al autor, como su condición de mero aficionado a la materia y el hecho de no haberle sido posible entregarse a su preparación en forma ininterrumpida sino en horas esporádicas, hicieron imperativo delimitar el contenido de este elemental ensayo, carente de pretensiones jurídicas, literarias y de todo otro género que no sean las de satisfacer el postrer requisito que la Universeidad demanda de sus estudiantes de derecho.

Sea suficiente la anterior explicación para señalar que el estudio cuya presentación estoy haciendo versa únicamente sobre el seguro individual que se contrapone, como bien sabido es, al seguro social.

Mas no todo el seguro individual ha sido objeto de comentarios. Ha quedado al margen el seguro mutuo, que carece de comercialidad y se ha concentrado la atención en el examen del seguro a prima que como contrato eminentemente mercantil aparece regulado por los preceptos del código del comercio.

Tampoco comprende este trabajo todas las cuestiones concernientes a dicho seguro. Aspectos de tanta significación en la doctrina de la institución como su estructura técnica, su organización financiera, su influencia en el campo económico, sus funciones sociales y los sistemas políticos que disciplinan su explotación industrial, exceden la meta buscada por su autor, quien sólo se propuso discurrir exclusivamente acerca de los principales aspectos jurídicos del contrato.

Delimitado el estudio a la naturaleza jurídica de la institución, se abre para el estudioso de la relación contractual de aseguramiento un amplísimo camino, difícil de recorrer en su integridad y durante el cual es forzoso marcar numerosas paradas para establecer

la atención en puntos tan fundamentales como la clasificación, división y definición del contrato; la póliza, su contenido y sus clases; la teoría del interés asegurable y la doctrina del riesgo; el principio indemnizatorio y la regla proporcional; los seguros excesivos y los seguros coexistentes; la subrogación; las obligaciones del tomador y del asegurador y la sanción del contrato.

Tal fue la vía transitada y las líneas subsiguientes narran el recorrido cumplido deficientemente, con interrupciones y dificultades pero también, por qué no decirlo, con decisión.

### OBRAS CONSULTADAS

Dos son las principales. "Tratado Elemental de Seguros", libro en el que el adjetivo no responde al denso y profundo contenido de la obra que, dentro de las escasas publicaciones nacionales, ocupa un puesto sin par.

En ella su autor, el doctor J. Efrén Ossa Gómez, expone con maestría insuperable la teoría económica, técnica, política y jurídica del contrato.

El seguro ha tenido en él a su más apasionado y devoto expositor. No sólo analiza en forma metódica las normas que lo regulan a la luz de la legislación colombiana, sino que propone y defiende, con singular fuerza de convicción, la reforma legal de la institución para adecuarla a la realidad social y económica actual. Los nuevos cánones legislativos, próximos a entrar en vigencia, le brindan la más acabada satisfacción intelectual al recoger muchas de las tesis por las que ha propugnado durante muchos años.

Su libro, varias veces editado y complementado, su cátedra, sus conferencias, la representación que del país ha llevado en muchas conferencias internacionales, en fin, su vida enteramente dedicada a la disciplina del seguro lo han convertido en el más eminente y autorizado cultivador del derecho colombiano de seguros.

Nada más lógico, entonces, que a lo largo de mi estudio se refleje la influencia de los planteamientos de su obra, fruto de su permanente empeño en divulgar la enseñanza del seguro y a cuya consulta han de acudir no únicamente quienes se introducen en el estudio de tan atrayente tema, como es el caso de quien esto escribe, sino profesionales, magistrados y comerciantes.

Una segunda obra, denominada "Tratado de Seguros", salida de la agradable y distinguida pluma de Luis Benítez de Lugo Reymundo, ejerció igualmente gran ascendiente en mi trabajo. Así lo reconozco expresamente al rendirle un sincero tributo de admiración a este connotado profesor español de Derecho Mercantil.

El contenido del libro representa una de las más valiosas contribuciones al estudio y difusión de la doctrina del seguro.

Esta obra se divide en cinco volúmenes en los que examina a espacio cuestiones tales como los principios generales y la historia del seguro; sus requisitos fundamentales; los seguros de daños; los seguros de personas; contratos derivados del seguros; contratos imperfectos de seguros; regímenes legales de las empresas de seguros privados.

En todos sus capítulos apunta una densidad jurídica admirable y después de analizar extensamente cada tema dentro de los marcos de la legislación española, incorpora, para aceptarlas o contradecirlas, las doctrinas de los más autorizados tratadistas y trae, al final de cada exposición, las normas concordantes de las principales legislaciones extranjeras, especialmente de la francesa, la alemana, la italiana y la suiza, además de una abundantísima jurisprudencia del tribunal supremo de su país.

Merced a estos dos esclarecidos mentores y a los no menos insignes cuyos nombres figuran en el catálogo de autores consultados, me ha sido posible exteriorizar el esfuerzo hecho para iniciarme en la ardua pero a la vez grata y atractiva ciencia de derecho del seguro. Como tal, como un mero esfuerzo, ya que no es más que eso, cuyas deficiencias y errores constituyen un impulso para enmendar éstos y continuar aquél, ruego tenerlo a los integrantes del tribunal.

Medellín, diciembre 20 de 1971".

## CAPITULO I

### LA LEGISLACION DE SEGUROS EN EL PAIS

#### 1. DERECHO DEL SEGURO PRIVADO

De manera muy simple puede definirse como el conjunto de reglas que dispersas en distintos ramos del derecho gobiernan específicamente el contrato de seguro y las actividades del asegurador y sus colaboradores.

En términos generales el concepto anterior corresponde al expuesto por Fernando Sánchez Calero, muy señalado tratadista español, para quien este derecho es "el conjunto de normas jurídicas que específicamente disciplinan el estatuto del empresario del seguro privado, el de sus colaboradores y el contrato de seguro" (Curso del Derecho del Seguro Privado, Bilbao, 1961, pág. 14).

En la explicación dada aquí se hace énfasis en que las normas que lo integran se hallan materialmente incorporadas en diferentes códigos y leyes porque en verdad no puede mirarse como autónomo y separado de las ramas comprendidas en la tradicional división del derecho, ni menos del mercantil. Son normas especiales que conviene agrupar para conocer mejor las regulaciones legales de la institución, pero que no integran una categoría autárquica; la expedición de un código del seguro privado, independiente de la legislación mercantil, no encontraría suficiente razón de ser.

Se atribuye al derecho de seguros una naturaleza mixta porque comprende reglas tanto del derecho público como del privado. Y esta calidad especial explica que, además del comercial, otros códigos contengan principios y disposiciones de aplicación al contrato de aseguramiento.

## 2. RAMAS DEL DERECHO QUE LO CONTIENEN

Como es apenas lógico, el seguro privado encuentra su regulación en el Código de Comercio pero no de manera exclusiva. También se ocupan de él otras ramas del derecho para proteger diversos aspectos de la institución, para reglamentar su régimen fiscal y administrativo y para llenar los vacíos del estatuto mercantil, a las cuales conviene hacer una breve referencia.

### a) *Código Penal*

Muchos riesgos, cubiertos por el seguro, como el robo, el hurto, la falsificación, el abuso de confianza, etc., conllevan un carácter delictuoso y otros como el incendio y los amparados por los seguros de vehículos también pueden ostentar una calidad dolosa o culposa.

Su realización por parte de un tercero extraño al asegurado o vinculado a él por vínculos laborales o económicos origina para el asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales derivados de la infracción.

Además, la ejecución del riesgo por el asegurado da lugar en muchas ocasiones a su responsabilidad penal y ésta, lo mismo que sus inmediatas consecuencias como son las sanciones privativas de la libertad y las penas pecuniarias, se excluye de la tutela del seguro.

El asegurado que por una u otra causa ve frustrado el pago del siniestro puede elevar, por la vía administrativa o judicial, la respectiva reclamación pero le está vedado recurrir a procedimientos que menoscaben la reputación del asegurador. Igual prohibición cobija a terceros.

Por lo dicho, quienes hagan circular rumores falsos sobre la honorabilidad o la solvencia de las compañías de seguros incurrir en sanción económica hasta de mil pesos o en prisión de un año, a discreción del Juez (art. 24 de la Ley 105 de 1927).

En el título de los Delitos contra la Propiedad, el art. 417 del C. Penal castiga el fraude en los seguros de daños (primer inciso) y de personas (segundo inciso), infracción que quebranta uno de los enunciados fundamentales del contrato como es la máxima buena fe y cuya sanción, indudablemente benigna, recae sobre quienes con el

deliberado propósito de alcanzar un lucro indebido causan un siniestro en los bienes asegurados o intencionalmente se infligen lesiones o agravan las recibidas.

Conforme a tal disposición, "El que con el fin de obtener para sí o para un tercero el precio de un seguro u otro provecho ilícito destruya, oculte o deteriore objetos asegurados de su propiedad, incurrirá en prisión de seis meses a tres años y en multa de veinte a dos mil pesos.

El que con el fin expresado, se cause a sí mismo una lesión personal o agrave voluntariamente las consecuencias de las que sin su intención o culpa le hubieren sobrevenido, incurrirá en la mitad de tales sanciones".

Las normas anteriores de protección pertenecen a lo que los autores modernos llaman el Derecho Penal de los Seguros y cuyo objeto es el de salvaguardar el patrimonio del asegurador, que constituye una garantía general de los derechos de los asegurados como también proteger la industria del seguro, la cual puede afectarse por los procedimientos maliciosos de los beneficiarios de la institución.

### b) *Leyes Tributarias*

Disposiciones fiscales reglamentan el tratamiento impositivo de las primas pagadas y de las indemnizaciones recibidas por el asegurado. Asimismo señalan el régimen especial de impuestos que debe satisfacer el asegurador.

### c) *Derecho Administrativo*

El Estado, mediante normas de orden legal y administrativo, manifiesta su intervención en distintos aspectos de la industria del seguro, para tutelar los derechos de los asegurados cuyos intereses, mirados en conjunto, representan la mayor fuente de la producción y del empleo nacionales y una valiosísima parte del ahorro del país.

De este modo, el seguro resulta un instrumento indispensable para el desarrollo económico y de ahí que se justifique plenamente, en bien del interés general, el control estatal de las compañías aseguradoras.

de 1829, integra el primer cuerpo normativo que sobre derecho comercial adoptó el país, con lo que, al decir del doctor Gabino Pinzón (Obr. cit. pág. 35), se superaron las dificultades necesariamente inherentes a una legislación dispersa y proveniente de épocas distintas.

Tanto el seguro terrestre como el marítimo fueron reglamentados en varias de sus disposiciones cuyo análisis se omite por no haber tenido la oportunidad de consultar dicho estatuto.

El código rigió prácticamente hasta 1887 porque en la época del Régimen Federal iniciada en 1858 pocos estados seccionales promulgaron sus propias codificaciones.

## 6. CODIGO DE COMERCIO DE 1887

Organizada nuevamente la Nación bajo la forma de república unitaria, hubo necesidad, por ello, de atender a la unificación del Derecho Comercial.

Por la ley 57 de 1887 se adoptó el actual código de comercio, que es el sancionado el 12 de octubre de 1869 en el extinguido Estado de Panamá, que a su turno había tenido como modelo el promulgado en Chile en 1866, obra esta última que a su vez tuvo su origen en el código español de 1829.

El estatuto del 87 se ocupa del seguro en general en el Capítulo Primero del Título Octavo del Libro II (arts. 634 a 684) y de los seguros terrestres en el Capítulo Segundo (arts. 685 a 729), dentro del cual consigna reglamentaciones especiales para algunas de sus clases como el de vida, de transporte y de incendio.

Encuétranse acordes los críticos de esta obra en considerarla arcaica e inadecuada para las actuales necesidades del país.

Una de las opiniones más autorizadas proviene del doctor Ossa Gómez quien en conferencia dictada en la Biblioteca Nacional en 1954 pide la reforma legal del contrato por encontrar su legislación no sólo dislocada de las tendencias contemporáneas sobre el riesgo del cual tiene "una concepción demasiado estrecha" sino también porque contiene "Normas legales que esclavizan al asegurado, colocándolo en una precaria posición frente al asegurador, como aquélla que estatuye que el asegurador gana irrevocablemente la prima desde el mo-

mento en que comienza a asumir los riesgos" (La Reforma Legal del Contrato de Seguros, Revista del Colegio de Abogados, N° 80, 1954).

Los redactores del nuevo código inician su Exposición de Motivos manifestando que muchos de los preceptos de la actual legislación sobre el seguro son caducos, por lo que "No nos cabe duda de que es necesario modernizar dicha legislación, dejando intactas tan sólo aquellas normas que, por ser entrañables al seguro como institución jurídica, tienen el carácter de inmanentes".

La verdad es que el legislador, y así lo aceptan los censores del código, no podía legislar para el futuro sino conforme a las realidades sociales y económicas propias de su tiempo.

Hay que recordar que si bien es cierto que hoy por hoy la legislación del seguro acusa fallas, omisiones y normas, inadecuadas unas como la relativa al concepto del riesgo, imprecisas otras como la reglamentaria del interés asegurable en los seguros de vida e injustas otras como la que concede al asegurador derecho irrevocable sobre la prima desde que se inicia el riesgo, no lo es menos que ella es obra no del legislador del 87 sino de sus sucesores quienes, ante la vertiginosa transformación de la institución, permanecieron impasibles al abstenerse, casi un siglo, de modernizar los preceptos que en la época de su expedición se miraban adecuados para regular la vida comercial de entonces, y de incorporar en la codificación las nuevas teorías y jurisprudencias que sobre el seguro empezaron a imponerse desde las primeras décadas del siglo en los países de mayor desarrollo jurídico y cuya mejor manifestación se encuentra en la ley francesa del 13 de julio de 1930.

El elogio que del chileno formula Gabino Pinzón es extensivo al código colombiano, dado su origen: "El de Chile es un Código que representa, para su época, una obra bastante avanzada, pues que no fue una simple adopción de ninguno de los códigos que han servido de molde a la legislación comercial, especialmente a la del siglo XIX, sino que ofrece, ya sancionada en textos legales, la experiencia jurisprudencial y doctrinal europea" (Obr. Cit., pág. 38).

Con referencia concreta al seguro, el doctor Ossa Gómez expresa, en la conferencia antes mencionada, que con todo no es tan retrasada la legislación colombiana, algunas de cuyas disposiciones (arts. 707 y 708) dan margen para una concepción más amplia del riesgo que des-

figura la noción legal que del mismo estructura el art. 635; en el art. 707 se adivina "el germen del seguro de la responsabilidad civil" y por el art. 708 "el incendio no necesita ser fortuito para ser asegurable".

## 7. LEGISLACION ESPECIAL POSTERIOR

Las disposiciones del código de los años 87 no integran por sí solas el estatuto del seguro debido a las numerosas leyes que las modifican y adicionan:

Entre las principales merece señalarse éstas:

*La ley 27 de 1888*, cuyo art. 7º concede a las condiciones particulares de la póliza prelación sobre las de orden general.

El art. 13 establece como obligatoria la suma en que las partes acuerden fijar el valor asegurado pero a la vez autoriza su reducción, en cualquier momento en que aparezca exagerada o exceda del valor real.

De igual manera dicho precepto autoriza el seguro de lucro cesante en toda clase de seguros según interpretación que al texto le dan los doctores Jaime Bustamante Ferrer y Emilio Robledo Uribe (Conferencias pronunciadas en la Biblioteca Nacional) y tan sólo en el de transportes conforme a estudio muy convincente del doctor Ossa Gómez (Obr. cit. págs. 283 y 284).

El art. 14 reviste de carácter principal e imperativo los pactos expresos de los contratantes sobreponiéndolos a las normas del código que por ello constituyen una legislación suplementaria de los vacíos contractuales.

*La ley 37 de 1921*, por la cual se instituyó el seguro de vida de los trabajadores, reformado y ampliado por las leyes 32 de 1922, 13 de 1929, 44 de 1929, 113 de 1931, 116 de 1938, 6ª de 1945, el Código Sustantivo del Trabajo y las disposiciones del I.C.S.S. en la parte que versan sobre dicho seguro.

*La ley 105 de 1927*, que regula ampliamente materias de seguros e introduce cambios fundamentales en algunos aspectos, v. gr., el control de las empresas aseguradoras (art. 1º) por medio de la Superinten-

dencia Bancaria; los requisitos para su constitución (art. 2º); las exigencias que deben atender las compañías extranjeras que se proponen explotar el seguro en el país (arts. 3º, 4º y 5º); los informes y estadísticas que deben suministrar a la Superintendencia (art. 7º); la personería de compañías nacionales y extranjeras (art. 8º); los depósitos de garantía que deben constituir para amparar los derechos de los asegurados (arts. 9º a 11º); el monto de las cauciones requeridas para cada ramo (art. 12º); la prohibición para el asegurador de comerciar en la compra y venta de mercancías (art. 14º); las finalidades con las que pueden adquirir bienes inmuebles (art. 15º); los fondos que deben reservar para el pago de siniestros (art. 17º); la formación de un fondo de reserva legal (art. 18º); la prohibición de expresar su capital suscrito sin indicar al mismo tiempo las cifras del pagado (art. 19º); la previa aprobación de las pólizas por la Superintendencia Bancaria (art. 20º); la prohibición de hacer rebajas o concesiones que no sean generales (art. 21º); casos de prohibición para declarar la caducidad de pólizas de vida (art. 23º); la sanción para los rumores falsos contra la reputación de los aseguradores (art. 24º); término máximo para el pago de siniestros y mérito ejecutivo de las pólizas para reclamar la indemnización (art. 25º); sanciones para los aseguradores que incumplan las disposiciones de dicha ley (art. 26º); intervención de la Superintendencia en liquidación de empresas aseguradoras (art. 27º); contribución económica de las mismas al funcionamiento de la citada entidad estatal (art. 28º); régimen tributario a que están sometidos los aseguradores (art. 29º); sanción para éstos cuando sus gentes ofrecen un seguro bajo un plan determinado y lo sustituyen por otro, con engaño para el cliente (art. 30º).

*La ley 225 de 1938*, por la cual se provee al establecimiento del seguro de manejo y cumplimiento, con el objeto de garantizar la correcta administración de valores confiados a empleados públicos o particulares.

*Decreto ley 1043 de 1940*, cuyos textos modifican parcialmente la ley 105 de 1927 y amplían el control sobre las empresas aseguradoras.

Los arts. 1º, 2, y 3º fijan los capitales mínimos pagados que una compañía requiere para que pueda organizarse y trabajar como aseguradora.

El art. 4º dispone efectuar en el Banco de La República y a la orden de la Superintendencia Bancaria los depósitos de garantía que el asegurador está obligado a constituir.

Los arts. 5º y 6º le ordenan mantener en el país el 90% de sus fondos y le señalan la forma de invertirlos.

Los arts. 7º, 8º y 9º consignan normas para el ejercicio de la industria de asegurar y contemplar la celebración de contratos de seguros con entidades extranjeras.

*La ley 182 de 1948*, sobre régimen de la propiedad de pisos y departamentos de un mismo edificio, en cuyo art. 16 se establece el seguro contra incendio de todo inmueble regido por dicha ley y también el seguro contra daños de ascensor del edificio, ambos con carácter obligatorio.

*Decreto ley 1691 de 1960*, que integra el régimen legal sobre inversiones obligatorias del capital, reservas y fondos de las compañías de seguros y la resolución N° 0210 del mismo año por la que la Superintendencia Bancaria reglamenta las disposiciones de aquél.

Dicho estatuto ordena que "Los activos de las compañías de seguros deberán ofrecer las debidas garantías de seguridad, disponibilidad y liquidez, en relación con el vencimiento de las obligaciones que cubran" (art. 1º) y señala las inversiones obligatorias y admisibles y sus respectivos porcentajes sobre el capital y las reservas o fondos en general.

## 8. NUEVO CODIGO DE COMERCIO

El Gobierno Nacional, por Decreto Ley 410 del 27 de marzo de 1971, expidió un nuevo código de comercio, cuya vigencia empieza 1º de enero de 1972, con excepción de algunas pocas disposiciones señaladas expresamente en su art. 2038, las que han venido rigiendo desde la fecha del aludido Decreto-Ley.

Para su expedición hizo uso de las facultades extraordinarias de que fue revestido el Presidente de la República por el art. 2º de la ley 16 de 1968, "para que previa revisión final, hecha por una comisión de expertos en la materia, expida y ponga en vigencia, el proyecto de ley sobre el Código de Comercio que se halla a la consideración del Congreso Nacional", elaborado en 1958.

La codificación se divide en seis libros. El cuarto contiene el contrato de seguros en su título quinto, en cuyo primer capítulo con-

signa los principios comunes a los seguros terrestres (arts. 1036 a 1082); en el segundo se ocupa de los seguros de daños en general (arts. 1083 a 1112), del seguro de incendio (arts. 1113 a 1116), del seguro del transporte (arts. 1117 a 1126), del seguro de responsabilidad (arts. 1127 a 1133) y del reaseguro (arts. 1134 a 1136), y en el tercer capítulo recoge las normas pertinentes a los seguros de personas.

El libro quinto, cuya primera parte versa sobre la navegación acuática, reglamenta en su título décimo tercero el seguro marítimo (arts. 1703 a 1708) y en el segundo décimo cuarto de la parte segunda del mismo libro, dedicado a la aeronáutica, el seguro aéreo (arts. 1900 a 1903).

Dado que en la comisión redactora tomó parte muy activa y notoria, en su calidad de miembro de la misma, el doctor J. Efrén Ossa, el más autorizado expositor y catedrático del seguro en el país, el código establece, para dicho contrato, una legislación actualizada y moderna, inspirada en buena parte por los preceptos de las codificaciones más avanzadas actualmente vigentes en países como Francia cuyo estatuto de aseguramiento se ha considerado como uno de los que mejor consultan la doctrina contemporánea sobre el seguro.

El código presenta cambios fundamentales, como se comenta en gran parte a lo largo de este trabajo. Entre los principales pueden enunciarse los siguientes:

### 1. Ampliación de la definición legal del riesgo.

Hoy únicamente el caso fortuito constituye riesgo asegurable. En el futuro también tendrá este carácter el suceso incierto no dependiente enteramente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario. En otras palabras el reciente reglamento otorga legitimidad a los seguros de las culpas.

### 2. Nueva estructura legal del interés asegurable.

Reconoce, como la legislación del año 87, derecho a celebrar el seguro a la persona que en cualquier calidad esté interesada en la conservación del objeto asegurado, pero de modo expreso extiende tal facultad a todo aquel cuyo patrimonio puede resultar afectado directa o indirectamente, por la realización del riesgo. Podrán ser objeto de convención, además de los reales, los seguros patrimoniales, cuya legalidad es controvertible a la luz de las normas sustituidas.

3. Mayor protección para la persona cuya vida se asegura por un tercero.

Actualmente es suficiente que éste "tenga interés actual y efectivo en su conservación". Para nada interviene la voluntad de aquélla. En el futuro será necesario, para la validez del contrato, el consentimiento escrito del asegurado, con la indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario.

Pero, aún así, no podrá asegurarse por cualquiera. Unicamente dos grupos de personas tendrán derecho de hacerlo: los alimentarios respecto a sus posibles alimentantes y quienes puedan derivar un daño patrimonial de la muerte o incapacidad del asegurado.

4. Divisibilidad de la prima.

No tendrá más vigencia el inequitativo principio de que el asegurador siempre gana irrevocablemente la prima desde que el riesgo comienza a correr por su cuenta. Regirá esta regla cuando el contrato haya cumplido totalmente su finalidad protectora, por ejemplo, si el siniestro indemnizable ha sido total o si la vigencia del seguro ha transcurrido de manera completa pero en los demás casos el asegurador devengará tan sólo una parte y estará obligado a efectuar la devolución de la restante; así ocurrirá en los eventos de disminución del riesgo; revocación del contrato, transferencia por acto entre vivos del interés asegurado o de la cosa a que está vinculado el seguro; destrucción del objeto asegurado por hecho o causa extraños a la protección derivada del contrato, etc.

5. Mayor equidad en las acciones para el asegurado. La actual legislación castiga de igual manera el incumplimiento de las obligaciones contraídas por el asegurado, sin reparar en la gravedad de la falta o en el desequilibrio que ésta produzca en la relación contractual. Así, por ejemplo, la falsedad y la reticencia del tomador en la declaración del riesgo, que de suyo implican mala fe, y su error en el mismo acto, que muchas veces es excusable, se sanciona con la "rescisión" del contrato, fenómeno que en la práctica comercial carece de aplicación porque se substituye por la terminación unilateral por parte del asegurador.

El nuevo código consagra un régimen punitivo más justo, que consulta la naturaleza y la gravedad de las infracciones. En él se

contemplan la nulidad, la revocación y la terminación del seguro como también la pérdida y la reducción de la prestación asegurada.

6. Obligatoriedad de ciertas normas.

Los cánones vigentes tienen en su mayoría un carácter meramente supletorio de la voluntad contractual porque se aplican en tanto que las partes no hayan estipulado expresamente otra cosa.

No así en el nuevo estatuto porque varias de sus disposiciones limitan la libertad de los contratantes a fin de dar la máxima moralidad comercial al contrato y mayores garantías al asegurado. Algunas de sus normas están catalogadas como inmodificables y, por ello, obligatorias para ambas partes y otras, alterables solamente en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario.

## CAPITULO II

### FUENTES DEL DERECHO DE SEGURO

#### 9. CONCEPTO

No se trata, desde luego, de entrar en el análisis de un tema que como el enunciado, extenso de por sí, resulta superior al propósito de este trabajo. Se quiere simplemente indicar cuáles son las reglas de derecho aplicables al contrato de seguro privado y en qué orden deben observarse.

Hácese necesario, ante todo, recordar la naturaleza especial y mixta del derecho del seguro, integrada por dos grupos de preceptos; el primero, que no forma parte del Derecho Comercial, queda al margen de cualquier orden de aplicación porque pertenece a una categoría superior, compuesta por cánones constitucionales, penales, administrativos y tributarios y por ello de vigencia excluyente, como los que autorizan la intervención estatal en la industria del seguro, castigan las infracciones que atentan contra el patrimonio moral y económico de las empresas aseguradoras, determinan el régimen de constitución y funcionamiento de las mismas, etc.

El segundo, compuesto por normas de derecho privado sometidas en su mayoría, puesto que algunas son también de obligatoria observancia, a un régimen jerárquico en que unas prefieren a otras.

Por la razón que se acaba de anotar es por lo que aquí se hace referencia únicamente a las reglas que componen el último grupo.

Pero, se pregunta, ¿ofrece importancia este estudio? Es imprescindible establecer una prelación entre las distintas normas que gobiernan las cuestiones del seguro para conocer las que por mandato de

la misma ley priman sobre las demás y de este modo dotar a quienes deben ejecutar o interpretar el contrato de un método que los capacite para escoger las disposiciones preferenciales entre los preceptos del estatuto comercial, las estipulaciones de las partes, las costumbres mercantiles, las normas del derecho común y los principios generales del derecho mercantil.

Con fundamento en el título preliminar del código de comercio de 1971 puede elaborarse el siguiente orden jerárquico en la aplicación de las normas que regulan el seguro.

#### 10. PRECEPTOS IMPERATIVOS DE LA LEGISLACION COMERCIAL

Es evidente que las primeras en observarse y a las que se subordinan las restantes son las disposiciones de la ley comercial denominadas imperativas. Estas se inspiran en principios tales como la defensa de los intereses generales, la moralidad de los actos mercantiles, la protección de los comerciantes y de los terceros, etc. y crean obligaciones, prohibiciones y sanciones, lo que explica su carácter obligatorio.

En desarrollo de lo manifestado, integran la primera fuente del derecho de seguros aquellos preceptos que determinan los elementos esenciales del contrato y su solemnidad y señalan los deberes particulares de los contratantes y las sanciones para los casos de incumplimiento. Así, por ejemplo, no podrá válidamente el asegurador amparar el dolo ni la culpa grave ni los actos meramente potestativos del beneficiario o del asegurado (art. 1055) o liberar a éste del pago de la prima (inciso 3º del art. 1045) ni convenir que la indemnización sea superior al valor real del interés asegurado ni al monto efectivo del perjuicio sufrido (art. 1089), etc.

Cabe anotar que decir legislación mercantil es tanto como decir código de comercio, leyes que lo adicionan o modifican, estatutos relativos a materias o instituciones comerciales o industriales y disposiciones del derecho civil cuando la misma ley comercial las incorpora o invoca expresamente en su articulado, caso frecuente en los códigos de 1887 y 1971.

#### 11. NORMAS DISPOSITIVAS DE LA MISMA LEGISLACION

Llámase así el grupo de preceptos que reglamentan determinadas cuestiones del comercio que no alcanza la importancia de los an-

teriores. Son normas que en verdad no interesan a la propia relación contractual o, mejor, no son objeto de la misma pero a las que están supeditadas las partes porque así conviene a la organización de los diversos contratos e instituciones regulados por el derecho mercantil.

Constituyen la segunda fuente de derecho porque han de observarse después de las normas imperativas. Como ejemplos pueden citarse los preceptos que catalogan como mercantil la actividad del seguro y señalan las notas características que permiten definirlo y comprender su naturaleza.

Tanto las dispositivas como las supletivas —numeral posterior— se aplican al seguro de dos maneras: en forma directa en los asuntos expresamente contemplados en las mismas y por analogía en los casos no previstos pero que dada su semejanza con los que sí aparecen regulados en ellas se estiman gobernados por tales disposiciones. Su ámbito de acción es, pues, de una amplitud mucho más extensa que el de los preceptos imperativos, los que no pueden emplearse por vía analógica o extensiva en virtud del principio de hermenéutica jurídica de que las normas que limitan, prohíben o crean obligaciones son de aplicación estricta y restringida a los casos exactamente previstos en la ley.

## 12. DISPOSICIONES DEL DERECHO CIVIL

En el proyecto del nuevo código se considera de muy escasa importancia las normas del derecho común porque se catalogan como la fuente final en el orden de observancia jerárquica incorporado en su título preliminar pero el texto definitivamente adoptado mejora y con fundamento su posición ya que, sin perjuicio de la autonomía y especialidad de la legislación comercial, de los principios jurídicos generales consignados en los cánones del código civil, dada su universalidad, emanan suficientes elementos de juicio aplicables en todo el derecho privado.

Estatuye el art. 2º que en las cuestiones mercantiles que no pudieren regularse conforme a las normas de la ley comercial, aplicada directamente o por el procedimiento de analogía, se observarán las reglas de la legislación civil.

Ha de entenderse que tal precepto se refiere a aquellas normas comunes no incorporadas o invocadas expresamente en el código de comercio pues si de estas últimas se trata, pasan a ocupar el primet

orden como fuente que son de la legislación comercial, de la que forman parte por expreso llamamiento de la misma.

Que constituyan normas de orden público es otra condición que deben llenar las disposiciones de carácter civil para integrar la tercera fuente del derecho de seguros; cuando son meramente facultativas carecen de fuerza obligatoria porque las convenciones entre asegurador y asegurado pueden desplazarlas.

## 13. ESTIPULACIONES DEL CONTRATO

El contrato es la cuarta fuente de las normas que regulan las relaciones entre asegurador y asegurado y, concretamente, sus derechos y obligaciones.

La misma ley ha querido dar a los pactos de los contratantes, de una parte, subordinación a las disposiciones imperativas y dispositivas de las legislaciones comercial y civil, y de otro lado, supremacía sobre las normas supletivas, las costumbres y los principios universales del derecho.

Es así como el código civil prescribe en el artículo 1602 que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” y el artículo 4º del nuevo estatuto del comercio estatuye que “Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”.

Es necesario llamar la atención acerca de las expresiones “Legalmente celebrado”, “invalidado por causas legales” y “válidamente celebrados”; para que la voluntad contractual predomine en la regulación del seguro debe manifestarse sin quebrantar los preceptos obligatorios de orden legal porque si pugna con éstos, el contrato pierde su eficacia normativa.

Esta explicación hace inteligible la norma promulgada desde el siglo pasado, cuyo sentido jurídico se ha conservado en el art. 4º del reciente cuerpo normativo que ordena que “Las disposiciones del código de comercio se aplicarán a los contratos de seguros en tanto que los contratantes no hayan estipulado expresamente otra cosa” (art. 14, ley 27 de 1888).

Acerca de la primacía del contrato resultan muy ilustrativas las doctrinas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, consignadas en sentencias de 1932 y 1946, respectivamente:

“En los contratos de seguro la póliza es la ley por cuyas cláusulas, estricta y preferentemente aplicadas, deben resolverse las cuestiones que ocurran entre asegurado y asegurador, y sólo a falta de pactos lícitos, expresamente consignados en la póliza, son aplicables supletoriamente las disposiciones del código”.

“Como para todas las convenciones y contratos, el legislador requiere que en el seguro no se contraríen el orden público, ni la moral o buenas costumbres; y en cuanto a la ley, ésta reconoce en las partes autonomía, a menos que ella misma diga que lo estipulado por las partes contrariándola en determinado precepto, no tendrá valor alguno; es decir, que inclusive la misma ley da preferencia a las estipulaciones de las partes, entrando ella a regir para el caso en que nada hayan acordado en extremo los contratantes, con excepción de aquellos casos en que la misma ley ha ordenado que en los contratos no se podrá estipular en contrario con lo disciplinado por la ley”.

#### 14. LIMITACIONES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL

Conviene comentar que el poder de los contratantes para dictar sus propias normas de conducta pierde todos los días vigor y amplitud debido a que la intervención estatal se concibe en la actualidad como una necesidad social, concepción que también se refleja en el derecho de seguros.

La nueva codificación, con el fin de rodear el seguro de la máxima moralidad comercial y de brindar mayor defensa al asegurado contra posibles cláusulas que rompan la igualdad contractual, cataloga en tres grupos las normas legales que hacen relación al contrato.

Dentro del primero considera las que son inmodificables por las partes, muchas de las cuales actualmente tienen carácter supletorio, con lo que impone serias restricciones al tradicional principio de la libertad contractual; son de imperiosa observancia bien porque así se deriva de su propia naturaleza o bien del texto donde se encuentran incorporadas o porque así se dispone en los respectivos cánones.

Hacen parte del segundo grupo las disposiciones que solamente pueden modificarse en favor del tomador, asegurado o beneficiario.

Integran la última clase las normas cuya derogación contractual es libre porque no desmejora notablemente la posición del asegurado o, por el contrario, puede llegar a mejorarla, conforme al grado de habilidad comercial que despliegue en la contratación.

El tema daría para un largo capítulo. Sea suficiente señalar unos cuantos ejemplos, tomados del texto que estructura la anterior clasificación (art. 1162).

Primer Grupo: Es de forzoso acatamiento la regla de que el dolo, la culpa grave, los actos someramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario y las sanciones de carácter penal o administrativo son inasegurables (art. 1055).

Igualmente lo es y, por lo tanto, inmodificable por los contratantes, el precepto de que la inexactitud o la reticencia culpables del tomador al declarar el estado del riesgo produce la nulidad relativa del seguro (art. 1058, incisos 1º y 2º).

No tendrá eficacia tampoco el convenio que libere al asegurador del deber de reducir la prima estipulada en caso de disminución del riesgo (art. 1065) o el que restrinja el plazo de tres días de que legalmente goza el asegurado para dar noticia del siniestro (art. 1075) o el que imponga la nulidad del seguro o la retención de la prima cuando se ha contratado, sin propósito de defraudar al asegurador, una protección que sobrepase el valor real del interés amparado, evento que tan sólo da lugar a la reducción del seguro y a la rebaja proporcional de la prima (art. 1091) o el que modifique los términos de la prescripción (art. 1081).

Segundo Grupo: La norma que castiga la inexactitud o la reticencia provenientes del error inculpable del tomador al declarar el riesgo con la reducción de la prestación asegurada (art. 1058, inciso 3º) puede modificarse por acuerdo de las partes únicamente si el cambio favorece al tomador, asegurado o beneficiario; en consecuencia la aludida sanción no podría sustituirse por la nulidad del contrato.

La prima debe pagarse en el domicilio del asegurador (art. 1067) pero esta regla puede derogarse por convención para acordar el pago en el domicilio del asegurado.

La mora en el pago de la prima produce la terminación del contrato (art. 1068); sin embargo, las partes tienen facultad de estipular una pena más benigna para el asegurado como el reconocimiento de intereses moratorios.

Los contratantes pueden revocar unilateralmente el seguro (art. 1071), derecho que puede pactarse con exclusividad para el tomador o el asegurado.

El pago del siniestro debe hacerse dentro de los sesenta días siguientes a la comprobación del derecho (art. 1080) pero este término puede reducirse.

El asegurador goza de la opción de pagar la indemnización en dinero o mediante la reposición del objeto asegurado (art. 1110) pero las partes pueden convenir que este derecho optativo tenga como titular al asegurado.

*Tercer Grupo:* Aquí los ejemplos se pueden tomar de las normas no expresamente incluidas en los dos grupos anteriores.

El plazo de diez días siguientes a la fecha de la entrega de la póliza, señalado en el art. 1066 para el pago de la prima, puede reducirse o ampliarse por disposición contractual, al igual que el término de quince días contado desde la expedición de la póliza, dentro del cual el asegurador debe entregar el original al tomador (art. 1046).

Así mismo las partes pueden acordar que los riesgos principien a correr para el asegurador en una hora diferente a la veinticuatro del día en que se perfecciona el contrato, que es la que en principio marca el comienzo de su responsabilidad (art. 1057).

La subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro no tiene cabida en los seguros de personas (art. 1139) pero existe una clase de éstos, el seguro de accidentes de trabajo, a la cual pueden aplicarse los principios que la regulan si las partes convienen cláusula modificatoria de aquella regla (art. 1100).

El consentimiento del asegurador puede dejar sin efecto la extinción del contrato producida por la transferencia mediante acto entre vivos del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro (art. 1107, inciso final).

## 15. NORMAS SUPLETIVAS

Cuando una cuestión relativa al contrato de seguro no está regulada por los preceptos imperativos de la legislación y tampoco por las estipulaciones del contrato, han de utilizarse, para resolverla, las normas supletivas incorporadas en la ley.

No es posible pretender que el clausulado del contrato reglamente íntegramente sus pormenores. De aquí que los vacíos que presenta deben llenarse mediante la aplicación de las reglas que suplen el silencio de las partes, antes de acudir al uso de las costumbres mercantiles y de la doctrina comercial.

## 16. LAS COSTUMBRES MERCANTILES

Únicamente cuando la ley escrita y el contrato no ofrecen normas aplicables al caso controvertido entra a operar el derecho consuetudinario.

El art. 3º reconoce a la costumbre "la misma autoridad que a ley comercial, siempre que no la contrarie manifiesta o tácitamente y que los hechos constitutivos de la misma sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o surgido las relaciones que deban regularse por ella".

No significa el texto transcrito que la costumbre, así reuna los presupuestos en él exigidos, tenga el mismo orden de observancia que la ley. Cuando -sta no suministre una norma aplicable a determinada cuestión del seguro y cuando las estipulaciones de las partes omiten también regularla, viene a funcionar la costumbre (art. 4º). En primer término la local y en su defecto la general del país. (art. 3º, inciso 2º).

## 17. TRATADOS INTERNACIONALES DE COMERCIO, COSTUMBRES EXTRANJERAS Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMERCIAL

Estas son otras tantas fuentes de derecho que se aplican en último término para resolver los asuntos del seguro; se tienen en cuenta solamente cuando, después de agotar todas las reglas precedentes, no se encuentra solución al caso en controversia, de donde se infiere su reducido campo de aplicabilidad.

Entre ellas no se da jerarquía o prelación; una cualquiera de las tres tiene la misma importancia que las otras; por ello cuando dos contemplan el mismo evento, existe la opción de escoger la aplicable.

Constituye la anterior una importante innovación del nuevo estatuto comercial (art. 7º) porque incorpora al derecho colombiano las doctrinas y la jurisprudencia de los expositores contemporáneos y de los tribunales extranjeros, cuyas opciones orientan generalmente las cláusulas de las convenciones internacionales.

### CAPITULO III

#### EL SEGURO INDIVIDUAL EN LA NOMENCLATURA DE LOS CONTRATOS

##### 18. CONVENIENCIA DE CLASIFICAR EL SEGURO

Al estudiar el seguro, con el objeto de comprender mejor su naturaleza jurídica, conviene recordar la clasificación general de los contratos, parcialmente consagrada en el derecho positivo y complementada por los expositores.

Este análisis indudablemente lleva a conocer varios de los atributos de la institución, muchas de sus notas características y algunos principios que regulan la doctrina del derecho de seguros. En otras palabras, el aludido estudio aproxima a una noción del contrato y contribuye a explicar su definición.

Si únicamente se consideran los principios comunes de todos los contratos, tales como los emanados de los requisitos esenciales para la validez del acto jurídico y las normas sobre su interpretación, carece de trascendencia práctica situar el seguro dentro de la nomenclatura general.

Pero existen preceptos de aplicación restringida. Peculiares de un grupo de contratos. Sirven de ejemplo las reglas de que en los contratos de carácter mercantil no hay rescisión por causa de lesión enorme y de que la legislación exige para el perfeccionamiento de ciertos contratos formalidades no obligatorias en otros. Se encuentra ubicado el seguro en esta clase de entes contractuales? La sola pregunta muestra la necesidad de clasificarlo.

Es más. Cada contrato particular, además de gobernarse por normas generales unas y especiales otras, se rige por un tratamiento jurídico propio, que lo distingue de los restantes, estatuidos en los

respectivos cánones legales cuando pertenece a los llamados contratos nominados o establecido por las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y de su inmediata consecuencia de la libre contratación.

Sobre este particular basta citar lo preceptuado tanto por el actual código de comercio (art. 641) como por el nuevo (art. 1088) en el sentido de que los seguros de daños jamás podrán constituir fuente enriquecimiento para el asegurado.

Resulta, entonces, evidente que la clasificación del seguro colabora de modo eficaz al conocimiento del mismo y de los derechos y deberes que en él se originan.

## 19. ES BILATERAL

Este atributo, conocido en el derecho romano bajo el nombre de sinalagmático, le es expresamente reconocido por el legislador en la definición consignada en el art. 634 de la codificación vigente y confirmado por el art. 1036 del nuevo estatuto comercial.

Consiste la bilateralidad en que como contrato tiene por efecto producir obligaciones recíprocas. "Las partes contratantes se obligan recíprocamente", (art. 1496 del C. Civil) el asegurador a asumir el riesgo y el asegurado a pagar la prima.

En términos diferentes, los deberes de los contratantes se sirven de causa; el primero adquiere el compromiso jurídico de responder por los daños del siniestro porque el asegurado está en la obligación de cubrirle la correspondiente retribución y viceversa.

En virtud del carácter bilateral de este contrato, desde el momento mismo en que se perfecciona, el asegurador es acreedor a la prima y deudor de la indemnización al ocurrir el siniestro y simultáneamente el asegurado adquiere la calidad de deudor de aquélla y acreedor de ésta.

## 20. APLICACIONES DE LA BILATERALIDAD

Si este atributo es esencial al seguro, han de aplicársele, mientras no se opongan a su naturaleza, las normas peculiares de los contratos bilaterales.

### a) Condición Resolutoria

En el seguro va implícita esta modalidad. No se requiere consignarla en cláusula especial. Se deduce así del art. 1546 del código civil que por mandato del código de comercio actual (art. 186) tiene cabida en la relación de aseguramiento.

En virtud de dicha condición, cuando el asegurado no paga oportunamente la prima, el asegurador goza de la facultad de pedir que sea judicialmente impelido a entregarla o solicitar la terminación del contrato.

La anterior es la norma del derecho común, cuya aplicación en el seguro consagra específicamente el art. 668 del actual estatuto pero al entrar a regir el nuevo código el incumplimiento en el pago de la prima se sancionará con la terminación del seguro, como oportunamente va a analizarse.

Cuando se estudie la sanción del contrato se verá que una de las maneras de disolverlo, exactamente la terminación, se deriva de la condición resolutoria, tanto de la que se sobreentiende en todo contrato bilateral como de la pactada en forma expresa.

### b) Excepción de incumplimiento

El código civil consagra en su art. 1609 la denominada "Exceptio non adimpleti contractus" como regla en los contratos bilaterales y, por lo tanto, puede tener aplicación en el seguro.

Cuando el asegurador no ha cumplido con la obligación de entregar la póliza, ni con posterioridad al vencimiento del plazo ha ofrecido que lo hará, no puede exigir el pago de la prima al tomador y si la solicita, éste tiene derecho de oponerle la excepción de contrato no cumplido (art. 1066 del nuevo código).

### c) Copias del Contrato

Dado el carácter bilateral del seguro, resulta lógico que cada una de las partes tenga la facultad de conservar un ejemplar de la póliza para fácil consulta de sus derechos y obligaciones.

Esta consecuencia ofrece especial importancia probatoria porque permite que cada contratante mantenga, desde un principio, la prueba justificativa del seguro. Con este fin dispone el art. 638 en su inciso 4º que de la póliza "se extenderán dos ejemplares para resguardo recíproco de las partes". Por mandato del código de 1971, el original debe entregarse al tomador dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición (art. 1046).

## 21. ES ONEROSO

En el seguro ambos contratantes derivan utilidad "gravándose cada uno a beneficio del otro" art. 1497 del c. civil; el asegurado sufre el gravamen de pagar la prima y el asegurador el de cubrir la indemnización.

Este atributo encuentra su manifestación en los arts. 634 y 655 del actual código como también en el art. 1036 de la legislación recientemente expedida.

Siempre es oneroso, así exista beneficiario a título gratuito.

Jurídicamente no se concibe un seguro celebrado sin la obligación de pagar la prima.

Como institución de derecho mercantil es fiel a la norma de la onerosidad de los actos comerciales. Si falta la prima, el seguro es absolutamente nulo (art. 665 de c. actual) y será inexistente al iniciar su vigencia la reciente legislación (art. 1045).

## 22. ES ALEATORIO

Según el código civil (art. 1498), un contrato oneroso "es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio".

En el seguro solamente uno de los contratantes, el asegurado, conoce desde un principio y en forma cierta, la prestación principal a que queda obligado; en cambio, el asegurador únicamente sabe que su obligación es una posibilidad de ganar o perder, cuya cuantía y extensión están reguladas por hechos posteriores.

Como se ve, las obligaciones de una y otra parte no son equivalentes y por ello se dice que el seguro es aleatorio, atributo que además de ser señalado por los códigos de comercio (arts. 634 y 1036 en su orden) le pertenece por naturaleza y que ciertamente le reporta alguna semejanza con el juego y la apuesta pero sin llegar a identificarlo con éstos, como se verá en capítulo anterior

Si bien la aleatoriedad como característica del seguro no admite controversia frente al derecho positivo es necesario afirmar que en el campo de la doctrina se ha presentado como punto discutible.

En efecto para algunos autores el seguro no es aleatorio, pero esta concepción del contrato obedece a una confusión de su concepto económico y técnico con su aspecto jurídico.

Ellos consideran que los aseguradores se liberan de toda eventualidad porque los resultados finales de sus operaciones presentan estados de ganancias ya que la teoría de las probabilidades y los cálculos estadísticos, aplicados a la industria del seguro, permiten regular las primas de tal manera que el conjunto de ellas integra un fondo suficiente para atender no sólo el pago de las indemnizaciones sino los costos de administración y las utilidades de los inversionistas.

Aunque es verdad que este planteamiento representa un hecho real en la vida de los aseguradores, generalmente vigorizado por una organización eficiente y vigilada por organismos oficiales y también por los mismos accionistas, no es menos cierto que tal realidad no elimina la posibilidad de pérdida que se presenta con la materialización del riesgo.

Si económicamente el siniestro no perjudica al asegurador porque su mecanismo operacional de empresa lo libra del azar en sus estados financieros, jurídicamente no es así porque cada contrato en particular, con independencia de los demás, afecta el fondo común que el asegurador ha integrado con el conjunto de primas y el reconocimiento de cada siniestro puede exceder al precio pagado por el asegurado durante todos los períodos en que el contrato ha estado en vigencia. Cosa diferente es que que el asegurador enjuge la pérdida de un siniestro en particular mediante el reaseguro.

### 23. CONSECUENCIA DE LA ALEATORIEDAD

La realización del riesgo en hechos físicos que destruyen o dañan el bien asegurado transforma la obligación abstracta de asumir el riesgo en el deber concreto y preciso de reparar los resultados del siniestro.

Mientras el riesgo se conserve dentro de los marcos de lo posible e incierto, no puede obligarse al asegurador a pagar suma alguna; el derecho a la prestación asegurada está condicionado porque sólo puede ejercerse cuando se produce el riesgo.

### 24. NO ES CONDICIONAL

Aquí hácese necesario interpretar el texto del régimen vigente porque en el art. 634, que señala los atributos jurídicos del seguro, se habla de que es un contrato condicional.

El precepto no expresa fielmente el pensamiento del legislador, quien, lejos de condicionar la existencia del contrato, sólo pretendió manifestar que la obligación de indemnizar y el derecho a la reparación dependen de una condición, que no es otra que la ocurrencia del riesgo.

Como contrato que es, una vez que el acuerdo de voluntades se reviste de la formalidad de la póliza, el seguro surge perfecto, puro y simple, como ente creador de obligaciones y derechos, contrario a lo que sucedería si su nacimiento se supeditara a la realización de un acontecimiento futuro que puede suceder o no, pues en este evento no produciría de una vez, como es de rigor que los produzca, sus efectos naturales, esto es, los compromisos jurídicos a que quedan vinculados los contratantes.

Esta interpretación ha sido aceptada por el reciente estatuto comercial en su art. 1045 como también en el art. 1077, canon que permite deducir la supeditación, no del nacimiento del seguro, sino de la obligación de indemnizar, a la prueba de la ocurrencia del siniestro.

### 25. PUEDE SER PRINCIPAL O ACCESORIO

El seguro no requiere de la presencia de otro contrato; nace y subsiste por sí solo. De ahí que se afirme que es principal y autónomo.

Pero no siempre se presenta de esta manera. En la actualidad muchos seguros se toman para garantizar las obligaciones impuestas al suscriptor por la ley o por contratos.

Abundantes son los ejemplos en que el seguro se celebra para cumplir una obligación. Así el gerente de una sociedad asegura los bienes empresariales porque es responsable de los mismos en los términos establecidos en los estatutos. El patrono suscribe el contrato colectivo de vida para satisfacer un deber de orden laboral. Numerosos empleados públicos y algunos funcionarios del sector privado atienden la obligación de responder por dinero y objetos a ellos confiados, mediante seguros de manejo y cumplimiento. También el contratista, el empresario de transportes, etc., tienen en el seguro un medio eficaz para garantizar la efectividad de sus compromisos. El acreedor, en base al contrato de mutuo, también puede imponer a su deudor la suscripción de un seguro que proteja su crédito. El seguro de responsabilidad civil constituye un ejemplo más.

No puede aceptarse, en consecuencia, el concepto tradicional que concibe el seguro como contrato principal y únicamente, por vía de excepción, como contrato accesorio; las dos características le son propias aunque ellas no se dan de manera simultánea.

Resta precisar la noción de lo accesorio. El seguro ostenta esta nota no porque acceda a otra relación contractual, como generalmente se lee, sino porque garantiza la efectividad de una obligación preexistente, procedente no necesariamente de otro contrato, sino de cualquiera de las fuentes de las obligaciones.

### 26. IMPORTANCIA DE ESTA CARACTERÍSTICA

Cuando el seguro se celebra como principal, la terminación del contrato se regula por las normas especiales previstas en el código de comercio y por las estipulaciones de las respectivas pólizas.

En cambio, cuando tiene un carácter accesorio, las obligaciones y derechos provenientes del mismo se extinguen con el contrato principal cuyo cumplimiento garantiza, aunque ésta no es la única causa de finalización porque como contrato que es en cada una de sus modalidades tiene un régimen jurídico propio que contempla otros motivos de disolución.

## 27. ES SOLEMNE O FORMAL

El seguro está sujeto a la observancia de una formalidad especial sin la cual no produce los efectos jurídicos que le son propios. Debe celebrarse por escrito.

Así lo disponen ambos códigos, el primero en su art. 638 cuando preceptúa que "se perfecciona y prueba por escritura", llamada póliza, y el segundo en su art. 1036, cuando afirma que el seguro es un contrato solemne.

De acuerdo con estos textos, y con el art. 1046 de la nueva codificación, la forma escrita constituye una exigencia externa, "ad constitutionem", vale decir, necesaria para su formación como también "ad approbationem", o sea, esencial como prueba del contrato.

De esta manera, el consentimiento de los contratantes, sin el acto escrito, no alcanza eficacia para hacer surgir el seguro a la vida jurídica. Produce únicamente una convención diferente o una promesa de seguro.

Hácese necesario anotar que conforme al art. 1046 de la reciente legislación la formalidad del seguro no sólo es el acto escrito sino que éste debe "ser firmado por el asegurador". La falta de la firma impide el nacimiento del contrato.

## 28. DOCTRINA CONSENSUAL

La estructura solemne del seguro no es aceptada unánimemente. Existe un fuerte movimiento jurídico que ha encontrado eco en el moderno derecho comercial, que ha elevado ya a canon legislativo en muchos países la tesis de que el contrato se perfecciona por el mero consentimiento de las partes y donde esta teoría no se encuentra codificada, la costumbre de los aseguradores de hacer del seguro un acto simplemente consensual recibe buena aceptación.

En Colombia, gracias a esta última modalidad del derecho consuetudinario, es frecuente que un seguro inicie su vigencia cuando se entrega al asegurador la correspondiente solicitud y no pocas veces después de una conversación telefónica en que se pida el amparo.

Se explica este procedimiento por la buena fe en la conducta de los contratantes y por el conocimiento que cada uno posee del otro, adquirido a través de anteriores contratos; además se quiere agilizar y simplificar la negociación del seguro.

Desde el punto de vista de la legislación positiva nacional, el acto jurídico así celebrado engendra solamente obligaciones naturales cuyo cumplimiento depende del comportamiento moral del deudor (art. 1527 del código civil).

Es de innegable utilidad imprimir a la celebración del seguro la rapidez que actualmente caracteriza la actividad comercial e industrial. También es necesario confiar un grado máximo en la buena fe de los contratantes. Mas no puede olvidarse que a los actos jurídicos debe dotárseles de seguridad y claridad. Suscribir, después de iniciado el contrato, la respectiva póliza, documento que de suyo presenta largas cláusulas redactadas en términos técnicos en su mayoría, con asegurados que frecuentemente carecen del más mínimo conocimiento acerca de una institución tan compleja como el seguro, puede fácilmente dar cabida a equívocas interpretaciones sobre lo que se entendía contratar y lo que luego aparece estipulado.

Por otra parte puede acontecer que el siniestro se realice poco después de concertado el contrato, cuando aún no se haya expedido la póliza y se carezca entonces de la prueba que acredite el seguro, circunstancia que ante posible negación del asegurador de haber celebrado el convenio o en el supuesto de controversia entre las partes sobre la naturaleza del riesgo, extensión de la protección, causas excluyentes de la indemnización, límites de la misma, etc., las obligaría a iniciar acciones judiciales que dilatarían la definición de los puntos litigiosos con notorio quebranto de los principios de movilidad y agilidad en que precisamente se fundamenta la tesis de la consensualidad.

Es que la mutua confianza y la buena fe iniciales, la otra base de la teoría consensual, así se esté frente a aseguradores y asegurados de la más alta calificación moral, pueden menoscabarse en el comienzo mismo de la ejecución del contrato y a veces pesan más que aquellas los intereses económicos y personales de una de las partes.

Los propios redactores del nuevo código, quienes conciben el seguro como acto consensual, doctrina que afortunadamente no fue acogida por el legislador, anuncian una excepción para los seguros de vida

en razón de los inconvenientes irreparables que en este grupo representa el acuerdo verbal. En forma inexplicable consideran, por lo menos implícitamente, que tales inconvenientes son exclusivos, de los seguros de vida, cuando la realidad es que ellos también pueden darse, en distintos grados, en los demás seguros; en efecto, al declarar el estado de un riesgo, siempre es posible que se haga con reticencia o falsedad.

El hecho de que el pensamiento de los redactores no haya sido recogido en la nueva codificación, releva de la transcripción del mismo.

## 29. ES INDIVISIBLE

El seguro es uno en el tiempo. Sus adiciones lo amplían pero no constituyen nuevo contrato. Las modificaciones lo aclaran y reforman. Las renovaciones prorrogan su vigencia. Las cesiones sustituyen el titular del bien asegurado. Mas ninguno de los cuatro fenómenos forma nuevo contrato. No puede hablarse, por tanto, de celebración de seguros distintos cuando el existente se adiciona, se modifica, se remueve o se cede.

La característica anterior, creada por la doctrina y jurisprudencia, ha sido recogida en el reciente estatuto que no sólo previene que los anexos hacen parte de la póliza (art. 1048), por lo que no constituyen contratos diferentes, sino que advierte que "el pago fraccionado de la prima no afecta la unidad del contrato de seguro, ni la de los distintos amparos individuales que acceden a él" (art. 1069).

Conviene recordar que en la ley todavía imperante no se desconoce este principio de la individualidad del seguro, en el cual se inspira el art. 672.

## 30. CONSECUENCIAS DE LA UNIDAD DEL SEGURO

El asegurador puede ejercer sus derechos en cualquier tiempo, bien durante la vigencia inicial o bien en los períodos posteriores.

Es por esto por lo que en toda época del contrato, así éste se haya prorrogado en una o varias oportunidades, es dado al asegurador solicitar la nulidad relativa cuando que el asegurado al declarar al estado del riesgo incurrió en error, falsedad o reticencia conforme al art. 681, inciso 1º del actual código o en reticencia o inexactitud

según lo dispone el art. 1058 de la nueva legislación; con arreglo a esta misma disposición, el error inculpable del tomador no le da derecho a demandar la sanción comentada sino a reducir la prestación asegurada.

Hay una regla más comprensiva, que bien puede considerarse como derivación de la unidad del seguro, establecida en el art 1108 del reciente estatuto y por la cual "el asegurador tendrá derecho de oponer al adquirente del seguro todas las excepciones relativas al contrato, oponibles al asegurado original".

Estas son apenas unas de las muchas aplicaciones a que puede dar lugar, en favor del asegurador, la unidad del seguro. Pero de igual manera se hace imperativo aceptar que en virtud del mismo principio, las obligaciones que él adquiere también lo comprometen más allá del período inicial del contrato, es decir, durante sus renovaciones. Según Halperin, transcrito por el doctor Ossa Gómez (Ob. cit. pág. 275), "el asegurador es responsable hasta que el contrato se rescinda".

Las cláusulas de irrevocabilidad e indisputabilidad, pactadas o entendidas en los seguros de vida, constituyen una excepción a la regla de la indivisibilidad; gracias a ellas, el asegurador no puede cancelar unilateralmente el contrato por agravación del riesgo ni demandar su nulidad por manifestaciones equivocadas o fraudulentas del asegurado en la declaración de asegurabilidad, siempre que haya transcurrido determinado tiempo desde la expedición de la póliza; en este caso, el seguro es irrevocable e indiscutible por acordarlo así la voluntad de las partes, pero se hace necesario anotar que la reciente reglamentación (art. 1159) elevó a canon legal la irrevocabilidad del seguro de vida y que los errores o inexactitudes reciben un tratamiento jurídico diferente al de la nulidad (arts. 1160 y 1161), como se verá oportunamente.

## 31. ES PERSONAL

En la práctica es un contrato personal porque para su celebración se atiende a cualidades morales, comerciales y económicas de la persona con quien va a pactarse.

La reputación social y profesional de que goza el presunto asegurado, el comportamiento que observa en el desarrollo de sus actividades y en general el cumplimiento de sus compromisos de distinto orden, son factores de mucha importancia que el asegurador analiza, antes de determinarse a otorgar el amparo.

Conducta similar guarda el asegurado porque antes de gestionar el seguro considera el buen nombre del organismo asegurador, su solidez económica, la eficiencia de sus servicios y procede a contratar tan sólo cuando la empresa le inspira suficiente margen de confianza.

Coinciden con la tesis precedente los redactores del nuevo código de comercio para quienes el seguro también presenta un carácter subjetivo.

He aquí sus propias palabras: "Es éste otro punto que hemos enfocado con espíritu tradicionalista, aún a riesgo de aparecer retardatarios frente al rumbo de algunas legislaciones modernas. Hemos partido de la base de que el seguro es un contrato intuitu personae. Si algo debe tener en mira el asegurador es el riesgo moral que está estrechamente vinculado a la persona del asegurado, a su solvencia moral, a su prudencia, a su idoneidad y a todo el conjunto de sus atributos espirituales".

De ahí que en la nueva legislación las pólizas pueden ser nominativas o a la orden (art. 1051) y sólo en el seguro de transporte, debido a que "normalmente el dueño de la mercancía no está en contacto directo con ella", puede expedirse también al portador (art. 1124), no propiamente la póliza sino el respectivo certificado.

Aunque su vigencia terminará pronto, interesa conocer que el actual código concibe el seguro como un contrato objetivo o intuitu rei. En efecto, de acuerdo a la interpretación de algunas de sus normas, el análisis de las cualidades personales del asegurado no influye de manera determinante en el contrato; la consideración del objeto en su integridad física ofrece al asegurador la suficiente razón para contratar.

El anterior es el motivo por el cual la póliza no tiene que ser siempre nominativa, ya que puede extenderse también a la orden o al portador (art. 638).

Igualmente el art. 654 acoge la teoría de la objetividad al disponer que transferido el dominio del bien asegurado, el nuevo propietario se aprovecha del seguro, por lo que éste se presenta como un elemento accesorio del objeto asegurado a menos, y es la excepción, que "conste evidentemente que el seguro fue consentido por el asegurador, en consideración a la persona asegurada".

## 32. ¿ES CONTRATO POR ADHESION?

La doctrina y la jurisprudencia han catalogado el seguro como contrato de adhesión.

El asegurado se limita a aceptar la oferta formulada por el asegurador. Carece en principio de la oportunidad de formular una contraproposición. En el período pre-contractual, no se presenta la libre discusión sobre las condiciones generales que por anticipado se hallan impresas en el respectivo formulario y al asegurado únicamente le es dado solicitar explicaciones acerca de su significado y plegarse a la voluntad impositiva del asegurador.

Con fundamento en estas consideraciones, algunos autores le niegan su carácter de contrato. El doctor Jorge Echeverri Herrera, en conferencia pronunciada en 1954, en la Biblioteca Nacional, no le reconoce, al menos en forma expresa, calidad de institución contractual: "La Universalidad, más o menos inalterable de los contratos de seguros, inhibe a quienes los toman o pretenden tomarlos, de discutir las pólizas. Por genial y humana que pueda ser la concepción de éstas, y por mucho que se argumente la libertad del presunto asegurado para adherir o no yo sigo considerando que este género de contratos quebranta en algún modo la morfología jurídica".

Sobre este particular, resulta interesante transcribir el comentario del connotado expositor Dr. Lucrecio Jaramillo Vélez, quien afirma que "Este contrato ha sido criticado por algunos juristas quienes dicen que allí no hay contrato. Entre ellos Hauriou y Duguit. Sin embargo, esa crítica general es rechazada por los civilistas, pues en ninguna parte la ley exige que al acuerdo de voluntades precedan discusiones ni que entre los contratantes haya igualdad verbal (Josserand). A la ley sólo le interesa que haya igualdad jurídica, la que existe al consentir, al llegar al acuerdo" (Notas escritas para el curso de obligaciones, mimeografiadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia).

En desarrollo de esta última tesis, resulta útil elaborar algunos comentarios para dejar a salvo el carácter contractual del seguro.

## 33. DEFENSA DE ESTE ATRIBUTO

La adhesión no es fenómeno exclusivo de este contrato. También se presenta en otros, a los cuales no se ha negado su naturaleza de tales, como en el transporte de pasajeros y de mercancías, la com-

pra-venta de bienes muebles en los grandes establecimientos donde los precios son fijos y aparecen a la vista del comprador y en que muchas veces no existe entre éste y el vendedor intercambio alguno de palabras. Es que la adhesión no puede mirarse como la negación de la voluntad del adherente. Ella sólo la limita. Tampoco el oferente puede hacer libremente uso de la suya porque está sujeta a estrictos reglamentos estatales.

El asegurado no carece de amparo porque el estado tutela sus derechos, en Colombia por conducto de la Superintendencia Bancaria, entre cuyos deberes se cuenta el de revisar, objetar y aprobar el clausurado del contrato. Esta función garantiza y salvaguarda la equidad en la relación contractual, liberándola de normas lesivas del justo derecho del asegurado.

Este posee la facultad de acordar con el asegurador condiciones especiales que modifican o derogan las de orden general, conforme al principio consignado en el art. 7º de la ley 27 de 1888, conservado en la nueva legislación (art. 1047), numeral 11). De esta manera es como está en capacidad de ejercer su voluntad, pudiendo llegar a alterar la del otro contratante.

Dada la complejidad técnica y jurídica de las pólizas, cuyo significado hasta su mera lectura no son fácilmente comprensibles para todo asegurado, la posición de éste recibe mejor respaldo al aceptar cláusulas previamente aprobadas por organismos competentes del Estado, en lugar de entregarse al ejercicio de su libertad contractual.

Loable costumbre, que tiende a extenderse día a día y que ya se encuentra incorporada en los estatutos de algunas sociedades privadas e institutos oficiales, es la de adjudicar en licitación los seguros a la empresa que ofrezca mejores servicios en la protección, con lo cual la voluntad de los asegurados se está manifestando en forma muy notoria.

Pero en este punto puede irse más lejos. No sólo afirmar que el seguro no pierde su calidad contractual al incluirlo en el grupo de los contratos por adhesión sino sostener que no se cataloga como tal, es decir, una tesis abiertamente contraria a la doctrina clásica, para concluir que la voluntad del asegurador ya no impera arbitrariamente en la relación contractual.

A este respecto ha de anotarse que cuando el asegurado suscribe la póliza no está adhiriendo al simple querer del asegurador, ya que éste ha sido depurado, ampliado o recortado, a veces por la iniciativa del suscriptor y siempre por la actividad estatal cumplida con el criterio cada vez más acentuado de lograr el justo equilibrio contractual y eliminar, por consiguiente, toda prestación indebida para cualquiera de las partes.

El aludido control del estado, que más que una facultad constituye una de sus obligaciones, viene a suplir, de modo cierto y quizás con mejor conocimiento de causa, la intervención particular de quienes no teniendo suficiente conciencia de la técnica jurídica se ven abocados a la necesidad del seguro.

Por lo anterior, resulta exacta la afirmación de que la voluntad del asegurado participa directa o indirectamente y en distintos grados de intervención en la formación del contrato.

Es indudable que en los anteriores comentarios quedan esbozados algunos argumentos que favorecen la teoría de que el seguro no es contrato por adhesión. De ahí el signo interrogativo que se observa en el título que los precede.

La tesis expuesta encuentra un amplio respaldo en el reciente código de comercio donde se restringe fuertemente la autonomía de las partes y el principio de que el contrato es ley suprema para los contratantes. En efecto, en la actualidad la legislación relativa al seguro tiene un carácter meramente supletorio (art. 14 de la ley 27 de 1888); solamente unas pocas normas son de forzosa observancia pero este régimen ha sido modificado casi en su totalidad porque el art. 1162 de la nueva codificación establece numerosísimas normas de carácter inmodificable aún por mutuo acuerdo entre asegurador y asegurado y otras que únicamente pueden variarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario.

#### 34. CONSECUENCIA DE LA ADHESION

“Las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”, prescribe el código civil en su art. 1624, norma aplicable a los contratos comerciales.

Con este criterio de favor por la parte más débil, según opinión del doctor José Gabino Pinzón en su obra "Introducción al Derecho Comercial", pág. 117, habrá de interpretarse cualquier vaguedad en el estricto significado de este término como también toda oscuridad, imprecisión o deficiencia que ocurra en la formulación o expresión de las cláusulas del seguro, conclusión que es totalmente aceptable debido a la aplicación analógica de la aludida disposición del derecho común.

### 35. ES DE BUENA FE

El postulado de la buena fe, regulador de todos los contratos por mandato del art. 1603 del código civil y del art. 873 de la reciente codificación mercantil, tiene su más cumplida aplicación en el derecho de seguros (uberrima bona fide); asegurador y asegurado deben obrar rectamente, con equidad, honestidad, sin aprovechamientos económicos fraudulentos; ninguna actuación maliciosa puede perjudicar la recíproca confianza que ambos se han depositado.

Las declaraciones y actos del asegurado, previos al contrato, durante su ejecución y después del siniestro, han de basarse en principios de sinceridad y lealtad para el asegurador. Igual debe ser la conducta del último quien al ofrecer el contrato está en el deber de poner de presente el real alcance de la protección y sus beneficios pero también sus limitaciones y luego, en las etapas posteriores, abstenerse de métodos excluyentes o dilatorios de sus compromisos.

El profesor y tratadista español Luis Benítez de Lugo Reymundo explica, con meridiana claridad, el fundamento de la buena fe en los seguros; es conveniente dejar correr sus propias palabras: "La buena fe es esencial para el desenvolvimiento de la relación jurídica que le da vida, toda vez que en él (el seguro) el asegurador administra, cual si fuese un mandatario, los sacrificios que los asegurados todos se imponen para concurrir a la reparación de los siniestros, debiendo, por tanto, inspirar sus actos, cuando el momento de la indemnización llegue, en la más perfecta buena fe para que la reparación del daño responda a su propia y genuina significación, siempre que por parte del asegurado no haya existido mala fe o propósito de lucro tomando el seguro como instrumento para beneficiarse a costa del asegurador, lo cual, en último término, supone defraudación y burla de los demás asegurados, que con sus desembolsos en forma de primas aportan los capitales que han de servir para satisfacer las indemnizaciones. Buena fe en el asegurador o en el asegurado son sólidos cimientos del edificio del seguro" (Obr. cit., Vol. I, págs. 24 y 25).

### 36. APLICACIONES DE LA FALTA DE BUENA FE

Con arreglo al art. 681 del código actual, si el asegurado declara el estado del riesgo en forma falsa, errónea o reticente, la ley sanciona con la nulidad del contrato su falsedad, su error o reticencia y cuando, además, procede de manera dolosa o fraudulenta, el asegurador puede retener la prima o exigir su pago de conformidad con el art. 682, disposición ésta que deja a salvo la posible sanción penal en que pueda haber incurrido el tomador del seguro.

Por último la mala fe empleada en la reclamación del siniestro pueda acarrear al asegurado la sanción denominada "caducidad" que, aunque no aparece consagrada legislativamente, puede aplicarse por parte de las empresas aseguradoras, con base en que constituye una estipulación contractual; en virtud de ella, pierde el derecho a la indemnización.

El nuevo código no podía dejar de recoger los efectos de la mala fe y así lo hace en muchas de sus disposiciones.

A título de ilustración se citan los siguientes casos: la reticencia del asegurado al declarar el riesgo produce la nulidad relativa del seguro (art. 1058, incisos 1º y 2º).

La mala fe del asegurado o tomador en abstenerse de notificar la agravación del riesgo conlleva la terminación del contrato y faculta al asegurador para retener la prima no devengada (art. 1060).

La mala fe del asegurado o beneficiario en la reclamación y comprobación del derecho al pago del siniestro causa la pérdida de tal derecho (art. 1078).

No tendrá derecho a reclamar el valor del seguro el beneficiario que como autor o cómplice haya causado intencional e injustificadamente la muerte del asegurado o atentado gravemente contra su vida (art. 1150).

La mala fe en la contratación de seguros coexistentes produce la nulidad de ellos (art. 1092).

De lo que sí se carece es de un estatuto regulador del principio enunciado en relación con el asegurador, quien igualmente se

halla en el deber de observar la máxima buena fe no solamente, como se dijo, al formular la oferta del contrato, sino también en la aplicación o en la solicitud de sanciones en contra del asegurado.

Sin perjuicio de la anterior afirmación, forzoso es reconocer que la última legislación establece de modo preciso cuáles son dichas sanciones y cuáles sus alcances con lo que se evitan posibles abusos en su imposición. Igualmente debe recordarse que la limitación de la autonomía de los contratantes (art. 1162) dificulta los casos atribuibles a falta de buena fe del asegurador.

### 37. ES DE EJECUCION SUCESIVA

Las distintas obligaciones que a los contratantes impone el seguro no pueden atenderse de manera instantánea. El asegurador, como consecuencia de tomar sobre sí el riesgo, continúa obligado durante la vigencia del contrato a responder de las pérdidas o deterioros ocasionados por el siniestro. El asegurado, fuera de pagar la prima, adquiere otros compromisos jurídicos que sólo puede ejecutar en forma escalonada.

Lo anterior explica que al seguro se le llame contrato de ejecución sucesiva o continuada, carácter que reconoce el art. 1136 y que su disolución por la infracción de algunas de las obligaciones que incumben al asegurado se denomine terminación, fenómeno que se diferencia de la resolución, que es característica de los contratos de ejecución instantánea, como pasa a analizarse muy brevemente.

### 38. CONSECUENCIA DE ESTE DISTINTIVO

La naturaleza del seguro no permite su disolución de modo retroactivo porque es imposible destruir las prestaciones de hacer ya cumplidas; por ejemplo, la protección satisfecha por el asegurador o el aviso de la agravación del riesgo no pueden deshacerse.

Por tal razón no puede resolverse porque la resolución es una manera de disolver los contratos con efectos hacia el pasado y desde el comienzo de la relación contractual. El incumplimiento de algunas de las obligaciones por parte del asegurado produce la terminación del contrato, sanción que solamente opera hacia el futuro.

Al estudiar los modos de finalizar el seguro, será forzoso ampliar este comentario.

### 39. ES NOMINADO

El seguro se cuenta entre los contratos que derivan su denominación y reglamentación de la propia ley. Es así como en virtud de las respectivas reglas legales, el seguro no existe cuando no se estipula la obligación de indemnizar o la de pagar una prima o cuando se pactan cláusulas que convierten el contrato en instrumento de lucro.

Pero de lo anterior no se concluye que la ley contenga para todos los contratos un nombre especial y unos estatutos particulares; muchos tipos de contratos provienen del ejercicio de la libertad contractual y su validez es inobjetable siempre que en ellos se respeten las normas de carácter imperativo. Son los llamados "contratos innominados".

Este atributo tiene su importancia; por ser nominado, el seguro se gobierna, además de las reglas generales aplicables a todo contrato, por disposiciones especiales del derecho comercial como también por principios exclusivos que integran su propio régimen legal.

## CAPITULO IV

### DIVISION DEL SEGURO

#### 40. SEGUROS SOCIALES E INDIVIDUALES. RAZON DE ESTA DIVISION

El estado contemporáneo ha encontrado inadecuadas, porque carecen de contenido social y de sistemas de protección colectiva, las fórmulas de acentuado sabor individualista en que se inspira la obra de los legisladores del pasado siglo.

Posee actualmente una concepción bastante diferente de sus funciones y por ello, en la convicción de que debe amparar no sólo los intereses de cada persona sino, y de preferencia, los de la sociedad, ha hecho de la seguridad social uno de sus más amplios programas con el fin de realizar el codiciado principio del bienestar económico general.

De esta manera ha formulado toda una teoría de seguridad social en la que se contemplan, por un lado, planes y reformas que atacan y disminuyen los grandes flagelos que aquejan a inmensos sectores de la humanidad como la ignorancia, el desempleo, la desnutrición, el subdesarrollo, etc. y de otra parte, con una visión más concreta del problema, medidas de protección para trabajadores, enfermos, inhábiles, ancianos, mujeres y niños.

En desarrollo de esta nueva filosofía se han promulgado leyes de políticas sociales y celebrado reuniones y firmado pactos entre los estados. La Organización Internacional del Trabajo, establecida desde 1919, ha creado las instituciones de la Asociación Internacional y la Conferencia Interamericana de Seguridad Social.

En base a la teoría explicativa del seguro elaborada por el alemán Alfredo Manes, en virtud de la cual esta institución, desde el

ángulo socio-económico, tiene como finalidad protectora satisfacer posibles necesidades del ser humano, la Conferencia Internacional del Trabajo ha dicho que:

“La seguridad social es el conjunto de medidas tomadas por la sociedad y en primer lugar por el Estado, para garantizar a todos los cuidados médicos necesarios, así como para asegurarles los medios de vida en caso de pérdida o de reducción importante de sus medios de existencia, causados por circunstancias no dependientes de su voluntad”; adelante, al considerar la moderna definición de riesgo, se comenta que tales circunstancias pueden depender parcialmente del querer del asegurado.

Y la Conferencia Internacional de Seguridad Social, en su reunión de Buenos Aires, declaró en 1951 que “La acción del Estado en materia de seguridad social debe fundamentarse en el derecho que tiene el hombre de ser protegido por la sociedad ante la necesidad, así como también en el derecho al bienestar que se reconoce a todo trabajador como consecuencia de su participación en la formación de la riqueza nacional”. (Luis Benítez de Lugo, Ob. cit., Vol. V, pág. 27).

Pero el tema no es materia de este trabajo y por eso conviene fijar la atención en la más importante y tal vez más realista manifestación de la concepción aquí mencionada y que no es otra que la institución del Seguro Social y en sus notas que lo diferencian del seguro individual.

#### 41. CONCEPTO GENERAL SOBRE UNOS Y OTROS

Considerando la naturaleza del interés protegido, el seguro ofrece dos formas: la primera ampara necesidades de los particulares, quienes al celebrar el contrato desarrollan una actividad puramente personal y mercantil, enmarcada dentro de la legislación comercial, y la segunda, necesidades de los grupos asalariados y de las personas que le son afines y entonces se presenta como una figura de derecho público al servicio de la clase trabajadora, cuyos principales objetivos tienden a prevenir los riesgos que atentan contra la capacidad de ganancia de sus afiliados, a restablecerla y a procurar al asegurado y a su familia los medios de subsistencia en casos de accidentes, enfermedades y muerte, y en sus estados de invalidez, vejez o desempleo.

Fácilmente se comprende por qué esta división no aparece consagrada en el código de comercio de 1887, expedido en una época en

que predominaba la protección contra el riesgo individual. En ese entonces el derecho social no había adquirido mayor trascendencia. Únicamente con motivo de la industrialización, los intereses de los grupos sociales vinieron a merecer los beneficios del seguro.

Tampoco el nuevo código hace referencia al seguro social, pues en verdad es asunto ajeno al estatuto que por su naturaleza regula tan sólo los actos de los comerciantes y las instituciones mercantiles.

#### 42. PRINCIPALES NOTAS DISTINTIVAS

##### a) Su naturaleza jurídica.

Ambos seguros tienen una naturaleza jurídica diferente.

El social pertenece a la categoría del derecho público, y su origen se halla en la ley y no en el acuerdo de voluntades de los particulares. Tanto la entidad como sus afiliados invocan una fuente de derechos y obligaciones distinta a la contractual como son las disposiciones legales que la crean y sus reglamentos administrativos.

En cambio, el seguro individual es un contrato de derecho privado aunque las partes tienen también en la ley otra fuente de derechos y obligaciones.

##### b) Régimen legal.

El seguro social está regido por el derecho público porque así conviene a su esencia y finalidades. Normas de derecho social, laboral y administrativo estructuran su organización y regulan las prestaciones de asistencia médica, hospitalaria y farmacéutica y los auxilios monetarios.

Por la misma razón, pues de este modo se consulta su propia naturaleza, las regulaciones del seguro individual se consignan en el derecho comercial. Como simple referencia histórica se anota que el código de comercio del 87, cuando se ocupa del seguro mutuo en sus arts. 684, 685 y 702, está haciendo, aunque de manera remota e indirecta, una mención anticipada del seguro social porque éste no constituye más que una moderna concepción y desarrollo de la filosofía mutualista.

### c) Obligatoriedad y Voluntariedad.

El primero, a fin de que sus beneficios favorezcan al mayor número de personas, tiene un carácter obligatorio. Si así no fuera, estaría al arbitrio de patronos y trabajadores y no contribuiría al desarrollo práctico del principio de solidaridad, lo que repugnaría con los postulados del derecho social que no concibe que los riesgos a que estén expuestos los grupos se dejen a la voluntariedad que predomina en los seguros privados.

Estos últimos son generalmente voluntarios. A ellos se puede o no acudir. Solamente por excepción, cada vez más extendida, revisten la calidad de obligatoriedad como ocurre por ejemplo en los de manejo y cumplimiento y en los seguros de vida, que, en su orden, deben suscribir algunos empleados y los patronos.

### d) Explotación.

Como el seguro social integra un servicio público, el llamado a prestarlo es el Estado por conducto de organismos oficiales especializados, como es en el país el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, establecido por la ley 90 de 1949, o mediante su delegación en entidades no necesariamente estatales, sistema menos frecuente pero practicado en algunas naciones.

Su explotación es incompatible con la ley del lucro, que en general inspira las actividades de los particulares y de ahí que los aportes han de establecerse de tal manera que los servicios sean costeados y permitan programas de mejoramiento y expansión pero sin contemplar utilidades comerciales en sus presupuestos financieros.

En cuanto al sistema de explotación del seguro privado no existe uniformidad de pareceres ni en la práctica ni en la doctrina. Hay quienes propugnan por la actividad estatal y quienes defienden, como más ventajoso, el comercio del seguro por la industria privada.

Alrededor del tema se han formado dos grandes escuelas con postulados filosóficos y económicos bien definidos.

Como su estudio traspasa los límites de estos comentarios, sea suficiente recordar aquí que la primera sostiene la socialización del seguro y por lo tanto el monopolio estatal del mismo, bien con un

criterio fiscalista de obtener un recurso económico para el estado, o bien como consecuencia de una concepción colectivista de todo el sistema económico y que la segunda aboga en favor de la explotación del seguro por la libre empresa pero sin excluir la intervención oficial, antes reclamándola en distintos grados de acuerdo a las diversas tendencias que en esta escuela se observan, para proteger tanto los intereses de los asegurados como de los aseguradores.

Dentro de esta última se encuentra el régimen legal existente en Colombia. Por mandato legal, corresponde a la Superintendencia Bancaria vigilar y fiscalizar las compañías aseguradoras en todas las etapas de su vida jurídica.

Se ha querido ver por parte de algunos comentaristas que en su oportunidad expresaron sus opiniones en la prensa nacional un antecedente de socialización del seguro en el decreto N° 2222 de 1962 mediante el cual se creó "La Previsora S. S.", compañía oficial con la que deben contratarse los seguros relativos a los bienes de la nación, institutos públicos descentralizados y demás entidades de derecho público de carácter nacional.

A la expedición del decreto se realizó un fuerte debate en que las partes interesadas manifestaron tesis jurídicas, económicas y técnicas que dio lugar a una demanda de inconstitucionalidad presentada ante el Consejo de Estado, entidad que aún no ha proferido la providencia de fondo sobre las disposiciones acusadas.

No corresponde al propósito de este trabajo profundizar sobre el particular; únicamente quiere su autor exponer un comentario personal, no leído en ninguna publicación, que contribuye a contradecir la tesis mencionada: el estado, al resolver que sus seguros sean contratados en una determinada compañía de origen oficial, no hace cosa distinta que seleccionar su asegurador y ejercer sobre él un control administrativo.

No es ésta la misma conducta que pueden asumir y que de hecho observan algunos grupos de asegurados que en ejercicio de su iniciativa particular constituyen o adquieren y controlan empresas a las que confían la protección de sus bienes?

### e) Inspección y Selección de riesgos.

El empresario individual, cuya solvencia económica es muchísimo más limitada que la estatal, animado por obtener una utilidad

comercial, inspecciona los riesgos en forma rigurosa y técnica y toma sobre sí únicamente aquellos que una sana política de selección le aconseja.

No significa ello que asuma los menos peligrosos y rechace los de mayor contingencia porque actualmente reciben amparo los perjuicios derivados del hurto, el robo, el atraco y otros ilícitos que conllevan grave peligro de pérdida.

Excluye sí los riesgos que según las reglas de la estadística pueden reportarle serios quebrantos financieros en su patrimonio que al fin de cuentas constituye la garantía común de los asegurados; de modo que cuando el asegurador selecciona los riesgos procede a proteger no sólo sus propios intereses sino también los de los asegurados.

Por el contrario, la misión de servicio público que cumple el seguro social se opone a una fuerte discriminación de los riesgos. Sean graves o no, frecuentes u ocasionales, debe asumirlos en razón de las necesidades generales que satisface; el carácter obligatorio del seguro social le suministra un extenso campo de acción que le induce a tomar riesgos que la empresa privada no está en capacidad de asumir.

Con todo, el organismo oficial no puede ser ajeno a una política selectiva de amparos porque su solvencia, aunque respaldada por los recursos pecuniarios del estado, tiene también sus límites y, por otra parte, no debe gravar excesivamente a patronos y afiliados con aportes confiscatorios. El seguro social debe adoptar una política de selección amplia pero a la vez prudente y cuidadosa.

#### f) Costo del Seguro.

En el individual la prima es personal, con lo que se indica que su pago corresponde exclusivamente al asegurado quien, en consecuencia, asume la totalidad del costo del seguro.

Por otro lado, el valor de su contribución guarda íntima proporción con la gravedad y la probabilidad del riesgo y con el número de amparos contratados. Quien asegura contra incendios su propiedad construida en madera no paga igual suma que quien la protege contra el mismo riesgo cuando el material de construcción es menos inflamable. En los seguros de vida la edad también constituye factor determinante de la prima.

No ocurre lo mismo en el seguro social en que los aportes a más de ser pluri-personales porque a su sostenimiento contribuyen estado, patronos y afiliados, sin que en todos los sistemas sea necesaria la concurrencia de los tres, se fijan con base en porcentajes sobre la remuneración de los empleados y sin consideración al costo mismo del riesgo ni al valor del posible beneficio. Aportan la misma cantidad dos trabajadores de igual remuneración, no importa que uno de ellos por su edad, su estado civil, su cultura u otra circunstancia, esté expuesto a mayores riesgos.

#### 43. SEGUROS TERRESTRES, MARITIMOS Y AEREOS

Aquí casi que es suficiente dar a las palabras su sentido natural, y obvio para llegar al concepto genérico de estas modalidades del seguro individual

Basta recordar los sitios en donde el riesgo se presenta (tierra, agua y aire), los diversos medios de transporte empleados (vehículos, ferrocarriles, buques, aeronaves) y las rutas recorridas para la movilización de bienes (vías terrestres, fluviales, marítimas y aéreas) para obtener una noción muy aproximada de esta clasificación y para manifestar, en forma muy elemental, que los primeros protegen contra los riesgos terrestres, los segundos contra los marítimos y los últimos contra los aéreos.

La comisión redactora del nuevo código entiende por riesgos marítimos los propios de la navegación por mar o incidentales a ella. Peligros marítimos los llama en la exposición de motivos y en la relación enunciativa que de ellos hace recoge, como ejemplos, la tempestad, el naufragio, el encallamiento, el abordaje, la explosión, la piraería, el echazón y otros del mismo género.

Y agrega "que el seguro marítimo tenga por objeto la protección de los riesgos propios de un viaje por mar, es lo natural.

Pero el proyecto permite que se haga extensivo a la protección de riesgos terrestres, fluviales y aéreos accesorios a una expedición marítima", esto es, el seguro, cuando así se estipula, no se limita únicamente al viaje por mar sino a los trayectos por tierra, ríos y aire, complementarios de aquél.

Esta tesis, fundada en la nota común de proteger al asegurado contra los perjuicios sufridos durante el transporte de las cosas, cualquiera que sea el medio utilizado para conducir las, encuentra acogida en el art. 1703 del reciente estatuto: "El contrato de seguro marítimo podrá hacerse extensivo a la protección de los riesgos terrestres, fluviales o aéreos accesorios a una expedición marítima".

Por ser relativamente de reciente aparición, es conveniente ampliar el concepto del riesgo aéreo y permítase hacerlo con las mismas palabras de los redactores del código: "Montellá ha confinado magistralmente la noción de riesgo aéreo (o aeronáutico como lo denomina este autor), enmarcándola dentro de dos condiciones esenciales, a saber: que proceda de una aeronave. Pero la aeronave estática, dice, sujeta a la limpieza de bujías o desmontaje de piezas de motor, hélices, etc., no es causa de riesgo aeronáutico. Que el riesgo proceda de la utilización de la aeronave conforme a su destino".

#### 44. SU MANIFESTACION CRONOLOGICA

La historia del seguro en su actual estructura jurídica se inicia con el marítimo. De éste proceden las otras modalidades de la institución.

Hasta hace unas cuantas décadas, el mar constituía el más importante medio de comunicación y transporte y por ello la vía utilizada con mayor frecuencia para actividades comerciales entre los pueblos.

En cambio las comunicaciones terrestres eran deficientes porque únicamente se basaban en rudimentarios sistemas de transporte de tracción animal. Ahí se encuentra la explicación de la primacía cronológica del seguro marítimo.

Las primeras regulaciones legales promulgadas en los siglos XIV y XV sobre cuestiones de derecho mercantil consignan muchos preceptos relativos a este seguro, cuya cobertura comprendía, además de los riesgos del mar, los de la navegación fluvial y algunos terrestres considerados como inherentes a los primeros.

Aunque no fue desconocido en la edad media, el seguro terrestre sólo adquirió su expansión con el desarrollo del transporte fluvial propiamente dicho y del ferroviario y más tarde con la construcción de vehículos de tracción mecánica, cuando en verdad entró en su período de apogeo.

El aéreo conocido con distintas denominaciones como aeronáutico, de aviación y seguro espacial, pertenece a la época reciente, casi que presente, precisamente porque la industria del tráfico por aire es producto de la civilización del siglo XX y todavía se halla en estado de evolución. Puede afirmarse que su nacimiento es posterior al año de la presente centuria.

#### 45. SU CONSAGRACION LEGISLATIVA EN EL CODIGO DE 1887

Esta obra consagra parcialmente la división tripartita a que se está haciendo alusión. Con arreglo al artículo 637, "Los seguros son terrestres o marítimos". No contiene referencia alguna al seguro aéreo porque su expedición tuvo lugar anticipadamente al comercio por aire.

Como contrato de derecho mercantil, el seguro terrestre se ha gobernado por el código de comercio terrestre, en la forma como lo establece el citado artículo 637, disposición que en verdad hace falta frente al mandato general del art. 1º que dispone que en los asuntos comerciales rigen de preferencia las regulaciones del código.

Por su naturaleza específica y por fuerza del precepto contenido en el ya mencionado art. 637, el seguro marítimo es materia regida por el código de comercio marítimo, adoptado por el art. 1º de la ley 57 de 1887.

El seguro aéreo carece de un estatuto legal expreso, pero la consideración de que es un contrato mercantil lo sujeta al código de la materia al tenor de lo estatuido en el artículo 1º de esta obra.

No ha de olvidarse, sin embargo, que dado el carácter supletorio de la legislación comercial (art. 14 de la Ley 27 de 1888), este último seguro encuentra sus mejores regulaciones en la libertad contractual de las partes, limitada únicamente por las normas de carácter imperativo.

#### 46. EN LA NUEVA LEGISLACION

Se ha dicho que está más a tono con la orientación jurídica contemporánea incorporar en un solo código de comercio, tal como lo ha hecho el legislador colombiano, los principios normativos del seguro en general y los particulares que consultan las notas peculiares de cada una de las tres modalidades vistas.

Es fácil respaldar esta afirmación; en efecto las normas fundamentales del contrato comprenden la teoría y la doctrina del seguro y ellas tienen cabida tanto en los riesgos terrestres como en los marítimos y aéreos.

En desarrollo de esta tesis que propugna por la unificación legislativa del seguro, debe anotarse que los riesgos, sean marítimos, terrestres o aéreos, se presentan en forma similar ya que ninguno integra una categoría autónoma sino meras modalidades del seguro.

En este planteamiento radica al razón y explicación de los artículos 1765 y 1903 en virtud de los cuales en lo no previsto en las disposiciones del seguro marítimo, se observan las reglas relativas a los seguros terrestres en cuanto consulten la naturaleza de aquél y al seguro aéreo se aplican, en cuanto sean pertinentes, las normas reguladoras del marítimo.

#### 47. SEGUROS MUTUOS Y A PRIMA

El nuevo código de comercio no consigna esta división. Sus disposiciones se refieren únicamente a los seguros a prima, a la que concede la mayor trascendencia jurídica al señalarla como elemento esencial del contrato (Art. 1045).

Este silencio legal no puede interpretarse como una prohibición de los seguros mutuos. Simplemente no los reglamenta por no ser actos de naturaleza mercantil.

La legislación aún vigente la establece de manera expresa en su art. 685: "Los seguros terrestres son mutuos y a prima", pero es de anotar que no sólo los terrestres pueden revestir una u otra forma; los marítimos y los aéreos también pueden asumir cualquiera de estas dos modalidades.

#### 48. MODOS DE DIFERENCIACION

Existen varios medios de diferenciación para establecer si un seguro es a prima o mutuo, como pasa a explicarse:

##### A) Naturaleza Jurídica.

El seguro a prima es un contrato comercial. El código lo trata como una de las principales instituciones mercantiles y recoge en su articulado los principios y algunas de las prácticas más avanzadas del derecho comercial moderno.

El seguro mutuo, en cambio, no tiene la calidad de entidad jurídico mercantil. Es un contrato "puramente civil", adverbio y adjetivo con los que se refiere a él el código de comercio del 87, pero expresión que, aunque no aparece en la nueva legislación, conserva toda su vigencia porque corresponde a la propia naturaleza de esta clase de seguro.

##### B) Régimen legal.

Por su categoría de asunto mercantil, el primero se rige de preferencia por las disposiciones de la ley comercial, la cual provee a su reglamentación (Códigos de 1887 y 1971).

La forma mutual carece de una reglamentación para su funcionamiento en la nueva legislación pero no habrá impedimento legal para continuar observando la norma contenida en la actual codificación que dispone que el seguro mutuo está sujeto a la legislación mercantil (art. 685), siempre que sea compatible con su naturaleza especial y las entidades que prestan este tipo de protección invoquen sus disposiciones.

En caso contrario, el seguro mutuo es de libre formación y regulación de los contratantes, tal como lo propuso la comisión redactora del código de 1971.

##### C) Finalidad del asegurador.

Los seguros a prima se explotan con el objeto primordial de obtener beneficios económicos.

Ciertamente todo asegurador cumple encomiables funciones sociales de prevención, educación y protección, pero su fin primario lo constituye la utilidad pecuniaria en el ejercicio de una actividad especulativa.

Distinta es la consulta observada en los seguros mutuales por asociaciones que como finalidad principal se proponen auxiliar a sus miembros.

##### D) Reciprocidad y diversidad de intereses.

En el seguro mutuo el contratante adquiere la doble calidad de asegurador y asegurado o de socio de la institución y asegurado por la misma.

Sucede así por ejemplo cuando un grupo de propietarios de vehículos de servicio público, ante la imposibilidad de obtener amparo contra robo en las empresas aseguradoras, celebran un contrato en virtud del cual quedan obligados a indemnizar a su dueño el valor del automotor robado y con tal fin integran un fondo común de solidaridad mediante al entrega de cuotas periódicas o anuales, reajustables de acuerdo al número de siniestros.

Igual fenómeno se presenta cuando, en lugar de contratar en la forma aludida, constituyen una fundación que, sin propósito de lucro, les garantice la misma protección.

El primer caso demuestra con claridad cómo cada parte del contrato asegura a los demás y se ve asegurada a la vez por los restantes contratantes. El segundo, cómo cada miembro de la institución es simultáneamente socio y acreedor de la indemnización una vez se produzca el siniestro.

Se observa que a todos les interesa la suerte del grupo o de la asociación, porque cada uno se encuentra en la posibilidad de participar de las pérdidas sufridas y del beneficio indemnizatorio, situación que se explica por la reciprocidad y solidaridad de intereses que los unen.

Por el contrario, en los seguros a prima, los intereses de los contratantes no demuestran identidad. Perfeccionado el contrato cada parte se sitúa en una posición diferente; el asegurado cumple sus obligaciones de tal y sólo se preocupa por recibir la reparación del daño cuando el riesgo se materializa pero no se vincula a la sociedad aseguradora como accionista pues no aporta capital y por lo tanto carece del derecho de participar en su administración y de percibir los beneficios sociales.

#### E) Primas y cotizaciones.

En estos últimos, la prima es invariable. Su cuantía no depende de la gravedad o la frecuencia de los siniestros ocurridos en el respectivo período. Se calcula con anterioridad por técnicos actuariales con base en la teoría de las probabilidades y en la denominada "Ley de los Grandes Números".

Una vez pagada, no puede cobrarse al asegurado sumas adicionales, salvo estipulación contractual en contrario. De este carácter de estabilidad se ha derivado el nombre de "seguros a prima fija".

En los contratos de mutualidad la retribución no es fija, en principio. Aumenta o disminuye de acuerdo al número y magnitud de los riesgos realizados y reparados en determinado ejercicio de actividades; es la manera de garantizar que el total de las cuotas sea por lo menos igual al costo pagado por indemnizaciones o auxilios. Aunque no es esencial al sistema, ese total debe sobrepasar las sumas pagadas a fin de que exista un razonable excedente para formar reservas y atender gastos de administración.

De esta explicación se concluye que la sociedad mutual puede exigir reajustes en las contribuciones y si al terminar el respectivo período resultaren utilidades, distribuirlas no a título de dividendos o participaciones sino en forma de retornos o devoluciones.

#### F) Responsabilidad.

El asegurado que ha contratado a prima fija tiene como única obligación, de contenido patrimonial, el pago de la misma. Nada más le es exigible. No puede el asegurador, por lo tanto, afectar sus bienes para cubrir los siniestros en caso de que el valor de éstos supere el volumen de las primas. En tal evento, aquél debe atender el faltante con sus reservas y capital.

En el sistema mutualista responde de manera distinta. Como ya se anotó, el asegurado está obligado a reconocer y pagar reajustes y mediante este recurso financiero ha de contribuir a la cancelación de los siniestros que no lograron cubrirse con el importe de las cuotas inicialmente establecidas.

#### 49. SEMEJANZAS

Queda visto que son manifiestas las notas que diferencian las dos especies de seguro. No obstante existen semejanzas apreciables, la principal de las cuales es el principio de solidaridad.

Los seguros a prima se fundamentan también en la mutualidad porque las primas cubiertas por los asegurados integran un fondo que permite en primer término y antes de acudir al patrimonio social efectuar el pago de los siniestros.

Mirando las cosas desde un punto de vista práctico, ya que esta apreciación carece de respaldo legal, el asegurador actúa como un

intermediario entre el grupo de personas que se anticipan a dar una retribución pecuniaria a cambio de recibir una protección también económica al experimentar un daño en sus intereses y como un distribuidor del valor de los siniestros entre todos los asegurados.

Lo anterior es la expresión del principio de solidaridad en el seguro.

Las compañías mutuales determinan en la actualidad las cuotas aplicando los procedimientos empleados por las compañías de seguros a prima, lo que hace que en la práctica tales contribuciones sean fijas y pueda contabilizarse reservas para fortalecer financieramente las instituciones respectivas.

Existen compañías comerciales, especialmente las dedicadas al seguro de vida, que estipulan participaciones a favor de los asegurados.

#### 50. SEGUROS DE PERSONAS Y DE DAÑOS. SU CONCEPTO

Al examinar la naturaleza del bien que ampara, el seguro individual se divide en dos grandes clasificaciones: de personas y de daños.

El primero protege la vida del asegurado, su integridad física y su capacidad laboral contra los riesgos de muerte, supervivencia e incapacidad. El segundo brinda protección a los bienes patrimoniales contra los riesgos de destrucción y deterioro como consecuencia directa o indirecta de una gran diversidad de hechos como el incendio, el transporte, la navegación, el robo, la infidelidad, el incumplimiento de responsabilidades contractuales y legales, etc.

#### 51. DEFINICION DE LOS PRIMEROS

En su libro "El contrato de seguro", el tratadista Isaac Halperin expresa que los seguros de personas "son los que garantizan la persona del asegurado contra los riesgos que la amenazan en su existencia, integridad, salud o vigor; termina en un pago en dinero pero las prestaciones están subordinadas a hechos que afectan directamente la persona del asegurado" (Ossa Gómez, Obr. cit., pág. 256).

Opinión similar atribuye Luis Benítez de Lugo (Obr. cit., Vol. III, pág. 3) a Hérmard para quien "son aquéllos que amparan a la

persona del asegurado contra los riesgos que la amenazan en su existencia, integridad corporal, salud o vigor"; agrega el tratadista español que estos seguros "tienen por resultado, sin embargo, solamente prestaciones pecuniarias, que quedan subordinadas a sucesos en los que la persona del asegurado se encuentra directamente afectada".

Ya que las transcripciones hechas no lo mencionan, conviene aclarar que los seguros en referencia brindan una protección económica bien a la persona del propio asegurado o bien a sus allegados en razón de un vínculo familiar, pecuniario o jurídico y que precisamente por ello se denominan beneficiarios. Todo depende de la modalidad contratada.

#### 52. SU RAMIFICACION

Los seguros de personas se subdividen en varios grupos: de vida, de accidentes y de enfermedad. Se conoce también otra variedad con el nombre de "amparos accesorios" y cuya finalidad es atender el pago de erogaciones ocasionadas por hechos especiales de la vida; son los llamados seguros de matrimonio o de nupcialidad, de nacimiento o de natalidad y de exequias o de enterramiento.

A su turno el seguro de vida presenta diversidad de tipos: ordinario de vida, dotal, temporal, mixto, familiar, de renta vitalicia, con capital eventual, adicional, etc., cuyo estudio queda al margen del presente trabajo.

#### 53. DEFINICION DE LOS SEGUNDOS

Los seguros de daños "implican protección contra un perjuicio patrimonial en la acepción económico-jurídica de estos vocablos", observa con insuperable síntesis y precisión el Dr. Ossa Gómez (Obr. Cit., pág 254).

Para el tratadista Luis Benítez de Lugo, el seguro de daños tiene como objeto trasladar, en todo o en parte, los efectos dañosos que determinados acontecimientos futuros e inciertos pueden producir en el patrimonio de un sujeto al patrimonio de otros, a cambio del pago de una prima (Obr. cit., Vol. II, pág. 3).

Se les conoce también con los nombres de seguros de bienes o cosas pero impropriamente "porque los seguros de patrimonios que

en ellos deben incluirse no se refieren exactamente a bienes en el sentido vulgar de la palabra, sino a un conjunto de derechos y obligaciones dimanantes de un individuo" (mismo autor, pág. 3).

#### 54. SEGURO REAL Y SEGURO PATRIMONIAL

El seguro de daños asume dos modalidades. Recae sobre un determinado objeto o sobre el derecho radicado en él y entonces se denomina seguro real o de cosas, o sobre los intereses de que es titular una persona, considerados en su unidad y en este caso se llama seguro patrimonial.

El primero protege contra la destrucción o los daños en bienes corporales o tangibles que según la descripción del código civil (art. 653) son los que tienen una existencia material y pueden ser percibidos por los sentidos; igualmente garantiza los derechos particulares concretamente radicados en ellos. Sirve de ejemplo el seguro de incendio que tiene por objeto reparar al propietario asegurado los perjuicios que sufre su propiedad que ha sido víctima del fuego o al acreedor hipotecario —asegurado o beneficiario— el contenido económico de su derecho.

El segundo versa sobre las cosas incorporales, esto es, que no tienen un ser corpóreo o físico sino meramente intelectual, llamadas derechos, tomados en su conjunto. Es el seguro patrimonial que indemniza a una persona contra los hechos que afectan su patrimonio económico o sea la universalidad de sus derechos o intereses, por lo cual también se conoce con el nombre de seguros de intereses y cuya principal manifestación es el seguro de responsabilidad.

#### 55. CONSAGRACION LEGAL

La anterior clasificación, que aunque no es la única elaborada por la doctrina y la jurisprudencia, sí es la más lógica y aceptada, se encuentra incorporada en forma expresa en el nuevo derecho comercial colombiano; el código establece en su art. 1082 que "Los seguros podrán ser de daños o de personas; aquéllos, a su vez, podrán ser reales o patrimoniales".

El título quinto del libro cuarto de dicha obra contiene una serie de normas que recogen los principios jurídicos comunes a unos y otros y con base en los que existe la posibilidad legal de exportar

los más modernos tipos de seguros contemplados en el derecho contemporáneo.

La legislación vigente no consagra explícitamente la división comentada pero tampoco podría decirse que la desconoce. En efecto, al reglamentar el seguro de vida, acepta la primera clase del seguro de personas. Nada dispone acerca de la segunda, pues no contiene ningún precepto sobre el seguro de accidentes.

Se ocupa extensamente del de daños pero con especialidad en su especie de seguro real; bajo esta modalidad aparece elaborada la definición legal del contrato. Los seguros de incendio, transportes y productos agrícolas hallan su reglamentación en el código del 87, mas no así los amparos contra otros riesgos como los de hurto y robo aunque su asunción está autorizada según se desprende de la propia definición legal. (art. 643).

Los seguros de daños conocidos como patrimoniales encuentran su validez en el artículo 646 que establece como asegurables "las cosas incorporales".

#### 56. DIFERENCIAS

Los elementos esenciales del contrato, como el interés y riesgo asegurables, y la indemnización, aunque en principio de aplicación común, no operan en el mismo grado en los seguros personales, reales y patrimoniales. Según la especie de que se trate, tienen una significación jurídica diferente y se regulan por textos peculiares.

Las diferencias entre unos y otros son precisamente objeto de gran parte de este estudio, lo que indica la trascendencia de la aludida división tripartita.

## CAPITULO V

### DEFINICION DEL CONTRATO

#### 57. SU IMPORTANCIA

La trascendencia que el seguro siempre ha significado pero en grado máximo en el mundo contemporáneo de los negocios impone su conocimiento como una necesidad ineludible.

Sobre este particular no pueden ser más dicientes las palabras del doctor Bernardo Sáiz de Castro, según las cuales el seguro satisface la séptima necesidad humana; "La importancia y trascendencia que el seguro tiene en la actividad económica, se manifiesta poderosamente al observar el lugar que le ha correspondido en los distintos estudios realizados, a fin de clasificar las necesidades individuales, de acuerdo con el interés humano que cada una representa. En los estudios hechos por Bretan, ha clasificado la necesidad del seguro en el séptimo lugar, sobreponiéndolo y dándole prioridad a otras necesidades de gran importancia". (Conferencia dictada en 1954).

La siguiente es la opinión de otro connotado profesional, el doctor Enrique Cortés, expresada igualmente en conferencia pronunciada como la anterior en 1954 en la Biblioteca Nacional:

"El simple hecho de que la entidad más grande del mundo es una compañía de Seguros de Vida, debe ser motivo para que cualquiera que sepa esto se interese por conocer cuanto pueda acerca del tema Seguro de Vida. Al decir que es la organización más grande del mundo, quiero decir que sus activos totales, según balance, son superiores a los de cualquier otra organización financiera, comercial o industrial". Y si se revisa la bibliografía extranjera se hallan conceptos como los siguientes:

"El seguro es la más alta expresión de la lucha del hombre contra la fatalidad; ello es la aplicación jurídica más extendida y segura de la solidaridad humana. Ello protege al hombre contra las consecuencias dañosas del azar y de la acción de las fuerzas ciegas de la naturaleza. Ello no suprime el daño, pero repartiéndolo entre un gran número de personas, lo limita a proporciones mínimas". (Pan dectas Belgas, Juan Fernando Cobo, pág. 30. tomo I, obr. cit.).

Constituye el seguro "la expresión jurídica de la defensa común ideada por el hombre contra los riesgos que le amenazan a él y a sus obras", como anota el profesor Carlos Malagarriga en su libro Derecho Comercial, sexta edición, pág. 76.

Pero el significado del seguro queda totalmente expresado cuando se recuerda la pregunta formulada por Alfredo Manes (citado por el doctor Cobo (obr. cit., pág. 33, tomo I): "que ocurriría si no existiera el seguro".

No es de extrañar por todo lo anterior que se haya considerado el seguro como contrato fundamental de derecho comercial y como inseparable instrumento de la estabilidad y seguridad de la economía y del desarrollo industrial y comercial.

## 58. EMPLEO Y ETIMOLOGIA DEL TERMINO SEGURO

En los textos romanos, explica Luis Benítez de Lugo, (Obr. cit., epígrafe 15), se han descubierto contratos por los cuales una persona asumía las consecuencias de un riesgo pero sin utilizar la palabra seguro, que sólo aparece en el latín de Justiniano (527 d. de J.).

El mismo autor comenta que en el año 1370, en la ciudad de Génova, "se reparte ya el riesgo entre varios aseguradores, cuya actividad es señalada con el nombre de Securare, Sigurare o Assicurare" (epígrafe 19).

Otro expositor, también español, J. J. Garrido y Comas, escribe que el vocablo Assecuramentum, empleado en el sentido moderno del seguro, se utilizó por primera vez en la reglamentación del Duque de Génova, Gabriel Adorno, publicada en 1369 y que constituye la ley más antigua que se conoce sobre el seguro (Obr. cit., pág. 10).

Con lo anterior quíerese únicamente anotar algo acerca de los primeros usos del término con que actualmente se conoce el contrato y no indagar sobre el comienzo mismo de la institución, el cual se remonta a los primeros años de la humanidad, quizá al momento en que Adán y Eva, ante la necesidad de protegerse contra su propia desnudez, tras de comer del apetitoso árbol prohibido, encontraron el amparo de unas hojas de higuera.

Y ya que se ha recordado un pasaje bíblico resulta muy pertinente volver a las palabras de Luis Benítez de Lugo quien ha dicho que "El texto más antiguo, en el que palpita el espíritu y finalidad del seguro es la Biblia, en la que, al hacerse la historia de Josué, inmediato sucesor de Moisés, como jefe del pueblo hebreo, se hace constar que aquél hizo almacenar una gran cantidad del grano recogido durante los años de abundancia, para prevenir la escasez que podría sufrirse en los años de penuria" (Epígrafe 13).

En la actualidad y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 100 de la ley 45 de 1923, ninguna persona o sociedad puede hacer uso en Colombia de la palabra seguro a menos que esté debidamente autorizada por la Superintendencia Bancaria.

Su significación etimológica, desde luego insuficiente para definir el contrato, procede de la voz latina "Securus", vale decir, seguridad, aseguramiento, confianza o certeza y que en lengua castellana se utiliza unas veces como sustantivo y otras como adjetivo.

## 59. DIFICULTAD PARA DEFINIR EL CONTRATO

Elaborar o adaptar una definición del seguro ha ofrecido siempre graves dificultades en la doctrina y en la jurisprudencia. Es que no resulta fácil fijar con claridad, exactitud y precisión, dentro de una breve fórmula, la naturaleza y significado de una institución tan extensa y compleja.

En primer lugar se presenta el inconveniente procedente de la gran diversidad de riesgos: terrestres, marítimos y aéreos, unos; personales, reales y patrimoniales, otros; viene luego el segundo problema que se origina en la naturaleza del bien amenazado; unos riesgos atentan contra la persona y su integridad física y otros contra los objetos y derechos patrimoniales. La división del seguro en mutuo y a prima hace surgir una dificultad más.

Pero la mayor de todas radica en la permanente evolución de la institución, por lo que cualquier definición que de ella se formule, especialmente si es de orden legal, lleva el peligro de estancar su desarrollo y de privar de respaldo jurídico o doctrinario las nuevas modalidades que con frecuencia surgen en el comercio del seguro o de crear innecesarias discusiones sobre su interpretación.

#### 60. IMPOSIBILIDAD DE UNA CONCEPCION UNITARIA

Los razonamientos anteriores, suficientes para demostrar la inconveniencia, si no la imposibilidad, de presentar un concepto unitario de seguro, aconsejan no incorporar en la ley la definición del contrato, a fin de dejarlo como una función propia de la especulación doctrinaria y en su lugar recoger en cánones legales las manifestaciones que el seguro ofrece en sus diversas modalidades.

El profesor italiano de derecho comercial Camilo Viterbo comenta muy brevemente este punto, con las siguientes palabras: "Junto a esta doctrina ( el autor viene de explicar la teoría económica en virtud de la cual la institución del seguro está destinada a la satisfacción de una necesidad eventual), corresponde recordar otra de carácter negativo, por decirlo así, que no admite la posibilidad de establecer una concepción unitaria del contrato de seguro y considera al seguro de vida un contrato de naturaleza jurídica especial que sería inútil tratar de incluir en un mismo concepto con los seguros contra daños" (obr. cit., pág. 174).

#### 61. COMENTARIOS A LA DEFINICION DEL CODIGO VIGENTE

Con una orientación muy diferente a la tesis que aconseja no incorporar en la legislación la definición del seguro, el código del año 87 incluye la siguiente en su art. 634: "El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona, natural o jurídica, toma sobre sí, por un determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro, que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida o cualquier otro daño estimable, que sufran los objetos asegurados".

El texto merece algunos comentarios:

a) La definición es evidentemente incompleta. Sólo comprende los seguros reales ya que habla de los riesgos que corren "ciertos objetos". De no existir el art. 646 que señala los bienes asegurables e incluye en ellos los incorporales, y los arts. 676 y 707 que hacen alguna referencia a los seguros patrimoniales, podría afirmarse que el legislador había olvidado totalmente esta clase de amparos.

Tampoco abarca al definición los seguros de personas aunque posteriormente al código reglamenta la modalidad del seguro de vida.

b) Se censura, además, el texto transcrito porque si el legislador pretendía enumerar en él los atributos jurídicos del contrato, lógicamente debió hacerlo en forma taxativa.

Resulta más aceptable dejar que los comentaristas determinen tales atributos al analizar los respectivos preceptos reglamentarios que formular una relación parcial de ellos.

c) De conformidad a la disposición en referencia, únicamente el propietario del bien puede contratar el seguro, pues en ella sólo se habla de "indemnizable" a él, a quien pertenecen los objetos asegurados, deficiencia que aparece subsanada en el art. 642 que autoriza la celebración del seguro a toda persona que tenga un interés real en la conservación del bien aunque no le pertenezca en calidad de propietario.

d) No es exacta la definición al decir que el asegurador asume los riesgos "por un determinado tiempo" porque la temporalidad no constituye enunciado esencial del seguro.

Conforme al art. 695 el seguro de vida puede ser temporal o vitalicio. En varias pólizas automáticas los contratos no tienen vigencia limitada sino indefinida; para proceder a su terminación se conviene dar un preaviso. Así operan en el ramo de transportes y de incendio.

e) Actualmente la definición legal resulta derogada en cuanto autoriza a las personas naturales a constituirse en aseguradoras.

f) El texto excluye el seguro mutuo ya que al imponer al asegurado como única obligación patrimonial el pago de la "retribu-

ción convenida" y al reconocerle como único derecho el de la indemnización de la pérdida o deterioro, está configurando las características propias de los seguros a prima.

Mas es de anotar el acierto de este criterio del legislador porque el código de comercio, ya se expresó, no es la obra adecuada para tratar sobre los seguros mutuos, contrato no catalogado entre los comerciales.

g) La definición legal permite juzgar que comprende tanto el seguro terrestre como el marítimo y que no existe inconveniente alguno para aplicarla al seguro aéreo.

En efecto, el asegurador puede asumir "todos o alguno de los riesgos de pérdida o deterioro". No distingue la naturaleza misma de los riesgos, en lo que también el legislador demostró acierto.

## 62. LA DEFINICION EN EL NUEVO CODIGO

La reciente codificación no adopta una definición general en el seguro. El art. 1036, ubicado en el capítulo relativo a los principios comunes a los seguros terrestres, se limita a enumerar sus atributos en forma meramente enunciativa ya que no los comprende todos.

En armonía con la tesis antes expuesta, desarrolla en sus cánones los elementos esenciales y generales que estructuran el contrato y luego atiende a la reglamentación de las más conocidas clases de seguros.

## 63. DEFINICIONES LEGALES EXTRANJERAS

A título de mera ilustración es de conveniencia transcribir las definiciones de varias legislaciones extranjeras.

El código de comercio de Chile contiene una definición, posiblemente reformada, exactamente igual a la del código colombiano, lo que se explica por el hecho de que el de Panamá, establecido como nacional para Colombia en 1887, es sustancialmente el mismo que empezó a regir en Chile en la segunda mitad del siglo pasado.

Las siguientes definiciones, varias de las cuales pueden encontrarse modificadas hoy en día, se han tomado de las obras de Luis Benítez de Lugo, Garrido y Comas y Juan Fernando Cobo.

España: El contrato de seguros es aquel por el cual el asegurador responde del daño fortuito que sobrevenga en los bienes muebles e inmuebles asegurados mediante cierto precio, el cual puede ser fijado libremente por las partes.

Bélgica: El seguro es un contrato por medio del cual el asegurador se obliga, mediante una prima, a indemnizar al asegurado de las pérdidas o daños que experimente como consecuencia de ciertos hechos fortuitos o de fuerza mayor.

Suecia: El asegurador es aquel que se obliga, por medio de contrato de seguro, a satisfacer una indemnización por los daños ocasionados con motivo de la producción del evento asegurado, o la suma seguro convenida, cuando se trate de un contrato relativo a la vida o a otro seguro personal.

México: Por el contrato de seguro, la empresa aseguradora se obliga, mediante una prima, a resarcir un daño o pagar una suma de dinero al verificarse la eventualidad prevista en el contrato.

Italia: El seguro es el contrato por medio del cual el asegurador, contra el pago de una prima, se obliga a reembolsar al asegurado, dentro de los límites convenidos, el daño que le haya ocasionado un siniestro, o a satisfacerle un capital o renta al verificarse un suceso relativo a la vida humana.

Alemania: En los seguros de daños, el asegurador está obligado a indemnizar al contratante en caso de ocurrir el siniestro, en la medida determinada del contrato, por los daños que haya sufrido. En los seguros de vida, accidentes y otros seguros personales, el asegurador vendrá obligado a pagar el importe del capital o renta convenidos o a efectuar la prestación pactada, cuando se produzca el hecho contra el cual se realizó el seguro.

Argentina: El seguro es un contrato por el cual una de las partes se obliga mediante cierta prima a indemnizar a la otra de una pérdida o de un daño o de la privación de un lucro esperado que pudiera surgir por un acontecimiento incierto.

Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas: Por el contrato de seguro, una parte (el asegurado) se obliga a pagar la cantidad convenida (prima del seguro) y la otra (el asegurador), para el caso

de que se produzca el acontecimiento previsto en el contrato (riesgo asegurado) se obliga, tratándose del seguro de bienes, a indemnizar al asegurado o a la tercera persona (beneficiario) por los daños sufridos dentro de los límites de la cantidad estipulada en el contrato (suma asegurada) y tratándose del seguro de personas, a pagar la suma garantizada por el seguro.

Brasil: Considérase contrato de seguro aquel por el cual una de las partes se obliga para con otra mediante el pago de un premio, a indemnizarla de los perjuicios resultantes de riesgo futuro previsto en el contrato.

Venezuela: El seguro es un contrato por el cual una parte se obliga mediante una prima, a indemnizar las pérdidas o los perjuicios que puedan sobrevenir a la otra parte en casos determinados, fortuitos o de fuerza mayor; o bien a pagar una suma determinada de dinero, según la duración o las eventualidades de la vida o de la libertad de una persona.

Ecuador: El seguro es un contrato en que uno toma sobre sí todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertas cosas pertenecientes a otro, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida o el daño estimable que sufren las cosas aseguradas; o se obliga a entregar a otro una suma fija, si cierto riesgo previsto se realiza.

No es del caso entrar a comentar las anteriores definiciones, a varias de las cuales cabrían algunos de los comentarios formulados a la que trae el código colombiano del 87, pero de paso conviene llamar la atención sobre la del código civil de la Unión Soviética que en pocas líneas logra una definición clara y completa del seguro.

#### 64. DEFINICION DE LOS TRATADISTAS

Numerosas y diferentes han sido las propuestas por los autores; con el mismo criterio ilustrativo aludido en el numeral anterior y trasladándolas de las mismas fuentes, algunas de ellas son las siguientes.

César Vivante: El seguro es un contrato por el que una empresa se obliga a pagar una determinada suma cuando ocurre un evento fortuito, mediante una prima, calculada según la probabilidad de que el evento suceda, si bien es necesario una empresa aseguradora técni-

camente organizada que asuma los riesgos de terceros mediante primas previamente determinadas.

Planiol: El contrato de seguro es aquel por el cual una persona denominada "asegurador" promete a otra, "el asegurado", una prestación, subordinada a la realización de un riesgo determinado, mediante una suma denominada "prima" o "cuota".

Félix Benítez de Lugo: "Es una institución de previsión por la que, mediante el pago de una prima o cuota, única o periódica, se adquiere el derecho de ser indemnizado por determinados daños y menoscabos sufridos en nuestra persona o bienes, o a la entrega de un capital o disfrute de una renta en época y tiempos determinados.

Josserand: Es un contrato por el cual el asegurador toma a su cargo, mediante el pago por el asegurado de primas o cotizaciones, un riesgo cuya realización contemplen las partes y cuya incidencia definitiva no quiere el asegurado soportar por sí solo y personalmente.

Alfredo Manes: El recurso por medio del cual un gran número de existencias económicas amenazadas por peligros análogos se organiza para atender mutuamente a posibles necesidades tasables y fortuitas de dinero.

Garrido y Comas: Por el contrato de seguro el asegurador se obliga, mediante la percepción de una cuota o prima, a realizar la prestación convenida, al asegurado o a los beneficiarios por él designados, de producirse la eventualidad prevista en el contrato relativa a la persona o bienes del asegurado.

Van Eeckhout: Es una operación por la cual un asegurador compensa según las leyes de la estadística un conjunto de riesgos que ha asumido y se obliga mediante una remuneración a suministrar al beneficiario convenido una cierta prestación en caso de realización de un riesgo determinado.

Florentino: Es aquel instituto jurídico mediante el cual existe la asunción por parte del asegurador de la obligación de reintegrar al patrimonio del asegurado, en todo o en parte, el valor destruido al producirse un determinado acontecimiento futuro e incierto.

67. PARA SU EXISTENCIA JURIDICA  
NO SE REQUIERE "EMPRESA"

No tanto por la necesidad de separar los conceptos jurídicos de los económicos cuanto porque la tesis contraria ha sido generalmente aceptada es por lo que se precisa demostrar que el seguro como contrato no requiere en el asegurador la calidad de empresario.

El eminente jurista italiano César Vivante, llamado por algunos el Maestro del Seguro por los notables estudios de investigación técnica y jurídica que sobre el contrato realizó a fines del siglo pasado y principios de éste, es quien expone la teoría que lleva su nombre y según la cual constituye carácter esencial del seguro que su explotación se haga por un asegurador constituido en empresa. Así se desprende de la definición que da del contrato y que hace poco se transcribió.

Utilizando las palabras de su principal crítico Camilo Viterbo, puede hacerse la siguiente síntesis de la teoría de Vivante: "No hay verdadero seguro fuera de la explotación sistemática, dirigida por rigurosos cálculos actuariales. El contrato de seguros no debe realizarse aisladamente sino que debe ser la operación de una empresa que, explotando habitualmente el negocio de los seguros, haga seguir a un primer contrato otros de igual naturaleza, que neutralicen el alea del primero".

"Las partes quieren que el contrato de seguros se cumpla de modo que se satisfagan sus obligaciones y derechos respectivos y sin la formación de un fondo con las primas, que por su propia naturaleza se modele de acuerdo con las obligaciones de la empresa, faltaría a los asegurados la seguridad que constituye el objeto esencial de su contrato".

"Sin asunción por parte de una empresa, es decir, sin explotación efectiva y sistemática del negocio por parte del asegurador, no habría un verdadero contrato de seguro" (Obr. cit., págs. 150 y 151).

A la tesis anterior responde el mismo Vivante con los siguientes planteamientos: ¿Acaso será posible que sea requisito esencial de la naturaleza jurídica de un contrato la circunstancia extrínseca de que una de las partes realicen habitualmente contratos de la misma naturaleza?

Nunca he visto, agrega, una póliza en la que el asegurador contraiga la obligación de suscribir nuevos contratos o dar cumplimiento a los ya concertados, y menos conozco una póliza en que semejante circunstancia se deduzca como condición del contrato.

Por cierto que no es indiferente al asegurado que el asegurador le inspire seguridad, por explotar o no sistemáticamente su negocio, de acuerdo con las indicaciones de la estadística, ya que sólo esta forma de gestión pone al asegurador a salvo de cualquier azar y garantiza al asegurador que su crédito eventual podrá ser satisfecho.

Estas no son obligaciones impuestas por vía contractual sino emergentes de disposiciones de la ley, cuya aplicación restringida a las empresas que suscriben contratos de seguro presupone que el concepto de este contrato está determinado antes.

Por lo tanto podemos llegar a la conclusión de que la explotación sistemática del negocio no constituye una obligación como objeto del contrato ni como condición de éste. La organización en empresa es una calidad propia de uno de los contratantes que el otro considera normalmente esencial a su propia elección.

La única consecuencia jurídica que se puede deducir es la presencia de un error esencial con respecto a la calidad de la persona, cometido por el asegurado que, creyendo contratar con una empresa, contrata en cambio con un particular pero el contrato celebrado en esa condición, aún viciado de error, no carece de ningún elemento esencial para considerarlo como contrato de seguro.

La consideración de que el factor empresa diferencia el seguro del juego es calificada insuficiente por Viterbo al argumentar que el último también puede explotarse mediante un plan financiero, debidamente organizado y ejecutado, como ocurre en las loterías y carreras de caballos.

Al reafirmar el carácter aleatorio del seguro, se formularon algunas consideraciones relacionadas directamente con este punto de vista. Cabe anotar que el contradictor de Vivante ha recibido el apoyo de otros tratadistas como Isaac Halperin quien afirma que no es posible "confundir la explotación comercial de los seguros con cada uno de los contratos individualmente considerados", según comentario traído por el doctor Ossa Gómez (Obr. cit., pág. 273), quien igualmente participa de las tesis del profesor Viterbo.

## 68. TAMPOCO SE PRECISA EL ELEMENTO MUTUALIDAD

Es éste otro caso en que hay confusión de los elementos jurídicos del seguro con sus factores económicos y técnicos, tendencia muy generalizada cuando en el concepto del contrato se hacen comprensupuestos que son extraños a su estructura jurídica y que aunque de una trascendencia innegable corresponden a las ciencias de la economía y la estadística.

La mutualidad, desde el punto de vista técnico, es principio fundamental del seguro, sin el cual no resulta factible su organización industrial. ¿Cómo opera? El asegurador se encuentra frente a una comunidad de riesgos que debé seleccionar para escoger los que técnicamente ofrecen la calidad de asegurables; obteniendo este resultado, sabe que debe formar, con el conjunto de las primas, un fondo común suficiente para constituir las reservas que le capaciten económicamente para pagar los riesgos que se materialicen y que no serán todos los asumidos porque la estadística, por medio de las teorías de las probalidades, le indica que solamente algunos se producen en un período determinado, como también le permite calcular, puede decirse que con precisión matemática, las primas adecuadas a los riesgos cubiertos.

La mutualidad no es exclusiva del seguro mutuo. Opera también en el seguro a prima. Sucede que en el primero se manifiesta en forma consciente, premeditada y objetiva; no así en el segundo en que se presencia pasa desapercibida para el asegurado, casi oculta.

En este particular es muy clara la exposición de Luis Benítez de Lugo cuando comenta que "La sociedad anónima que realice el seguro no hace desaparecer la mutualidad; antes, por el contrario, la consagra y afirma. Su capital es una garantía que ofrece a los mutualistas, los cuales se desconocen los unos a los otros. La sociedad anónima administra las cantidades que los mutualistas entregan para compensar los riesgos. En la sociedad mutua, la mutualidad se administra y obra por sí misma; sus miembros contratan conjunta y recíprocamente..."

Concluye el aludido tratadista manifestando que la solidaridad entre todos los asegurados es la característica y el fundamento básico de toda entidad aseguradora (Obr. cit., Vol. I, págs. 305 y 306).

El mero enunciado del tema muestra que la mutualidad constituye razón técnica insustituible del seguro ya que lo reviste de un carácter "masivo", esto es, lo vincula a grandes grupos de personas, a un conjunto de riesgos, a un fondo de primas, a una explotación programada y al desarrollo de los principios de solidaridad, compensación y cooperación, de tanta actualidad en la época contemporánea.

Pero de todo lo dicho y con independencia de su verdad, no puede deducirse que la mutualidad sea elemento jurídico o legal del contrato. Es su fundamento técnico que hace posible su realización económica. Una calidad consubstancial al asegurador pero originada en los estatutos oficiales y particulares del empresario y no propiamente derivada de la relación contractual.

En este sentido puede censurarse la adición que el tratadista español Luis Benítez de Lugo (Obr. cit., Vol. 1, pág. 11) formula a la definición de su padre, el expositor Félix Benítez de Lugo, de que el seguro es una institución "basada en la mutualidad técnicamente organizada". No conviene confundir la definición jurídica con otra de carácter técnico económico.

## 69. DE COMO PUEDE CONTRATARSE EL SEGURO

El seguro puede ser concertado personalmente, vale decir, obrando el tomador en su propio nombre o para emplear la expresión legal, "pro cuenta propia". Esto es de evidencia y no hacía falta consignarlo en el art. 643 del actual estatuto ni en el numeral 2 del art. 1037 del nuevo.

Pero la actuación personal no es indispensable porque igualmente puede contratarse en representación de un tercero interesado, en virtud de un poder especial o general que otorga al tomador, según previsión específica del aludido art. 643, innecesaria porque basta la norma general de que los contratos, hasta el matrimonio mismo, se pueden celebrar por medio de apoderado o mandatario.

Es posible también pactar el seguro sin mandato de tercero, como se desprende de la frase que trae la última disposición "aún sin su conocimiento y autorización". Es el seguro ajustado por agente oficioso, que es de ningún valor cuando "el interesado o su mandatario, ignorando la existencia de ese contrato, hubiere hecho asegurar el mismo objeto". (art. 645).

La legislación recientemente promulgada reglamenta los efectos del contrato convenido de la manera anterior en el art. 1038 que previene que "si el tomador estipula el seguro en nombre de un tercero sin poder" para representarlo, el asegurado puede ratificar el contrato aún después de ocurrido el siniestro...".

Puede el tomador determinar específicamente el tercero cuando desde un principio le es fácil individualizarlo y entonces se tiene un seguro "por cuenta de otro", como ocurre cuando el depositario asegura los objetos por cuenta del depositante que viene a ser el asegurado.

Mas no siempre puede hacer la designación en tal forma porque ignora su nombre y en tal evento debe utilizar el giro "por cuenta de quien pertenezca o de quien corresponda", fórmula muy útil porque consulta las necesidades de aquellas personas que como profesión tienen la de recibir a título de depósito, consignación, etc, y para su venta, arrendamiento o reparación, enseres o mercancías de numerosos clientes.

Nada dispone la codificación del 87 acerca de las obligaciones del tomador y del tercero asegurado pero la de 1971 ha llenado el vacío con el art. 1039 al estatuir que "al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho de la prestación asegurada. No obstante, al asegurado corresponde aquellas obligaciones que no pueden cumplidas más que por él mismo".

Acercas de sus derechos el art. 1042 prescribe que "salvo estipulación en contrario, el seguro por cuenta valdrá como seguro a favor del tomador hasta concurrencia del interés que tenga en el contrato y, en lo demás, con la misma limitación, como estipulación en provecho de tercero".

Para cerrar estos comentarios es útil hacer dos anotaciones: ambas legislaciones, la actual en el ordinal 2º del art. 640 y la nueva en el numeral 4º del art. 1047, obligan a declarar en la póliza la calidad en que obra el estipulante. Cuando se omite tal manifestación "se entiende que el seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no exprese que es por cuenta de un tercero", según presunción del inciso final del ya varias veces referido art. 643, ratificado por el art. 1040 del reciente ordenamiento mercantil

Y que en el seguro concertado por agente oficioso el tomador se obliga a cumplir las obligaciones derivadas del contrato hasta el

momento en que el asegurador haya conocido la ratificación del tercero asegurado, fenómeno que convierte a éste en sujeto pasivo de aquéllas pero si en lugar de aprobarlo el tercero rechaza el seguro cesarán los riesgos para el asegurador a partir del conocimiento del rechazo, y las obligaciones del primero (art. 1038).

#### 70. DE COMO SE PRUEBA

En la legislación vigente el medio establecido para demostrar la existencia y validez del contrato es la póliza. No se admite ninguna otra prueba diferente a la documental.

No otra significación puede dársele al art. 638 cuando expresa que "se perfecciona y prueba por escritura...". Quiere el legislador un acto escrito, llamado póliza, que además de ser constitutivo del seguro sea a la vez justificativo del mismo.

Sabido es que sus renovaciones no constituyen nuevos contratos sino que se limitan a ampliarlo. De ahí se ha afirmado que no requieren prueba escrita, conclusión que la Corte Suprema de Justicia ha aceptado al decir que "Los aseguradores y asegurados pueden acordar la prórroga del seguro por acuerdo privado, el cual puede probarse por cartas, confesión, etc.", según jurisprudencia que transcribe el doctor Ossa Gómez (obr. cit., pág. 364).

Con relación a los llamados "anexos", cuyo objeto es modificar el contrato en algunos de sus aspectos, cabe la misma consideración y, por consiguiente, para probar su existencia son admisibles distintos medios de prueba.

En la nueva legislación, que también concibe el seguro dentro de la teoría de la solemnidad, se conserva el mismo régimen probatorio, según el art. 1046 en virtud del cual "el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza", la cual, para cumplir esta finalidad, debe ir firmada por el asegurador, conforme lo ordena la mencionada disposición.

#### 71. EL SEGURO VERBAL VALE COMO PROMESA

Se sabe ya que el contrato estudiado está sujeto a la observancia de la formalidad escrita, lo que significa que es solemne, según se explica en el capítulo relativo a su clasificación.

Cuando se acuerda sin la solemnidad del acto escrito, produce efectos de promesa de seguro, la que viene a ser un contrato consensual del que surge una obligación de hacer, consistente en la celebración del seguro prometido.

El único texto de la actual legislación que alude al tema para consagrar la validez de la promesa del seguro es el art. 639. Con arreglo al mismo, "el seguro ajustado verbalmente vale como promesa con tal que los contratantes hayan convenido formalmente en la cosa, riesgo y prima. La promesa puede ser justificada por cualquiera de los medios probatorios admitidos en materia mercantil, y autoriza a cada una de las partes para demandar a la otra el otorgamiento de la póliza".

Al parar mientes en la ley 153 de 1887 que, como reza su encabezamiento, "adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887", justamente la que adoptó el de comercio, cabe considerar si el aludido precepto del art. 639 se encuentra en vigencia, no sólo en cuanto a la validez del contrato verbal sino al régimen de libertad probatoria del mismo.

En efecto, de conformidad con el art. 89 de la mencionada ley 153, toda promesa contractual es solemne puesto que es necesario que "conste por escrito". Además, únicamente puede acreditarse mediante prueba de igual índole. "No es admisible la prueba testimonial, ni la confesión de la parte perjudicada, ni un principio de prueba por escrito", según anotación del doctor Arturo Valencia Zea, consignada en la página 140 del volumen 6º de su obra Curso de Derecho Civil Colombiano, expositor que acoge en este particular reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Las razones dichas permiten estimar como derogada la disposición que atribuye efectos de promesa al contrato verbal de seguros, norma que, por otra parte, ha carecido de aplicación en la práctica comercial del país.

Bueno es observar que el nuevo ordenamiento legal del seguro no contiene regla alguna sobre el tema, razón por la que, en el evento de que la promesa resulte de utilidad en una determinada negociación, habrá que recurrir a los principios legales incorporados en la parte general de los contratos y obligaciones (arts. 822 y siguientes).

## 72. EL SEGURO Y EL JUEGO

Cuando aún no se había adquirido conocimiento sobre la importancia social y económica del seguro, se le confundía con el juego y la apuesta.

Hállanse acordes en la actualidad todos los tratadistas en afirmar de que se trata de contratos bien distintos.

La gran diferencia la suministra la teoría del interés asegurable, incorporada en las legislaciones como elemento esencial de contrato.

Para celebrar el seguro se requiere que el estipulante o el asegurado, cuando es diferente del suscriptor, sea titular de algún derecho o responsable de alguna obligación respecto al bien protegido y que, por ello, esté interesado en su conservación.

La protección contratada por una persona a quien el siniestro no le cause perjuicio patrimonial no alcanza a la categoría de seguro. En tal evento se presenta un juego o una apuesta.

Otra nota distintiva descansa en el propósito del contratante. El jugador desea obtener una ganancia, la cual le está prohibida al asegurado para quien solamente es lícito esperar una compensación pecuniaria que lo indemnice de la pérdida causada por el siniestro y nada más (art. 641 del código vigente y art. 1088 del nuevo). Es que merced al seguro el contratante traslada a otro la posibilidad de pérdida, en cambio la asume en el juego, esto es, por el primero el riesgo se desplaza y por el segundo se atrae y crea.

En resumen y utilizando las palabras de Paul Alglave, traídas por Luis Benítez de Lugo (Ob. cit., epígrafe 9), el seguro es precisamente lo contrario del juego, reflexión que puede ampliarse diciendo que aquél ofrece seguridad y éste inseguridad.

## 73. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON OTROS SISTEMAS

La iniciativa del hombre en su lucha contra el grave problema del riesgo, que permanentemente pone en peligro su vida, su integridad personal, sus ingresos y su hacienda, ha originado varios procedimientos tendientes a satisfacer las necesidades derivadas de los siniestros.

Así como es imposible disfrutar de un verdadero sistema de completa seguridad en cualquier orden de la vida, tampoco se concibe la posición extrema de una absoluta inactividad frente a las amenazas del riesgo porque el instinto de conservación y de defensa impele necesariamente al hombre, salvo casos de anormalidad síquica, a un proceder precavido.

Dentro de estas dos posturas surgen diferentes sistemas de conducta tales como la autoasunción de los riesgos, la prevención de los siniestros, el ahorro, la capitalización, el autoseguro y el seguro.

Todos ellos, exceptuado el primero, ofrecen algo de común con el último y es el objetivo de seguridad que se proponen pero su distinción fundamental radica en los medios empleados para conseguirlo y en el menor o mayor grado de eficacia que brindan contra las consecuencias de destrucción y deterioro de los riesgos.

La autoasunción entraña un comportamiento de inercia, quizás de decidia o insolencia, en el establecimiento de medidas especiales de precaución y protección.

Quien a ella se entrega goza tan sólo del mínimo de seguridad que su propia naturaleza le suministra. Prácticamente viene a ser la negación del seguro tanto preventivo como reparador.

La prevención de los siniestros, posición contraria a la precedente, es característica de toda persona diligente y cuidadosa en proyectar y ejecutar métodos para evitar y reducir los efectos del riesgo. Mas esta conducta personal es insuficiente porque, a pesar suyo, el siniestro puede realizarse. No pasa de ser un valioso complemento del seguro y un positivo eliminador de la influencia que en la producción del siniestro lleva el riesgo moral radicado en el comportamiento del asegurado.

El ahorro, inclusive el altamente productivo, tampoco es una fórmula eficaz contra el problema del riesgo, porque la necesidad que éste crea con su realización puede sobrevenir cuando aquél apenas se está integrando.

No presta total eficacia, además, cuando las inversiones que lo representan carecen de fácil y rápido poder de conversión pecuniaria como también cuando la compensación del daño supera el capital ahorrado.

Por último, el ahorro, como los demás bienes, está expuesto a los riesgos de pérdida y desvalorización.

Por las anteriores deficiencias que ante los efectos del siniestro presenta el ahorro, jamás será dado negar o menoscabar su bondad y utilidad, no sólo las que de por sí posee como institución de grandes alcances sociales y económicos sino las que ofrece al seguro mismo, el que bajo este aspecto no es más que un ahorro compuesto por las primas periódicas pagadas por el asegurado y que queda en reserva para el momento del siniestro o del hecho previsto en la póliza, como claramente se observa en algunos seguros de vida.

En cuanto a los sistemas de capitalización necesario es repetir otro tanto, puesto que apenas constituyen modalidades del ahorro.

El autoseguro corresponde ya a una forma de prevención más avanzada en la batalla contra los efectos del riesgo y, si se administra con la base técnica de cálculos actuariales, sustituye al seguro en algunos eventos de poca siniestralidad, aunque en general el autosegurador no puede esperar de este procedimiento un alto grado de garantía y protección.

Su característica se encuentra en la formación periódica de reservas que van integrando un fondo destinado a compensar los resultados del siniestro. La gran posibilidad de incurrir en un estimativo defectuoso o deficiente de las sumas reservadas y en un error de selección respecto a los riesgos que se quieren autoamparar constituye sus perjudiciales y graves desventajas.

Como fácilmente se observa, ninguno de los métodos enunciados traslada los riesgos. El titular del interés hace frente a ellos con su conducta personal o con sus propios recursos financieros para tratar de evitarlos y para cubrir las necesidades derivadas de su realización. He aquí su falla, salvable únicamente con el seguro que, gracias al vínculo jurídico que origina entre las partes, ostenta la virtud de desplazar las consecuencias destructoras o dañinas del siniestro hacia un patrimonio distinto al del asegurado.

Ante dicha institución, que por su estructura económica, técnica y jurídica, constituye la máxima expresión de seguridad, las demás fórmulas son incapaces de igualarla o de superarla.

No se deduce del anterior juicio que el seguro represente un sistema completo de protección porque, como se examina al tratar del principio de la indemnización, él tiene sus limitaciones.

El primero es "la persona javida que entre los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y quien en consecuencia adquiere el compromiso de indemnizar el siniestro o de pagar la suma pactada, como consecuencia de la prima percibida."

El segundo "la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, trata los riesgos, y que por razón de tal hecho, contra como principal deber el pago de la suma pactada, como consecuencia de la prima percibida."

## CAPITULO VI

### PERSONAS QUE PARTICIPAN EN EL SEGURO

La ley no establece un orden de prelación en el momento de la contratación, pero sí en el momento de la ejecución del contrato, que viene a definirse en el artículo 1037 del Código de Comercio, en el sentido de que el tomador debe ser el principal beneficiario de la suma asegurada.

#### 74. COMENTARIO INICIAL

Es menester determinar las distintas personas que de una u otra manera participan en el contrato en orden a definir los efectos de su intervención.

Se distinguen tres categorías. La primera incluye a los contratantes; la segunda a los terceros interesados en librarse de las consecuencias del riesgo o en recoger las ventajas económicas del seguro y la última a los terceros extraños que colaboran en diferentes aspectos de la institución.

Para precisar conceptos, ha de recurrirse necesariamente a la doctrina porque los textos legales, con especialidad los del año 87, son insuficientes para explicarlos, como se verá en las siguientes líneas.

#### 75. LOS CONTRATANTES: ASEGURADOR Y TOMADOR.

Son las personas que intervienen como partes del contrato quedando cada una obligada para con la otra y sometidas a las estipulaciones de la ley mercantil y contractual. Se gravan y benefician con los efectos del seguro, es decir, con las obligaciones y los derechos que produce. Ambos se vinculan a él con fuerza obligatoria, de conformidad con el principio legal de que todo contrato válidamente celebrado es una ley para las partes.

Conforme el art. 1037 del nuevo código son partes el asegurador y el tomador.

Por último el asegurador, como las demás personas, está obligado a los riesgos de pérdida y deterioración.

Por las anteriores definiciones de cada uno de los sujetos del siniestro, resulta el seguro, tanto en su aspecto negativo como en su aspecto positivo, y utilidad no sólo en el momento de la contratación, sino en el momento de la ejecución del contrato, y en el momento de la indemnización.

En cuanto a los estatutos de capitalización, necesariamente se requiere, para tanto, que éstos constituyan modalidades del seguro.

El seguro corresponde en una forma de prevención más avanzada en la batalla contra los efectos del riesgo y el siniestro, ya que en este caso se trata de evitar los efectos del siniestro en algunos casos de poca siniestralidad, aunque en general el asegurado no puede esperar de este procedimiento un alto grado de garantía y protección.

En consecuencia se encuentran en la formación periódica de reservas que van integrando un fondo destinado a compensar los riesgos del siniestro. La gran posibilidad de actuar en un siniestro, de hecho, o de evitarlo, de las reservas, y en un error de apreciación respecto a los riesgos que se quieren asegurarse, constituye un particular y grave inconveniente.

Como fácilmente se observa, ninguno de los métodos enumerados trata los riesgos. El interés del interés para frente a ellos, con un carácter personal, o con sus propios recursos financieros para tratar de evitarlos y para cubrir las necesidades derivadas de su realización, así como en la falta, salvada únicamente con el seguro que garantiza el vínculo jurídico que origina entre las partes, contra la virtud de disponer las consecuencias derivadas o dañosas del siniestro hacia un patrimonio distinto al del asegurado.

Así, dicha institución, por su estructura económica, técnica y jurídica, constituye la máxima expresión de seguridad, las demás fórmulas son incapaces de igualarla o de superarla.

No se debe delatar el carácter jurídico que el seguro representa en sí mismo, como un negocio jurídico, porque como se examina el texto del principio de la indemnización, el tipo de limitaciones.

El primero es "la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos" y quien, en consecuencia, adquiere el compromiso de indemnizar el siniestro o de pagar la suma pactada, como contraprestación de la prima percibida.

El segundo, "la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos" y que, por razón de tal hecho, contrae como principal deber el pago de la prima, a cambio de recibir él, sus beneficiarios o sus herederos, la utilidad del contrato.

La anterior noción legal del tomador merece una aclaración. Este carácter se adquiere no por el desplazamiento de los riesgos, resultado contractual que viene a ubicarse en el asegurado. El tomador deriva su calidad de la estipulación misma, por lo que es más exacto definirlo como el estipulante o el suscriptor del contrato.

Por este motivo no alude el texto al asegurado. Además, porque éste no forzosamente es parte; cuando lo es su calidad se identifica con la del tomador.

Noción similar, aunque expresada en giro diferente, trae el actual régimen acerca del asegurador, a quien entiende como "la persona que toma de su cuenta el riesgo", según el art. 635. En cambio no menciona al tomador a quien, aunque virtualmente reconoce en la definición que del contrato suministra el art. 634, lo asimila al asegurado, esto es, a la persona "que queda libre" del riesgo (art. 635).

## 76. CALIDAD DEL ASEGURADOR

Debe tener la calidad de persona jurídica.

Si bien es cierto que el artículo 634 del código actual atribuye el carácter de asegurador tanto a la persona natural como a la jurídica, no lo es menos que dicho precepto, poco después de su vigencia, iniciada a mediados de 1887, fue tácitamente derogado en la parte concerniente a la primera. En efecto el art. 7c de la ley 27 del año siguiente da a entender su exclusión de entre los aseguradores.

Igualmente el examen de la ley 105 de 1927 y varias disposiciones de la ley 57 de 1931, que sometieron el ejercicio de la profesión aseguradora a una serie de requisitos, conciliables únicamente con la naturaleza peculiar de las personas jurídicas, conducen a la misma conclusión.

Pero cualquier duda sobre el particular se desvanece con facilidad porque la tesis expuesta ha sido sancionada por el Decreto-Ley N° 1403 de 1940 y especialmente por su art. 7° conforme al cual "el comercio de asegurar solamente pueden ejercerlo las compañías nacionales o extranjeras debidamente autorizadas para ello, de acuerdo con la ley, por el Superintendente Bancario".

Y por el art. 1037 del nuevo código que describe al asegurador como "la persona jurídica que asume los riesgos".

De modo, pues, que las personas físicas carecen de capacidad para contratar el seguro y, consecuentemente, para ejercer al industria aseguradora.

Bueno es aclarar que no todas las personas jurídicas pueden actuar como aseguradoras. El seguro a prima, materia de estudio, es un contrato fundamentalmente mercantil y por ello la entidad que pretenda asumir el carácter de aseguradora debe ser una sociedad de igual naturaleza, es decir, constituida para cumplir actos de comercio.

De acuerdo con lo anterior, se excluyen las sociedades civiles que aunque buscan fines de lucro desarrollan actividades no comerciales y, obviamente, las corporaciones, fundaciones y asociaciones dedicadas a objetivos sociales, científicos o culturales.

Sobra advertir que en el régimen jurídico y económico del país solamente las personas jurídicas de derecho privado pueden organizarse como empresarios del seguro.

Delimitado en los términos precedentes el tema, cabe preguntar si todas las especies de sociedades pueden alcanzar la calidad de aseguradoras.

Las disposiciones citadas no hacen distinción entre las compañías anónimas, colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada. Hablan genéricamente de compañías que se dedican o quieren dedicarse al negocio de seguros, sin excluir ninguna clase de sociedad.

Es correcto, por ello, afirmar que más que la forma de las sociedades son las actividades propias de su objeto social las que determinan y limitan su capacidad, lo que es derivación del principio de la especialidad que domina en las personas jurídicas.

Este breve planteamiento permite concluir que todas las sociedades mercantiles, de una u otra especie, están capacitadas para organizarse como empresas de seguros con tal que sus estatutos y concretamente su objeto señalen tal actividad como el giro principal de los negocios de la entidad.

Doctrinas de la Superintendencia Bancaria confirman el juicio anterior: "...todas las cuestiones atañaderas a las compañías de seguros, estén organizadas o no como sociedades anónimas, corresponden a la Superintendencia Bancaria, entidad encargada de su vigilancia hasta el límite que las leyes le señalan" (ob. cit., pág. 107). El mismo organismo "estima que cualquier sociedad que pretenda ocuparse del comercio de seguros, tal como se ha definido, debe someterse a las disposiciones de la ley...". (Pág. 127). Las subrayas no pertenecen a los textos.

No obstante es menester anotar que la práctica comercial del país indica que las sociedades aseguradoras pertenecen a la categoría de anónimas y que las demás sólo actúan como intermediarias entre los contratantes, lo que indudablemente garantiza mejor los derechos de los asegurados, dada la naturaleza y los controles oficiales de las primeras.

## 77. EXCEPCIONES

Por expresa autorización de la ley y a pesar de que su objeto social no esté constituido por el comercio de seguros, algunas sociedades, comerciales o no, y determinados institutos administrativos de carácter oficial, pueden actuar como sujetos activos del contrato pero sin ánimo de lucro y en beneficio exclusivo de sus socios o trabajadores.

En estos casos el seguro no se explota con criterio lucrativo, razón por la que el tema queda por fuera de los propósitos del presente trabajo. No obstante es útil enumerar algunos de ellos porque al beneficiario más que la calidad jurídica o la forma legal de su asegurador le interesa la prestación misma.

a) Sociedades cooperativas. Cualquiera que sea la clase de servicios prestados a los socios, las sociedades cooperativas están facultadas legalmente para constituirse en aseguradoras de sus afiliados.

Se desprende así de varias disposiciones de la ley 134 de 1931 y del art. 9º del decreto N° 1598 de 1963, proferido por el gobierno nacional en uso de atribuciones que le fueron conferidas para actualizar la legislación cooperativa, en virtud de la ley 1ª del mismo año.

Dicho decreto, además, autoriza en su art. 26 la fundación de cooperativas de seguros, con el propósito primordial de servir a sus respectivos asociados, pero lamentablemente tales entidades aun no han entrado a operar por falta de una reglamentación propia exigida en el mencionado estatuto.

Dado el espíritu y las finalidades sociales de la aludida legislación debe concluirse que se trata no del seguro comercial sino del mutual.

b) Empresas. El código sustantivo del trabajo, al establecer algunas prestaciones en favor de los familiares del trabajador para cuando éste muera, obliga a toda empresa de carácter permanente que pague una nómina mensual de salarios de mil pesos (\$ 1.000.00) o superior a asegurar a sus asalariados contra el riesgo de muerte, en la suma que el mismo estatuto determina con base en el último sueldo y en el tiempo de servicios del trabajador.

Es el denominado seguro de vida colectivo obligatorio que los patronos deben contratar con una compañía de seguros, a menos que adquieran de las autoridades del trabajo permiso para asumir el riesgo, facultad que por primera vez les fue reconocida por la ley 32 de 1922.

Conviene advertir que el derecho de actuar como asegurador de sus empleados no es exclusivo de las sociedades o personas jurídicas. El se hace extensivo a las personas naturales que reúnan los requisitos de "empresa", que el art. 194 del citado código define, para efectos laborales, como "toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades económicas similares, conexas o complementarias y tengan trabajadores a su servicio".

c) Personas de derecho público. Por virtud de la ley 6ª de 1945 y disposiciones que la adicionan y reforman, la Caja de Previsión Social, entidad autónoma dotada de personalidad jurídica, actúa como aseguradora de los empleados nacionales.

Los Departamentos y los Municipios pueden contratar la prestación con una sociedad particular dedicada al comercio del seguro o constituirse en aseguradores de sus trabajadores.

En idéntica posición se encuentran otros ramos de la administración pública, organizados en establecimientos descentralizados. Para algunos se han dado normas específicas como para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y para el Instituto de Crédito Territorial.

Desde 1949 y gracias al decreto nacional 3518, la Caja está facultada "para celebrar como asegurador el contrato de seguro contra los riesgos de pérdida o deterioro a que están expuestos los productos de la agricultura y la ganadería y los que pudiere correr el acreedor de un crédito, para la imposibilidad total o parcial en que llegare a encontrarse su deudor para efectuar el pago".

El decreto 1697 de 1955 le permite asumir, por conducto de su sección de seguros, organizada y reglamentada de acuerdo con las normas aplicables a las compañías de seguros, "total o parcialmente aquellos riesgos de sus propias operaciones que acostumbra celebrar con terceros, tales como los de incendio de sus bienes muebles o inmuebles, los de transportes, manejo y cumplimiento, de remesas, etc.", para todo lo cual debe hacer las reservas adecuadas.

La ley 29 de 1945 autorizó al Instituto de Crédito Territorial para asumir el seguro colectivo de vida de sus deudores hipotecarios y la Superintendencia Bancaria, en resoluciones 718 bis de 1946 y 279 de 1953, reglamentó las condiciones a que debe ceñirse al atender tal seguro.

Conviene, por último, destacar que el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, por reglamento que su consejo directivo expidió en 1966 y aprobado por el Gobierno Nacional en decreto 3041 del mismo año, asumió el seguro contra varios riesgos, entre ellos, el de muerte del trabajador, para amparar con una pensión a la cónyuge superviviente y a sus hijos.

#### 78. EXIGENCIAS LEGALES PARA EJERCER LA INDUSTRIA DEL SEGURO

El tema corresponde propiamente al derecho administrativo pero es útil analizarlo de manera breve porque está íntimamente ligado a la calidad del asegurador.

De conformidad con el art. 642 del código vigente "Pueden celebrar el seguro todas las personas hábiles para contratar y obligarse" y al tenor del art. 11, "Toda persona que, según las leyes comunes, tiene capacidad para contratar y obligarse, la tiene igualmente para ejercer el comercio. Los que, con arreglo a las leyes, no quedan obligados en sus pactos y contratos, son inhábiles para celebrar actos comerciales", norma que con algunas variaciones de redacción reproduce el art. 12 del nuevo código.

Con fundamentos en los aludidos textos podría decirse que cualquier individuo, legalmente capaz, puede adquirir la condición y las obligaciones de asegurador pero ésta sería una afirmación equivocada porque la capacidad de asegurar está supeditada a autorización y controles estatales y reservadas a las personas jurídicas cuyo objeto social les permita dedicarse a tal actividad.

El ejercicio del seguro conlleva extraordinaria responsabilidad para con la economía del país y para con los intereses del conjunto de los asegurados. Las primas son parte del ahorro nacional. Integran un fondo común afectado a la reparación de los siniestros en los seguros de daños y al pago de capital en los de vida, por lo que tienen que estar suficientemente garantizadas, lo que amerita el control oficial sobre el ejercicio de la industria aseguradora y, consecuentemente, el establecimiento de exigencias para dedicarse a la misma.

Pero una cosa es tener la capacidad de contratar y otra gozar de la licencia para practicar la profesión y en el asegurador deben concurrir ambas.

En el seguro sucede lo que en otros contratos. Conforme a la regla general del derecho civil y del comercial cualquier persona posee la aptitud, por ejemplo, de celebrar cuantas veces desee el contrato de compraventa de comestibles o el de transporte de pasajeros y de mercancías pero a la vez razones de interés social le imponen el deber de observar los reglamentos de higiene, las regulaciones de precios y los estatutos estatales del empresario de transportes. De igual manera, quien se proponga cumplir la actividad aseguradora está en la obligación, no obstante su capacidad para contratar, de obtener previamente la respectiva autorización oficial. Esta es la significación de la frase utilizada por el art. 1037 de la nueva codificación cuando dice que la persona que asegura debe estar "debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos".

79. REQUISITOS PARA ACTUAR COMO TOMADOR: CAPACIDAD GENERAL

Estudiada la capacidad para ejercer la actividad aseguradora, corresponde hacer una rápida referencia a la que se requiere para actuar como suscriptor o tomador.

a) Capacidad General. Puede decirse como regla general que todas las personas naturales o jurídicas poseen capacidad para suscribir el contrato, excepto aquellas que el derecho común, en forma expresa y taxativa, declara incapaces (art. 11 del código vigente y art. 12 del nuevo código).

De ahí que los dementes, los impúberes y los sordomudos imposibilitados para darse a entender por escrito no puedan celebrar el seguro ya que como personas absolutamente incapaces carecen de facultad para expresar su consentimiento. Si lo hacen el contrato queda afectado de nulidad absoluta. Esta norma no cobija al sordomudo que se expresa por el aludido medio y quien, en consecuencia, es capaz de obligarse por sí solo.

Tampoco pueden concertarlo los menores adultos no emancipados o habilitados de edad ni los disipadores que se hallan en interdicción de administrar lo suyo, por padecer de incapacidad relativa para obligarse.

El seguro contratado por ellos es, en principio, válido y produce sus efectos mientras el propio incapaz no alegue la nulidad.

No significa lo anterior que el seguro no pueda realizarse en su beneficio porque no es que les falte la capacidad de goce, inherente a toda persona, sino la del ejercicio y, por tanto, si desean adquirir los derechos y las obligaciones del tomador, tienen que obrar por conducto de sus representantes legales, sus tutores o curadores, según el caso; de lo contrario sus bienes quedarían sin protección contra el riesgo al ser declarado nulo el seguro.

Es menester advertir que el reciente cuerpo normativo del comercio modifica parcialmente las anteriores afirmaciones en lo que atañen al seguro de vida.

En virtud de lo dispuesto en el art. 1137, el seguro suscrito sobre la vida de un incapaz absoluto no surte efecto alguno, vale decir, es inexistente, y el asegurador está obligado a restituir las primas per-

cibidas y cuando se ampara por un tercero la vida de un menor adulto, éste debe dar su consentimiento personalmente y no por conducto de su representante legal.

Debe decirse, además, que el nuevo código, en los incisos del art. 12, reconoce capacidad de adquirir derechos y obligaciones y, por ende, de contratar el seguro, no sólo al menor habilitado de edad sino al que no lo ha sido pero que ha cumplido 18 años y posee peculio profesional, el cual puede comprometer hasta concurrencia del mismo.

Igualmente ha de recordarse que la mujer casada dejó de ser relativamente incapaz gracias a la ley 28 de 1932, estatuto que le confirió la misma capacidad plena de las demás personas naturales y que, en consecuencia, puede celebrar el contrato de seguros con independencia de su estado civil.

Por último, conviene hacer mención del comerciante declarado en quiebra y del deudor que ha hecho cesión de sus bienes o respecto a los cuales se ha abierto concurso a los acreedores para preguntar si ellos pueden celebrar el contrato y renovarlo.

El acto de declaración judicial de la quiebra debe ordenar tanto la separación del quebrado de la administración de sus bienes como la inmediata guarda de los mismos, según los arts. 1945 y 1946 del nuevo código, vigente desde el 27 de marzo del presente año en la materia a que se alude en este párrafo. Como el síndico constituye al quebrado "en todos los asuntos que afecten o puedan afectar su patrimonio" (art. 1953), a él compete proveer a la seguridad de éste ya que su propietario ha quedado inhabilitado para administrarlo y para disponer, por lo tanto, de suma alguna de dinero para el pago de las primas.

Tratándose ya no del seguro de daños sino del de vida la conclusión no es igual. Si la prima se había satisfecho al ocurrir la quiebra, "los valores de cesión o de rescate se excluirán de la masa" (art. 1154) y el capital pactado, por no ser un crédito perteneciente al asegurado sino un derecho de los beneficiarios, debe pagarse a éstos y no a los acreedores de aquél.

La misma afirmación se hace extensiva a toda clase de seguros cuando la prima, la primera o una cualquiera posterior, ha sido

cubierta con recursos provenientes de bienes que no forman parte del activo de la quiebra o por persona distinta al asegurado que ha sobreseído en sus obligaciones.

El segundo caso aparece regulado en el derecho común. Ordena el art. 2490 del código civil que son nulos todos los actos ejecutados por el deudor que ha hecho cesión de bienes o abierto concurso de acreedores.

¿Cae en dicha sanción legal el seguro contratado o renovado por el deudor con posterioridad a la presentación de estos dos modos de pago?

Hay que distinguir. Si la prima es pagada con fondos procedentes de bienes excluidos legalmente de los cedidos o concursados, esto es, los no embargables, no existe duda acerca de la validez del seguro. Igualmente el contrato surte efectos cuando los acreedores han dejado la administración del patrimonio en manos del deudor y éste procede con arreglo a las instrucciones recibidas.

En los demás casos la prescripción contenida en el texto no debe aplicarse sin antes examinar los motivos que la inspiran y justifican, que no son otros que evitar que el deudor disponga de sus bienes o los limite o grave en detrimento de sus compromisos; de ahí que si celebra el seguro en garantía o en provecho de sus acreedores, no existe razón que engendre la nulidad del contrato, aunque haya tomado la prima de dineros comprendidos en la cesión o en el concurso, tesis que, por otra parte, puede ser objeto de controversia dada la forma genérica como está concebida la norma del citado art. 2490.

#### 80. b) Capacidad especial.

La capacidad general es insuficiente. Debe tenerse otra, de carácter específico, denominada interés asegurable. Si entre el asegurado y el bien que se quiere amparar no existe ninguna relación económica, aquél carece de derecho para asegurar.

De conformidad con el art. 642 del código vigente, "de parte del asegurado se requiere, además de la capacidad legal, que tenga al tiempo del contrato un interés real en evitar los riesgos, sea en calidad de propietario, copartícipe, fideicomisario, usufructuario, arrendatario, acreedor o administrador de bienes ajenos, sea en cualquiera otra que lo constituya interesado en la conservación del objeto asegurado".

La enumeración no es taxativa porque la disposición aparece re-dactada con un criterio ilustrativo, lo que permite la celebración del seguro a todos cuantos realmente estén interesados en sustraerse de las consecuencias de un riesgo, como el depositario, el consignatario, el usuario, el habilitador, el nudo propietario, los tutores y curadores, el vendedor a quien se adeuda parte del precio o en cuyo favor se estipuló la cláusula de reserva de dominio o el pacto de retroventa, para citar varios ejemplos no incluidos en la relación legal.

Mención separada merece la facultad del asegurador, expresamente reconocida en el art. 647, para hacer asegurar los objetos cuyos riesgos ha asumido, compartiendo las primas y las pérdidas con otro, lo que da origen al reaseguro, reglamentado por el nuevo código en sus arts. 1134 a 1136. El fundamento es el mismo. El asegurador tiene interés en que no acaezca el riesgo que ha tomado sobre sí, por lo que perfectamente puede adquirir la calidad de asegurado mediante otro contrato simultáneo o posterior.

En términos más comprensivos o amplios la nueva legislación trae la misma exigencia en el art. 1083 cuando dice que "tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo".

Es fácil observar que el primer texto hace referencia a los seguros reales en que el riesgo recae sobre un objeto concreto; en cambio el segundo se refiere también a los seguros patrimoniales para proteger contra los efectos del siniestro el conjunto de derechos de que el asegurado es titular.

Lo dicho permite precisar que una persona posee interés asegurable cuando la realización del riesgo puede destruir o dañar bienes respecto a los que es titular de un derecho, no necesariamente el de dominio o, lo que es lo mismo, impedir el ejercicio de ese derecho o la satisfacción de una obligación de la cual es sujeto pasivo y también cuando el siniestro puede acarrearle menoscabo en su patrimonio por verse abocado a asumir una pérdida o una responsabilidad.

En cuanto a los personales, las reglas concernientes son otras. Según el régimen todavía en vigor la vida de una persona puede asegurarse por otra "que tenga interés actual y efectivo en su conservación" (art. 693), aún "sin noticia y consentimiento" de ella (art.

para sancionar con nulidad el seguro cuando "el que reclama la cantidad asegurada fuere autor o cómplice de la muerte de la persona cuya vida ha sido asegurada".

Las anteriores son las únicas alusiones que sobre el beneficiario contiene la actual legislación. Pero esta falta de regulación es muy explicable porque a la expedición del código no era posible exigir a la ciencia jurídica del seguro, cuyo apogeo se inició a mediados de la pasada centuria, ni la claridad terminológica ni la precisión conceptual, vertidas en las presentes codificaciones.

#### 84. SU REGLAMENTACION EN EL NUEVO ESTATUTO

El código de 1971 contempla ampliamente la existencia del beneficio y regula sus derechos y obligaciones.

En primer lugar hace expreso reconocimiento de él en el capítulo dedicado a los principios comunes del contrato (arts. 1041 y 1044) y en varias disposiciones propias de los seguros de daños (arts. 1080, 1075, 1078). En segundo término, reglamenta la institución en los seguros de personas (arts. 1141 y siguientes). Esta es una de las características del nuevo cuerpo normativo.

La designación del beneficiario constituye un acto unilateral y espontáneo del tomador quien goza de autonomía para efectuarla (art. 1146) y quien, para ello, puede proceder por razones de parentesco, motivos de afecto o consideraciones de orden económico. Esta misma libertad le permite obligarse a nombrar como beneficiario a determinada persona, como sucede en los seguros contratados a favor de los acreedores hipotecarios y prendarios.

La póliza debe expresar el nombre del beneficiario o la forma de identificarlo, si fuere distinto del tomador (art. 1047 numeral tercero) pero el nombramiento posterior a la contratación del seguro o el simple cambio de beneficiario no requiere más que la notificación escrita al asegurador, ya que no existe disposición que exija que consten en anexos tales hechos.

El art. 1141 distingue el beneficiario a título gratuito del beneficiario a título oneroso. El primero es "aquel cuya designación tiene por causa la mera liberalidad del tomador".

El segundo, como se colige de la disposición y también de su nombre, ya que el texto no lo define expresamente, es aquel cuyo nombramiento supone recíprocas prestaciones entre el constituyente y el titular del beneficio, por ejemplo, cuanto el primero quiere compensar un servicio o garantizar el pago de un crédito recibido del segundo.

De acuerdo con el mismo precepto, la gratuidad constituye una presunción legal, desvirtuable por una "estipulación en contrario".

La existencia misma del beneficiario está rodeada de una presunción de derecho porque la norma que la establece (art. 1142) es inmodificable (art. 1162) y en virtud de ella se consideran beneficiarios, podría decirse que forzosos, el cónyuge del asegurado en la mitad del seguro y los herederos del mismo en la otra mitad, en los tres casos siguientes: Cuando no se ha efectuado ninguna designación, cuando ésta se hace ineficaz o queda sin efecto y cuando se han nombrado genéricamente como tales herederos.

Se expresó hace poco que la elección obedece al libre albedrío del tomador pero recuérdese que se está hablando del seguro privado, espontáneamente contratado.

En el seguro de vida obligatorio, estipulado por los patronos en acatamiento a disposiciones legales, no rige el mismo principio porque se trata de una institución de derecho social establecida en provecho de la familia del asegurado, en que concurren a recibir la prestación beneficiarios forzosos, nombrados por la propia ley y en que únicamente en defecto de los mismos tienen derecho las personas elegidas por el trabajador.

La revocación del beneficiario corresponde también al tomador o asegurado. Preceptúa el art. 1146 que "serán derechos intransferibles e indelegables del asegurado los de hacer y revocar la designación del beneficiario". Pero esta facultad tiene una limitación muy justificada porque, según el referido texto, "el asegurado no podrá revocar la designación del beneficiario hecha a título oneroso, ni desmejorar su condición mientras subsista el interés que las legitima, a menos que dicho beneficiario consienta en la revocación o desmejora".

#### 85. DERECHOS DEL BENEFICIARIO

El mero hecho de que la figura del beneficiario surja al momento de celebrar el contrato o con posterioridad, como persona diferente del

tomador o asegurado, no le concede derechos sobre el seguro. Para determinar si éstos existen es necesario examinar su calidad.

El beneficiario instituido gratuitamente goza tan sólo de una simple expectativa, la que puede perder por la revocación expresa o tácita de su nombramiento.

De ahí que, antes de presentarse el suceso cubierto en la póliza, no puede ceder el beneficio y si fallare primero que el asegurado nada trasmite a los herederos.

Es el siniestro en los seguros de daños o el accidente, enfermedad, supervivencia o fallecimiento del asegurado en los de personas el fenómeno que hace aflorar su derecho al importe indemnizador o al capital pactado o a cualquiera otro que emane de la póliza.

Con la realización del riesgo se hace acreedor a la prestación y puede ejercer acción directa contra el asegurador (art. 1080) para reclamarla con exclusión de los herederos y acreedores del asegurado.

En cambio, el beneficiario a título oneroso adquiere, desde la fecha misma de su designación, un derecho propio que no le puede ser retirado ni disminuído sin su voluntad. Mas el suyo es un derecho limitado porque para su ejercicio ha de contar con el consentimiento de quien lo constituyó.

Si obtiene tal autorización puede ceder y gravar su derecho y en caso de que llegue a faltar antes que el asegurado, lo trasmite a su acervo sucesoral porque se trata de un beneficio radicado directamente en cabeza suya, que tiene como origen el pago de un servicio o la garantía de un crédito.

Una vez corrido el riesgo, viene a consolidarse, sin la aludida limitación, en su patrimonio, con la condigna acción para exigirlo del asegurador y sin que otras personas vinculadas económicamente a la sucesión del asegurado puedan entrar a reclamar.

En respaldo legal de los anteriores juicios es pertinente citar el art. 1148 que si en principio pertenece al cuerpo de normas peculiares a los seguros de personas, extiende su alcance a los seguros de daños al recurrir a los métodos de la aplicación analógica.

Según dicho precepto, "El beneficiario a título gratuito carecerá, en vida del asegurado, de un derecho propio en el seguro contratado a su favor. Lo tendrá el beneficiario a título oneroso, pero no

podrá ejercerlo sin el consentimiento escrito del asegurado. Con la muerte del asegurado nacerá o se consolidará, según el caso, el derecho del beneficiario".

El texto transcrito regula el derecho de un solo beneficiario pero puede acontecer que el tomador nombre simultáneamente dos o tres, sistema sobre el cual nada dispone el estatuto mercantil pero conocidos su espíritu y orientación es fácil encontrar una solución.

En dicho supuesto, la participación de varios beneficiarios en la prestación debida por el asegurador, se regula por las prescripciones de la póliza. Mas si el contrato no contiene distribución alguna, su valor se ha de dividir por parte iguales entre ellos; la cuota del beneficiario fallecido acrece a las de los sobrevivientes cuando la gratuidad ha sido la causa de la designación y entra a favorecer a sus herederos en los demás casos.

La anterior es la solución más práctica y justa para el evento de la pluralidad de beneficiarios, específicamente nombrados como tales porque cuando su designación es genérica o cuando la ley supone su calidad la regla aplicable es la consignada en el art. 1142, según se vio anteriormente.

Bueno es mencionar el caso de los conmuerientes. Cuando el asegurado y el beneficiario mueren simultáneamente o cuando se ignora el orden de los fallecimientos, el derecho al seguro se trasmite de por mitad al cónyuge y a los herederos del primero si el título del beneficio ha sido gratuito y si oneroso, a los herederos del segundo, ordenamiento del art. 1143.

El art. 1144 regula los derechos provenientes del seguro sobre la vida del deudor, celebrado en utilidad del acreedor. Este alcanza el carácter de beneficiario pero únicamente hasta concurrencia de su crédito y, por ello, presentada la oportunidad no le es dado exigir completa la cantidad asegurada sino una parte igual al monto no pagado de la deuda; el saldo pertenece a los demás beneficiarios.

Norma similar consigna el art. 1147 en relación con el valor del rescate cuando se ha atribuído el beneficio en garantía de un crédito. Una vez éste se haga exigible, el beneficiario puede solicitar directamente del asegurador aquella suma hasta por una cantidad que compense su crédito.

## 86. SUS OBLIGACIONES

Si bien es cierto que la ley, mientras el riesgo permanezca en estado potencial, no reviste de derechos al beneficiario a título gratuito y que a quien lo es a título oneroso le otorga un derecho condicionado en su ejercicio al consentimiento del asegurado, no lo es menos que a ambos los grava con obligaciones desde un comienzo.

El art. 1041 sienta una excepción al principio de que las partes son las obligadas a cumplir las estipulaciones del contrato. La utilidad, posible o cierta, del beneficiario amerita la previsión legal, merced a la cual "Las obligaciones que en este título se imponen al asegurado, se entenderán a cargo del tomador o beneficiario cuando sean estas personas las que estén en posibilidad de cumplirlas". Se refiere el precepto al título que trata del contrato de seguro.

La regla por la cual "el asegurado o beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro" (art. 1075) se ha dado en desarrollo de la norma general comentada.

Igual fundamento tiene el precepto del art. 1044, con arreglo al cual "salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser éstos distintos a aquél...".

Pero además de obligaciones la ley también le impone sanciones. En efecto, los perjuicios causados al asegurador por el incumplimiento de las obligaciones que le atañen en caso de siniestro son deducibles de la indemnización y su mala fe en la reclamación o comprobación de derecho al pago de determinado siniestro causa la pérdida de tal derecho (art. 1078).

La muerte del asegurado, ocasionada intencional e injustificadamente por el beneficiario, como autor o como cómplice, hace a éste indigno de recibir el valor del seguro y lo priva del derecho a reclamarlo, conforme al art. 1150.

Un tratamiento igual está previsto en la disposición para cuando el beneficiario haya atentado gravemente contra la vida de aquél.

Obsérvese, por último, que el nuevo código habla en general del asegurado (arts. 1142, 1143, 1146 y 1148) y solamente alude por una vez al tomador (art. 1141). Ello obedece a que las situaciones que

contempla son peculiares del seguro concertado sobre la propia vida, en que el tomador y el asegurado se identifican pero no siempre es posible expresar los juicios anteriores respecto del seguro sobre la vida de una persona distinta al estipulante donde ella ocupa el lugar de asegurado y la calidad del beneficiario accede a la del tomador, supuesto que bien puede presentarse.

## 87. POSIBLES CONCURRENCIAS DE LAS CALIDADES DE TOMADOR, ASEGURADO Y BENEFICIARIO

Si se recuerda que el tomador suscribe o estipula el contrato con el asegurador, que el asegurado es el titular de los bienes protegidos y que el beneficiario percibe la utilidad del contrato, resulta evidente que las tres calidades pueden concurrir en una sola persona o radicarse en varias.

El tomador puede ser al mismo tiempo asegurado y beneficiario y así ocurre, por regla general, en los seguros de daños; en algunas ocasiones es diferente del uno o del otro o de ambos. Cuando el propietario de una maquinaria la asegura en provecho de un tercero (beneficiario) a quien la tiene dada en prenda, se reúnen en aquél las calidades de tomador y asegurado. Pero cuando el acreedor prendario, en el deseo de garantizar mejor su crédito, contrata la cobertura del equipo de su deudor (asegurado) obtiene el doble carácter de suscriptor y de beneficiario. Y, finalmente, el que estipula el seguro en favor de un tercero y por cuenta de éste alcanza únicamente la condición de tomador.

En los seguros de personas el estipulante puede reunir simultáneamente las tres calidades, por ejemplo, en los amparos de gastos de enfermedad o accidente y también en el seguro dotal si sobrevive a la vigencia del contrato.

Tratándose del seguro ordinario y del temporal sobre la propia vida, el estipulante agrupa los títulos de tomador y asegurado y queda radicado el de beneficiario en la persona designada como tal y en su defecto en el cónyuge y los herederos del asegurado.

En cambio, en los concertados sobre la vida de un tercero, que es el asegurador, el tomador agrega a esta condición la del beneficiario pero se presenta también el caso en que aparece meramente como suscriptor cuando obra por cuenta de otro y cuando cede en beneficio del tercero el valor del seguro.

En lo que atañe al asegurado no hay para que formular más consideraciones porque los precedentes incluyen eventos en que, además de ostentar dicha calidad, en virtud de la cual se libera de los efectos del riesgo, interviene como parte contratante (tomador) y es llamado a recibir el valor de la prestación (beneficiario) y en que simplemente es un tercero, beneficiario o no, frente al contrato, situación que ocurre en los demás casos.

## 88. TERCEROS AUXILIARES

El último grupo lo componen quienes prestan su colaboración antes de concertar el seguro, durante su ejecución o con motivo de la ocurrencia del riesgo y también aquellas personas que sin actuar respecto a un determinado contrato cooperan en distintos aspectos de la institución.

Los agentes, organizados en empresarios individuales o en sociedades, como intermediarios entre las partes, invitan a celebrar el contrato, exponen sus bondades, explican el alcance de la cobertura y el sentido de las condiciones contractuales, recaudan las primas, gestionan las renovaciones, etc.

Adquieren cada día mayor ingerencia hasta el punto de que en la actualidad algunos, los llamados blockers, intervienen en calidad de verdaderos administradores de las pólizas.

Los ajustadores, denominados también reconocedores de siniestros y que pueden estar o no vinculados laboralmente con los aseguradores, actúan en la verificación del daño o la pérdida y determinan su cuantía. Operan cuando las mismas partes no convienen el monto de la indemnización.

Los actuarios, como personas que asesoran a los aseguradores, son especialistas que utilizando un criterio eminentemente técnico y con base en la ley estadística de los promedios de siniestrabilidad y de sus costos, estudian los presupuestos matemáticos del seguro, a fin de recomendar las condiciones en que es posible, desde el punto de vista económico, asumir los riesgos.

Las asociaciones y comités de aseguradores se cuentan también en el tercer grupo. Como actividad general tienen la de considerar la problemática de la industria y la ética y el mejoramiento de la profesión aseguradora.

## CAPITULO VII

### LA POLIZA DE SEGUROS

## 89. IMPORTANCIA Y DEFINICION

Este documento expresa los derechos y deberes del asegurador y del tomador como también la relación que respecto al contrato tienen el asegurado y el beneficiario cuando son personas distintas a la del segundo. Individualiza el amparo dentro de un marco preciso. Su lectura permite apreciar la extensión de la cobertura y las causas que determinan, limitan y excluyen la responsabilidad del asegurador.

La póliza es fundamental para la existencia y la comprobación del contrato. Esta afirmación encuentra su respaldo legal en el art. 1046 del código de 1971, como también en el art. 638 del código de 1887. En el régimen actual, en que el seguro es solemne, debe constar en un acto escrito, llamado póliza. La nueva legislación conserva la vigencia de la teoría de la solemnidad (art. 1036) y por ello también se requiere que el contrato se vierta en forma documentaria.

Puede decirse que la póliza "es la expresión documental del seguro". El código vigente no la define; se limita a señalar su necesidad para celebrar y acreditar el contrato: "El seguro se perfecciona y prueba por escritura... El documento justificativo del seguro se llama póliza" (art. 638).

La última codificación tampoco aporta una definición, pero es que en realidad ella no hace falta porque basta indicar su función (art. 1046) y su contenido (arts. 1047 y 1048) y sus clases (art. 1051), para llegar a un concepto claro y suficiente de la misma.

## 90. FUNCION FUNDAMENTAL

Al comentar las fuentes del derecho del seguro, se anota que el contrato se aplica después de las normas obligatorias de la legislación y con preferencia a las reglas supletivas y a las costumbres mercantiles.

Como la póliza contiene el contrato, fácilmente se comprende que los convenios lícitos incorporados en ella cumplen la función trascendental de gobernar las relaciones entre las partes. El contrato es ley obligatoria para los contratantes, reza un conocido principio legal.

Pero, además de regular los derechos y los deberes del asegurador y del asegurado, ha de recordarse que la póliza tiene, con exclusividad, el poder de hacer surgir el seguro a la vida jurídica y constituye, igualmente en forma exclusiva, el medio eficaz para comprobar su existencia.

## 91. ANALISIS DEL ARTICULO 1046 DEL NUEVO CODIGO

Dice la disposición que el documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza. Deberá redactarse en castellano, ser firmada por el asegurador y entregarse, en su original, al tomador dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición.

Sin perjuicio de volver sobre el tema al tratar de los requisitos esenciales del seguro, se analizan enseguida las varias conclusiones que se desprenden del canon precedente.

- 1.- El seguro es siempre un acto solemne; consiste su solemnidad en que debe celebrarse por escrito. No se perfecciona verbalmente. Acordado de otra manera nace una promesa de seguro si es que se dan los restantes elementos que le son de esencia o un contrato diferente.
- 2.- La falta de la póliza determina la inexistencia del seguro. Sin ella no ha contrato. No es que sea nulo. Simplemente no existe. Conforme a lo dispuesto en el art. 898, inciso 2º, del nuevo estatuto comercial, será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin formalidades sustanciales que la ley exija para su formación.

Por lo dicho sobra anotar que fracasa en su demanda quien pretenda deducir, judicial o extrajudicialmente, derechos del seguro que no aparezcan consignados en una póliza.

- 3.- Igual afirmación hay que formular si la póliza no está suscrita por el asegurador. Cuando falta su firma el contrato no surge a la vida jurídica y, por consiguiente, no produce efecto alguno como seguro.
- 4.- El precepto requiere que la póliza se escriba en castellano. Cuando se redacta en idioma diferente, ¿existe el seguro?

Quien esto escribe no conoce opinión alguna al respecto. Como este es un nuevo requisito de forma, no exigido en la ley aún imperante, la respuesta tiene que ser indudablemente afirmativa.

¿Mas qué sucederá al entrar en vigencia la reciente legislación, inspirada en gran parte en el criterio de favorecer mejor los derechos del asegurado y en la que existen normas que por su texto son inmodificables por el convenio de las partes (art. 1162), entre las que se cuenta precisamente la que exige la redacción en castellano?

El aludido precepto, en cuanto ordena escribir la póliza en el idioma nacional, pretende poner al asegurado en el conocimiento íntegro, claro e inequívoco de sus prerrogativas, alejándolo de todas las dudas posibles, las que muy probablemente se presentarían al hacer la versión del documento originamente escrito en distinta lengua.

Además, dada la rigidez con que está concebida la disposición "deberá redactarse en castellano", es fácil asignarle un carácter imperativo.

Las apreciaciones hechas conducen a afirmar la nulidad absoluta del seguro cuando aparece redactado en idioma que no sea el castellano (art. 899, numeral 1º).

- 5.- La póliza constituye el único medio probatorio del seguro y conocida ya la inmodificabilidad del art. comentado, es lógico que no puede suplirse por otro elemento de prueba.
- 6.- El asegurador debe entregar el original al tomador dentro de los quince días siguientes a su expedición, término a cuyo vencimiento empieza a correr el de diez días dentro del cual ha de pagarse la prima (art. 1066).

Se trata de un plazo para la entrega del documento, no para su expedición, ya que ésta debe coincidir con la formación misma del contrato.

7.- Las normas consignadas en el artículo mencionado tienen carácter inmodificable, unas por su naturaleza y las demás por su texto, razón por la cual no admiten pactos derogatorios (art. 1162).

## 92. POLIZAS NOMINATIVAS, A LA ORDEN Y AL PORTADOR

Doctrinariamente existen tres clases de pólizas: nominativas, a la orden y al portador.

La primera, que también se denomina personal, se expide a favor de una persona determinada y cierta. Cuando el tomador reúne las calidades de asegurado y beneficiario, a él se le extiende porque de lo contrario ha de hacerse la respectiva distinción en el cuerpo del documento.

Las segundas se otorgan utilizando dicha expresión u otra similar o equivalente, pues no hay términos sacramentales, como "a disposición de", "a favor de una persona o a orden" y "a la persona designada o a su orden".

Son al portador, cuando así se indica en su texto. Si se extiende a determinada persona o al portador se entiende que adquiere este último carácter.

No obstante la anterior clasificación, en el mundo comercial son las nominativas las que generalmente se emplean.

## 93. CLASIFICACION DEL CODIGO

Partiendo de la base de que el seguro es un contrato intuitu personae, de conformidad con la orientación moderna de la institución, el código de comercio, en principio, no acepta las pólizas al portador. Dispone su art. 1051 que "la póliza puede ser nominativa o a la orden".

"El seguro es un documento que acredita la existencia de un derecho condicional. No conviene, pues, que circule con la misma facilidad que cualquier instrumento negociable", es la consideración que al respecto hace la comisión redactora para no acoger la póliza al portador.

En el seguro de transporte establece una excepción pero no propiamente para la póliza sino para el respectivo certificado. "Teniendo en cuenta que el seguro es a modo de accesorio de la mercancía transportada, se provee a facilitar su negociabilidad autorizando la emisión de certificados al portador o a la orden", opinión que fue acogida por el art. 1124, según el cual dicho certificado puede ser nominativo, a la orden o al portador.

En cambio, la codificación aún en vigencia, posiblemente para facilitar la transmisión del seguro, admite las tres clases al tenor del art. 638, inciso 3º.

## 94. POLIZAS INDIVIDUALES Y GENERALES

Por el frecuente uso que de ellas se hace es útil consignar un breve resumen sobre su significación, siguiendo el claro concepto que de cada una formula el doctor Ossa Gómez (Ob. Cit., pág. 374 a 377), quien a su turno, según su propia afirmación, elabora su exposición con base en la obra del alemán Alfredo Manes, denominada "Teoría General del Seguro".

Con un criterio eminentemente objetivo, se acostumbra llamar riesgo al bien amenazado o al sujeto sobre quien recae la amenaza de peligro; por ello es común afirmar que un edificio levantado con las más modernas técnicas integra un buen riesgo o que una persona dedicada a la conducción de automotores representa uno peligroso. Concebido de esta manera se dice que la póliza es individual o específica cuando asegura un riesgo que se concreta en un determinado objeto o interés. Así, la de seguro de vida de una persona, la de incendio de una mercancía y la de daños de un vehículo son pólizas individuales.

Por el contrario, cuando en lugar de uno cubre varios riesgos, es decir, diversas personas o bienes, la póliza se denomina general, la cual ofrece muchas modalidades.

Una de ellas es la colectiva. Como ejemplos se citan la de seguro de vida de grupo; la de incendio que cubre más de un edificio; la que ampara una flota de vehículos del mismo propietario; la que garantiza el correcto manejo de los empleados de confianza de una compañía; la que asegura el transporte de productos de una fábrica, etc.

¿Cómo puede calificarse la póliza en un seguro que cubre contra cualquier riesgo un establecimiento comercial o fabril, un edificio y los elementos en él comprendidos, un cargamento y otros objetos que contenga o el mobiliario de una casa? A pesar de que en cada uno de estos ejemplos hay pluralidad de bienes protegidos, la póliza se considera individual, porque las partes accesorias adhieren a la principal, forman un todo, vale decir, un conjunto en que cada parte está destinada a permanecer unida a las demás mientras se desarrolle la determinada actividad.

En tales y otros casos similares el seguro puede contratarse en "bloque", como una unidad económica, sin necesidad de designar específicamente las mercancías, elementos y otros objetos contenidos en la empresa, edificio, cargamento o casa; solamente al tiempo del siniestro debe el asegurado probar su existencia y sus respectivos valores, lo que se requiere a fin de poder determinar el monto de la indemnización.

Tratándose de muebles de una casa, es indispensable, tanto al celebrarse el seguro como al producirse el riesgo, individualizar los bienes de mayor estimación económica.

Esta forma de contratar está prevista en el art. 1085 del nuevo código que con ligeras reformas de redacción contiene idénticas normas a las del art. 648 de la codificación vigente.

No puede olvidarse, desde luego, que estos preceptos de orden legal suplen la voluntad de los contratantes quienes generalmente especifican los bienes en la póliza, sin que por ello pase a ser colectiva.

## 95. POLIZA FLOTANTE

Otra modalidad de la póliza general es la flotante, de mucha utilidad en el seguro de transporte de mercancías, en los seguros de fianzas y manejo y en el seguro de incendio de existencias (de productos terminados, en proceso de fabricación y materias primas).

En las pólizas específicas, aparecen bien individualizados los objetos incluidos en el seguro y cada amparo tiene un valor fijo. No sucede lo mismo en la póliza flotante, una de cuyas clases, la más conocida, es la automática que se caracteriza porque la cobertura comprende grupos de objetos o de intereses de la misma especie que por

variar frecuentemente no sólo en cantidad sino en valores implican un permanente movimiento de entradas y retiros cuyo detalle diario sería más que difícil notificar al asegurador.

El asegurado o no conoce desde un principio todos los bienes amparados, por lo que no puede preestablecerlos con exactitud o ignora el día en que para él comienza el riesgo respecto de ciertos sujetos u objetos, muchos de los cuales pueden no existir al momento de la celebración del seguro.

De tal manera se presentan las cosas en el seguro automático de transporte; cuando se contrata, el asegurador responde de uno o varios riesgos, según se convenga, como pérdida total, falta de entrega, avería particular o saqueo, que sufren los cargamentos en que posea o pueda llegar a poseer algún interés económico el asegurado y su responsabilidad se extiende, como es natural, a todo el tiempo de vigencia del contrato. El asegurado primero ordena al despachador el traslado de las mercancías, fabricadas generalmente con posterioridad a la expedición del seguro y luego declara al asegurador los distintos despachos efectuados durante determinado período. Es esta su obligación.

En el seguro automático de manejo el asegurador sólo conoce, por sus nombres, cargos y valores de cada amparo, al grupo de empleados inicialmente comprendidos en la póliza, pero desconoce los ingresos y retiros que en la ejecución del contrato pueden producirse y que él, desde un principio, se obliga a aceptar, debido precisamente a la automaticidad de la póliza que extiende la cobertura a los actos de futuros funcionarios, bien sea que éstos reemplacen los retirados o que simplemente vengán a engrosar el número de empleados a quienes el asegurado confía la administración de sus bienes.

Estas modificaciones no requieren la previa aceptación del asegurador. Basta que el asegurado satisfaga su deber de declarar dentro de los períodos acordados los cambios con indicación de los informes exigidos en la póliza.

Los seguros de incendio de inventarios de mercancías ofrecen otro ejemplo de la póliza automática, la cual protege al asegurado contra las posibles y frecuentes variaciones que se presenten en el movimiento de sus exigencias industriales o comerciales.

Es de común ocurrencia el hecho de que el asegurado se encuentre frente a una disyuntiva que, de no resolver satisfactoriamente,

puede acarrearle graves perjuicios económicos: desea contratar un seguro adecuado y completo pero simultáneamente se ve imposibilitado de informar al asegurador, cuando se suscribe la póliza, los valores exactos de los bienes que quiere amparar, pues están sujetos a rápidas y fuertes fluctuaciones. Es la situación que se presenta, por ejemplo, en los depósitos de los almacenes en cadena; a sus propietarios no les interesa avaluar las mercancías en una suma exagerada porque pagarían un sobreseguro innecesario como tampoco en una cantidad aparentemente baja porque incurrirían en infraseguro; se hace evidente, entonces, la necesidad de la póliza flotante cuya finalidad es conciliar convenientemente las dos posiciones contradictorias en que se haya el asegurado.

Conviene dar una idea muy simple de su mecanismo operativo. Los contratantes señalan una suma máxima hasta la cual se compromete la responsabilidad del asegurador, quien recibe a título de depósito una parte apreciable de la prima anual (75% en general); al vencimiento de cada período convencional, en principio no mayor de un mes, el asegurado declara los valores de la mercancía amparada que puede encontrarse en diferentes lugares; al finalizar el año se totalizan las declaraciones periódicas y en base al promedio mensual se liquida en forma definitiva la correspondiente prima y en caso de que ésta resulte inferior al depósito, se entiende que el asegurador tiene garantizado un porcentaje del mismo (60%) y si es superior tendrá derecho a recibir una suma adicional al depósito, equivalente a la diferencia entre éste y la prima así determinada.

Las compañías constructoras, si es que asumen el riesgo, o los dueños de un edificio en construcción, el que diariamente representa una inversión ascendente a medida que aumentan las obras y llegan nuevos materiales, obtienen una conveniente protección mediante una póliza de declaraciones periódicas. Establecido el valor invertido hasta la fecha del siniestro, el asegurado recibe la reparación completa del daño.

El nuevo código de comercio eleva a canon legal la práctica de los seguros automáticos y flotantes. De acuerdo con su art. 1050, las pólizas que tengan este carácter "se limitarán a describir las condiciones generales del asegurado, dejando la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización, para ser definidos en declaraciones posteriores. Estas se harán constar mediante anexo a la póliza, certificado de seguro o por otros medios sancionados por la costumbre".

## 96. POLIZA A TODO RIESGO

Llámase también póliza universal. Suministra protección contra los posibles riesgos a que está expuesta la propiedad de un individuo. El expositor Alfredo Manes, a quien transcribe el doctor Ossa Gómez (Obr. Cit., pág. 376) hace esta descripción: "En una misma póliza el propietario de los muebles y demás objetos que forman una vivienda se asegura de incendios y de robos, de daños producidos por las condiciones de aguas, de inundaciones, roturas de vidrios, daños causados por tormentas, daños experimentados por el equipaje o por las ropas que se dan a lavar fuera de casa, etc."

Aunque en Colombia no se acostumbra este seguro, la ley lo prevé. "El asegurador puede tomar sobre sí todos o algunos de los riesgos a que esta expuesta la cosa asegurada. No estando expresamente limitado el seguro a determinados riesgos, el asegurador responde de todos, salvo las excepciones legales", reza el art. 660 del régimen todavía vigente.

En la nueva codificación existe igualmente un texto en que se admite la póliza a todo riesgo. Por el art. 1056, "con las restricciones legales, el asegurador podrá a su arbitrio asumir todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado", norma que amplía a los seguros patrimoniales y personales la consignada en el aludido art. 660.

## 97. POLIZA A PRIMER RIESGO

Para que el seguro ofrezca una completa protección, el interés debe asegurarse en una suma equivalente a su valor real; cuando esa suma es inferior, el amparo no es pleno y sólo habrá indemnización parcial, en proporción entre la parte asegurada y la que no lo está.

He ahí la regla. Mas las partes gozan de la facultad de convenir una cláusula en virtud de la cual el asegurador paga todo daño o pérdida que experimente el interés, aunque éste no se encuentre íntegramente asegurado, pero siempre que el importe de la indemnización no sobrepase la suma asegurada, la que se constituye, por dicho pacto, en el único límite de la responsabilidad de aquél.

Esta excepción adquiere validez cuando se consagra expresamente en el documento que por ello se denomina póliza a primer riesgo. El nuevo código la autoriza en el inciso 2º del art. 1102 cuando dice

que: "Sin embargo, las partes podrán estipular que el asegurado no soportará parte alguna de la pérdida o deterioro sino en el caso de que el monto de éstos exceda de la suma asegurada", disposición que no es más que una reproducción casi textual del inciso tercero del art. 656 de la anterior codificación.

## 98. POLIZA DE VALOR ESTIMADO

En la póliza debe expresarse la suma asegurada o el modo de establecerla (art. 1047) pero no se requiere indicar la del interés asegurado porque el momento de determinar su valor real se presenta al producirse el siniestro. Con todo, cuando los contratantes la estipulan en el documento, en forma clara y manifiesta, la póliza se llama de valor estimado o de valor admitido o pre-establecido o póliza valuada.

Cabe ahora considerar el alcance jurídico de esta póliza en el nuevo derecho positivo colombiano y de una vez se dice que una es su significación en el seguro terrestre y otra, bien distinta, en el marítimo.

### 99. a) EN EL SEGURO TERRESTRE

La cláusula en que tal convenio se consigna, en principio no obliga al asegurador a pagar como indemnización la suma acordada. Si así fuere, se quebrantaría de modo ostensible el precepto legal (art. 1088), no modificable por la voluntad contractual, que consagra los seguros de daños como contratos de mera reparación, como también los demás cánones que desenvuelven este principio (entre otros el inciso 1º del art. 1089) y, por lo tanto, el convenio sería absolutamente nulo (art. 901, inciso 1º).

El único efecto que produce es el de revestir al asegurador de la facultad de controvertir el valor preestablecido para demostrar que es exagerado en relación con el real del interés asegurado. Al ejercer este derecho, adquiere correlativamente la obligación de aportar la prueba. Se invierte la carga de ésta porque se verá luego que al asegurado incumbe, por regla general, comprobar la cuantía del perjuicio. Entendida de esta manera, la cláusula es del todo admisible.

A la anterior conclusión se llega con apoyo en el art. 1089 cuyo 2º inciso dispone que "se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el

asegurador. Este no obstante podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él".

Los términos "se presume", utilizados por el legislador, permiten adoptar sin duda con mayor propiedad la denominación de póliza de valor presunto en lugar de los nombres antes mencionados.

El texto establece la presunción de que el valor enunciado en el documento guarda equivalencia con el interés asegurado. En realidad, dos: una, que es legal, porque acepta la prueba de que la suma acordada sobrepasa notoriamente el valor del interés y otra, presunción de derecho, porque no permite mostrar que la primera está por debajo del segundo y, consiguientemente, cualquier medio probatorio es ineficaz para acreditar que el bien protegido vale más.

Lo expuesto trae importantes consecuencias.

En el primer caso, comprobada la afirmación del asegurador, se está en presencia de un sobreseguero, que es forzoso eliminar mediante la reducción de la cantidad estimada y la rebaja y devolución de la prima, en la parte correspondiente al importe del exceso de protección y al período no transcurrido del contrato, respectivamente (art. 1091).

Así, en un seguro contra incendio de un inmueble apreciado por las partes en \$ 10.000.00 pero que realmente vale \$ 8.000.00, el asegurador podrá promover una disminución a esta última cifra y si sale avante en su propósito, su responsabilidad se reduce hasta \$ 8.000.00, pero a su turno tendrá que reintegrar al asegurado una quinta parte de la prima.

Estas consideraciones son ciertas en todos los casos en que la aludida diferencia entre el valor presunto y el real no provenga de dolo del asegurado porque cuando de su parte ha habido manifiesta intención de defraudar al asegurador se deducen otros efectos, muy diversos, como son la nulidad del contrato y la sanción de perder la prima.

En el segundo caso, la presunción favorece definitivamente al asegurado, quien se libra de las consecuencias del intraseguero y del coaseguero. El ejemplo propuesto ilustra esta explicación. Si el bien, estimado en pesos 10.000.00, vale realmente \$ 12.000.00, el asegura-

El capítulo noveno del título trece del libro cuarto del nuevo código contiene una serie de reglas que específicamente fijan el monto de la indemnización, en casos de pérdida parcial, tanto en la póliza de valor estimado, como en la que carece de este carácter.

El capítulo noveno del título trece del libro cuarto del nuevo código contiene una serie de reglas que específicamente fijan el monto de la indemnización, en casos de pérdida parcial, tanto en la póliza de valor estimado, como en la que carece de este carácter.

#### 101. c) EN EL SEGURO AEREO

En estas condiciones ha de concluirse que la póliza de valor presunto produce el efecto de seguro pleno, indiscutible por el asegurador y, de consiguiente, la suma acordada le obliga, lo que es admisible puesto que bajo ningún aspecto se infringe el principio indemnizatorio.

Hoy por hoy, por la inexistencia de un estatuto de este seguro, las partes gozan de la facultad de atribuir a la póliza valuada, los efectos que tiene en el seguro terrestre o en el marítimo, pero ante la similitud que la navegación aérea guarda con la marítima, la práctica comercial se inclina por la póliza de valor admitido que cubre los riesgos inherentes a la segunda.

#### 100. b) EN EL SEGURO MARITIMO

La referida costumbre ha sido regogada en el reciente código de comercio y es así como el art. 1905 dispone que "Al contrato de seguro aéreo se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas relativas al seguro marítimo consignadas en este código".

Ese será el futuro régimen que sobre el particular habrán de observar los contratantes ya que, por otra parte, la nueva legislación no contiene normas peculiares para el caso.

102. d) EN EL SEGURO DE TRANSPORTE

Actualmente y gracias al art. 13 de la ley 27 de 1888 cuando los contratantes "acordaren fijar el valor asegurable en una suma determinada, la suma convenida será obligatoria para ambas partes como valor asegurable" pero el legislador, en bien de la integridad del principio indemnizatorio, consagra en la misma disposición que "sin embargo, el asegurador conservará en todo tiempo el derecho de pedir una reducción del avalúo si probare que éste ha sido exagerado, especialmente si excede del valor que los objetos pueden tener en el lugar del destino. La responsabilidad del asegurador, determinada por la diferencia en que se halla el valor asegurado con la valuación, disminuye en los mismos términos que la reducción del avalúo".

Mas el anterior ordenamiento quedará derogado a partir del 1º de enero de 1971. De esta fecha en adelante, la póliza valuada en el seguro del transporte, así sea terrestre, surtirá igual efecto que en el seguro marítimo. Al respecto prevé el art. 1128 que las disposiciones sobre seguro marítimo se aplicarán en los casos del seguro de

transporte no previstos en la sección reglamentaria de este último, que es la tercera del capítulo segundo del título quinto del libro cuarto del código y que guarda silencio sobre la variedad de póliza que se viene estudiando, razón por la que entran en vigencia las normas propias del seguro marítimo que la reglamentan.

Pocos peligros ofrece el alcance comentado para los escritores, quienes lo justifican por el hecho de que el asegurado no está en contacto con los objetos asegurados durante el trayecto; él no puede mantenerlos bajo su administración ni vigilancia mientras se conducen de un sitio a otro, labor a la que es extraño, ni conoce las circunstancias posteriores al seguro que conllevan variación o agravación de los riesgos; en una palabra, no se encuentran en capacidad de satisfacer la obligación de conservar el estado del riesgo.

### 103. POLIZA DE VALOR NO ESTIMADO

En ésta no se indica el valor del objeto o del interés asegurado o si se anuncia su expresión no produce los efectos del seguro valuado.

El asegurado experimenta las consecuencias del infraseguro, del coaseguro y de la regla proporcional porque la indemnización se regula por los límites comunes señalados en la legislación, los que tratándose de seguros terrestres están establecidos en los arts. 1079, 1089, 1102, inciso 1º del nuevo código y en los arts. 656, inciso 2º, 674, inciso 2º, y 689 del código de 1887, que aún gobierna los contratos actualmente celebrados. Y en relación a los seguros marítimos, en los arts. 1754 y siguientes de la codificación recientemente expedida, que al entrar en vigencia reemplazará las disposiciones del código de comercio marítimo que rigen en la actualidad.

### 104. POLIZA DE VALOR DE REPOSICION O REEMPLAZO

La obra del tiempo y el goce del objeto asegurado se reflejan sobre el mismo mediante una disminución en su valor. Con independencia de los fenómenos monetarios de la inflación y la deflación, uno es el precio de un inmueble de reciente construcción y otro, inferior, el que tiene después de algunos años de servicio.

Es el llamado "Demérito por el uso de nuevo a viejo" que necesariamente marca un menor valor del bien (excepto en los casos

de colecciones, antigüedades y obras famosas), lo que escapa a la protección del seguro, cuya finalidad es reparar la pérdida efectiva causada por el siniestro y no la depreciación que por el uso sufren los objetos.

La construcción se estima por el valor real que tenga el día en que se realiza el riesgo pero con deducción de su vetustez, con el consiguiente resultado de que la suma recibida por el asegurado como indemnización será insuficiente para reponer o reemplazar la edificación.

Para corregir esta situación se ha concebido la cláusula de valor de reposición, de aceptación en la práctica comercial colombiana e incorporada en la reciente legislación. Con arreglo al art. 1090 las partes al celebrar el seguro pueden acordar "el pago de la indemnización por valor de reposición o de reemplazo del bien asegurado, pero sujeto, si a ello hubiere lugar, al límite de la suma asegurada".

Significa lo anterior, que, sin exceder la última cantidad, la reparación puede sobrepasar el valor del interés asegurado. Cuando una maquinaria se asegura en \$ 50.000.00 pero al tiempo del siniestro, por la utilización que de ella se ha hecho, se tiene depreciada en \$ 30.000.00, que es su valor en ese momento, y su reparación o su cambio asciende a \$ 40.000.00, el asegurado recibe una indemnización equivalente a esta última cantidad.

Algunos rechazan este seguro por considerarlo violatorio del principio de la indemnización, pues el exceso de ésta sobre el verdadero valor del objeto al presentarse el riesgo constituye una ganancia indebida para el asegurado. Pero no. Si bien es cierto que se presenta tal exceso, también es verdad que merced a él resulta factible reponer o reemplazar el bien pues de lo contrario, con la sola suma procedente del valor actual del bien, se haría ilusoria la protección que se propuso el asegurado. Más que violación, se trata de una excepción a tal principio, expresamente autorizada por el legislador y que no afecta al asegurador, quien cuando lo convino recibió una prima superior a la normal.

Gracias a esta póliza se garantiza no el precio que el asegurado obtendría por la venta del bien sino su valor de utilización, conceptos que no siempre coinciden.

La utilidad de la aludida cláusula es evidente. Conocidos los progresos técnicos en la construcción de equipos, bien puede pactarse

el derecho de que el asegurado, en caso de destrucción total de uno de sus equipos cubiertos en la póliza, pueda elegir uno nuevo de mayor eficiencia siempre que su costo no exceda de la suma asegurada. Tampoco sería jurídicamente objetable en este último evento convenir que el asegurado asumiría dicho exceso.

#### 105. OTRAS POLIZAS

Numerosas son las variedades de pólizas. A medida que la sociedad evoluciona advienen nuevas empresas y con el desarrollo industrial y comercial surgen nuevas necesidades y situaciones de peligro antes no conocidas; cada progreso trae sus riesgos y la industria aseguradora procura asumir sus efectos dañinos.

La mera enunciación de las distintas modalidades sería interminable y su estudio amplio y detallado estorbaría el propósito modesto y limitado de estas notas, ya atendido al comentar brevemente en los numerales anteriores los modelos más conocidos.

### CAPITULO VIII

#### CONTENIDO DE LA POLIZA

##### 104-A. CLAUSULAS GENERALES Y PARTICULARES

En la póliza se distinguen dos grupos de cláusulas. Unas generales, redactadas con antelación a la oferta o a la solicitud del seguro, impresas con anticipación, comunes y uniformes para todos los contratos de una misma especie y que llevan la previa aprobación de la Superintendencia Bancaria.

Ejemplos de ellas son las relativas a las obligaciones generales de los contratantes, a los riesgos no cubiertos, a los factores que limitan y excluyen la responsabilidad del asegurador, a la pérdida del derecho del asegurado, a la subrogación, a los coaseguros, al endoso de la póliza, a la prescripción, etc.

A estas cláusulas, que componen el contenido fijo de la póliza, se refiere el art. 1047 del nuevo código, en su párrafo único: "Se tendrán como condiciones generales del contrato, aunque no hayan sido consignadas por escrito, las aprobadas por la autoridad competente para el respectivo asegurador en relación con el seguro pactado, salvo las relativas a riesgos no asumidos".

Se dan otras cláusulas particulares que en cada ocasión acuerdan las partes y que le restan rigidez al carácter de contrato de adhesión que se atribuye al seguro. Tienen la eficacia de alterar las del primer grupo y comprenden los pactos específicos que los contratantes agregan. Vienen a integrar el contenido variable del documento (art. 1047, numeral 11 y anteriores).

Parece que está de más manifestar que estas cláusulas tienen fuerza vinculante para asegurador y asegurado. Mas es necesario afirmarlo porque 'las condiciones generales que para los contratos establezcan las compañías de seguros se considerarán estipulaciones obligatorias para ambas partes contratantes, aún cuando no se hallen detalladas en las pólizas, siempre que en ellas declaren los contratantes que le son conocidas y que se someten a ellas' (art. 7º ley 27 de 1888). Pero la declaración de conocimiento y sometimiento a tales cláusulas, no va a requerirse en el nuevo régimen; en el futuro y con arreglo al aludido parágrafo del art. 1047, obligarán a los contratantes "aunque no hayan sido consignadas por escrito" con tal de que lleven la aprobación del citado organismo oficial.

Fácilmente se comprende el cambio introducido. Se elimina la declaración de las partes de que conocen y aceptan las cláusulas impresas y se sustituye por la previa aprobación de la Superintendencia Bancaria. De esta manera quedan mejor protegidos los intereses del asegurado porque dicho organismo estatal, al aceptarlas, procede con pleno conocimiento, no así el tomador que al emitir su declaración lo hace muchas veces sin un entendimiento total de las mismas y la mayoría de las veces sin previa lectura

Con todo, la reforma no es ideal; sigue siendo censurable el hecho de que el asegurador no esté obligado a incorporar las condiciones generales en el cuerpo del documento, labor tipográfica sencilla; por fortuna la práctica voluntaria de los aseguradores resulta superior al texto legal comentado, en provecho del equilibrio de la relación contractual, al vertirlas íntegramente en la póliza o en sus documentos integrantes.

Al tratar de la naturaleza jurídica de las cláusulas en referencia, conviene formular un segundo apunte.

Su obligatoriedad "no obstante para que en las condiciones particulares de dichas pólizas puedan alterarse, modificarse o derogarse alguna o algunas de las condiciones generales (art. 7º de la mencionada ley).

Aunque el seguro no es un contrato de libre discusión, no sería cierto sostener que el diálogo pre y postcontractual le es totalmente

extraño y la posibilidad de conversación que en ciertos casos tienen las partes les permite acordar variaciones y aún supresiones en el clausulado general, procedimiento de validez inobjetable si se observan las normas imperativas. Esos acuerdos específicos pueden consignarse en la póliza (art. 1049 numeral 11) o en los anexos que se emiten con posterioridad (art. 1048, numeral 2) y tienen el mérito de regir con preferencia sobre las condiciones generales, como se desprende de su propia naturaleza y finalidad, sin necesidad de texto legal similar al transcrito.

Las diversas modalidades de pólizas que en este trabajo se comentan constituyen ejemplos de condiciones particulares que alteran otras de carácter general.

## 106. CONTENIDO ESPECIFICO

Además de las estipulaciones generales del contrato, la póliza debe expresar, conforme el art. 1047, las siguientes:

### 1. La razón o denominación social del asegurador.

Como sujeto de derechos y obligaciones, a quien incumbe por tanto ejecutar una parte del contrato, el asegurador debe ser conocido, identificado. Más completa sería su identificación si se exigiere indicar su domicilio, como lo establece el código anterior.

### 2. El nombre del tomador.

Hácese extensivo aquí el comentario que precede.

### 3. Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador.

Por tener interés inmediato en el contrato, nada más lógico que la ley exija su individualización.

### 4. La calidad en que actúe el tomador del seguro.

Solamente así se sabrá si obra en su propio nombre, como mandatario o como agente oficioso porque los efectos del seguro son diferentes en cada caso.

Con base en la expresión de esa calidad, puede el asegurador analizar si en verdad el suscriptor tiene interés asegurable, elemento esencial para la existencia del contrato.

5. La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro.

Es necesario evitar confusiones o suplantaciones del bien asegurado. De ahí la necesidad de señalar, de modo claro e inequívoco, su naturaleza.

Una vaguedad grave daría pie para discutir la existencia misma del contrato porque cuando lo que se asegura aparece confuso o dudoso, podría asignarse la misma calidad al interés asegurable. Si quien asegura la vida de una persona respecto a la cual tiene carácter de alimentario, no precisa esta circunstancia o llegado el caso, no aporta la prueba de su derecho, el interés en la vida del asegurado es incierto en el primer supuesto y desconocido por parte del asegurador en el segundo.

Hácese conveniente recordar que en los seguros automáticos de manejo, transporte o incendio, que funcionan a base de declaraciones periódicas, no es posible la identificación en la póliza misma de la totalidad de los empleados, los cargamentos y las mercancías respecto a los cuales se celebra el seguro, pero la legislación contempla esta modalidad, por lo que en tales casos el numeral 5º del citado art. 1047 ha de armonizarse con la aludida previsión legal considerada en el art. 1050.

6. La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento o el modo de determinar unas y otras.

El contrato, con algunas excepciones previstas en el seguro de vida, es temporal; se celebra por un tiempo determinado o determinable. Por eso debe señalarse desde y hasta cuándo responde al asegurador, y de consiguiente, durante qué período está amparado el asegurado.

El legislador presume que los riesgos corren para el asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfecciona el contrato, pero esta presunción puede desvanecerse por convenio entre las partes cuando se quiere celebrar el seguro antes de que comience la asunción del riesgo, (art. 1057).

Nada se opone a que los contratantes estipulen, en la póliza o en un anexo, un procedimiento claro para determinar vencimientos anticipados a la vigencia inicial o prórrogas tácitas. No hay razón de ilicitud en dicho pacto.

7. La suma asegurada o el modo de precisarla.

Se exige aquí señalar, expresa o tácitamente, la cantidad asegurada, vale decir, el valor del seguro, porque él constituye el límite máximo de la responsabilidad del asegurador y sirve, además, de base para determinar la prima y permite, por último, establecer en su oportunidad si existe seguro completo, sobre-seguro o infra-seguro.

8. La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago.

La prima indica el carácter oneroso del seguro (art. 1036) y por eso la póliza debe contenerla como expresión del precio que el asegurado se obliga a pagar por la protección que recibe.

9. Los riesgos que el asegurador toma a su cargo.

Si la asunción del riesgo constituye su principal obligación, la póliza debe designarla de manera cierta y exacta. De lo contrario, cuando se asumen los riesgos a que está expuesto el interés asegurable sin limitar el seguro a uno o a varios de ellos, asiste al asegurado el derecho de invocar a su favor la protección de todos, previsión consagrada en el art. 660, inciso 2º del código actual que, aunque no se reproduce en la reciente codificación, conserva su vigencia, ya no en base a texto legal sino como principio derivado de la interpretación del art. 1056 del nuevo estatuto mercantil que, igual que el anterior, faculta al asegurador, salvo las restricciones legales, a llevar sobre sí todos o algunos de los riesgos que recaen en el bien asegurado.

10. La fecha en que se extiende y la firma del asegurador.

No siempre la época de iniciación del contrato coincide con la de expedición de la póliza. Pueden las partes acordar que los efectos del seguro comiencen en un momento posterior; es práctica comercial, además, otorgar un amparo provisional que sustituye transitoriamente la póliza.

Cuando una de tales posibilidades se presenta es necesario diferenciar la fecha de otorgamiento de la póliza y la del día en que principia el seguro o protección.

En cuanto a la firma de la póliza, la legislación aún vigente exige la del asegurador (art. 673) únicamente.

También en el ordenamiento del nuevo código es suficiente que el documento sea suscrito por el asegurador, como se infiere del numeral 10 del texto en estudio, norma que, por ser especial y posterior, tiene prelación sobre la establecida en el art. 826 de la misma obra, en virtud de la cual "cuando la ley exige que un acto o contrato conste por escrito, bastará el instrumento privado con las firmas autógrafas de los suscriptores".

Esta última debería ser la regla aplicable al seguro porque el acto de suscribir la póliza, a más de preconstituir una plena prueba del mismo, vincula a las partes en forma que no admite duda sobre la relación jurídica que se inicia con el contrato.

Más previsiva y encomiable, la práctica que ha venido imperando en el país de que ambos contratantes suscriban la póliza.

De acuerdo con el referido art. 826, las firmas han de ser, en principio, autógrafas, esto es, escritas a puño y letra de cada contratante, pero son admisibles aquellas que procedan de medios mecánicos cuando la costumbre o la ley los autorizan (art. 827), lo que bien puede suceder en el contrato de seguros.

Conviene hacer resaltar una innovación que el reciente estatuto trae en su art. 1056 y según el cual "las firmas de las pólizas de seguro y de los demás documentos que la modifiquen o adicionen se presumen auténticas"; en virtud de esta presunción no es necesaria la diligencia de reconocimiento de la póliza o de sus anexos.

11. Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.

Deben incorporarse en la póliza, porque, precisamente, su finalidad es explicar o modificar el contrato contenido en tal documento.

#### 107. LA TABLA DE SEGURO DEBERIA FORMAR PARTE DE LA POLIZA

El proyecto de código ordenaba incluir en la póliza "la tabla de seguros a corto plazo, con arreglo a cuyas bases deben calcularse las

devoluciones de prima a que haya lugar o, en los seguros de vida, el cuadro de valores donde se indiquen la reserva de la póliza, el valor de cesión, el valor del seguro saldado y el término del prorrogado".

La expresión de la tabla y del cuadro en referencia constituía, indiscutiblemente, una interesante innovación ante la derogación que el nuevo código hace de un precepto del anterior, a todas luces inequitativo, merced al cual el asegurador gana irrevocablemente la prima desde que los riesgos comienzan a correr por su cuenta (art. 666).

De esta manera el asegurado conocería, en cualquier momento, el valor de la devolución de la prima a que tendría derecho en eventos tales como la disminución del riesgo (art. 1065), indemnización del siniestro parcial (art. 1070) y la reducción del exceso de seguro contratado de buena fe (art. 1091). Igualmente, los valores de reserva, de cesión, etc., acumulados en los seguros de vida, pero lo cierto es que el texto finalmente adoptado en el código omite este punto, quizá basado en la norma estatuida en el parágrafo del art. 1047.

#### 108. OMISIONES EN SU CONTENIDO

¿Qué validez ofrece la póliza en que se omiten algunas de las cláusulas que componen su contenido, tanto el fijo integrado, como se vió, por las condiciones generales, como el variable formado por las enunciaciones que acaban de comentarse?

Para responder con acierto ha de considerarse si la cláusula omitida hace referencia a un elemento que es de la esencia del contrato o a uno que por naturaleza le corresponde o que meramente le es accidental (art. 1501 del C. Civil).

Puede afirmarse, como tesis general, que el seguro es inexistente en el primer caso; que la omisión en el segundo evento no le resta validez porque la estipulación respecto a la cual callan las partes se entiende incorporada sin necesidad de pacto expreso y que en el tercero tampoco pierde el contrato su eficacia porque al falta de cláusulas sobre algo accesorio no impide el surgimiento jurídico del seguro.

Pero analizando el tema de manera concreta conviene formular las siguientes consideraciones:

Por disposición del artículo 1045 son esenciales al contrato y en defecto de uno de ellos, el seguro no producirá efecto, el interés y

el riesgo asegurables y las obligaciones de pagar la prima y la indemnización.

Cuando en la póliza no se deja constancia sobre todos estos elementos, o si de sus cláusulas se desprende que el interés o el riesgo no es asegurable o que uno de ellos no existe o que el contrato es gratuito o irrisoria la prima o que el asegurador adquiere obligaciones distintas a las de asumir el riesgo e indemnizar el siniestro, se entenderá que el seguro carece de eficacia, de pleno derecho, vale decir, que es inexistente (art. 897) y que puede degenerar en otro contrato diferente.

Siguiendo el orden en que se examinó el art. 1047, y con el fin de precisar mejor los efectos de las omisiones que pueden presentarse en la póliza, conviene formular unas apreciaciones más:

1º y 2º. Cuando la póliza no expresa la razón o denominación social del asegurador o el nombre del tomador, el seguro resulta inexistente porque se desconocen el sujeto activo y el sujeto pasivo, presupuesto imprescindible de toda obligación y partes necesarias del contrato.

En el régimen actual en que se admite la póliza al portador, es éste el tomador y por eso la afirmación precedente no tiene aplicación.

Si el asegurado y el beneficiario fueren distintos del tomador y sus nombres se omiten, el seguro no pierde eficacia.

3º. Cuando no se designan los nombres del asegurado y del beneficiario, diferentes del tomador, el contrato es válido pues se presume que concurren en éste los dos primeros atributos (art. 1040).

4º. La calidad en que obra el tomador, por ser accesoria al seguro, no atenta contra su eficacia. Conviene declararla para saber si contrata para sí o en ejercicio de un mandato o como agente oficioso. Pero "el seguro corresponde al que lo ha contratado, toda vez que la póliza no expresa que es por cuenta de un tercero" (art. 1047).

5º. La falta de identificación del bien o de la persona hace ineficaz el contrato porque en la práctica y dentro de un criterio objetivo se confunden con el interés asegurable y en conclusión, si la póliza no los designa puede afirmarse que dicho interés, elemento de la esencia del seguro, es incierto o que su existencia no se conoce.

6º. No se considera esencial la expresión de las fechas en que se inicia y vence el seguro. El mismo texto legal acepta como suficiente indicar el modo de determinarlas. Su declaración dentro de la propia póliza es accidental y bien pueden señalarse en uno de los anexos.

No obstante, es de evidente utilidad la indicación de tales fechas, especialmente para conocer con precisión el comienzo y la finalización de la obligación del asegurador.

7º. La suma asegurada o el modo de precizarla constituye una estipulación innecesaria cuya omisión acarrea, según el art. 659 del código anterior, la nulidad del contrato, sanción no contemplada expresamente en el texto de la reciente codificación.

Y está bien. Si la póliza guarda silencio en este punto no se presentan consecuencias graves que quebranten el principio de la indemnización. De todas maneras la reparación no podrá exceder del valor real del interés ni tampoco del monto efectivo del daño sufrido.

Lógicamente cuando se omite, el asegurado se libra de los efectos de un posible infraseguro, circunstancia que la misma ley acepta, cuando autoriza la póliza de valor presunto (art. 1089, inciso 2º).

8º Es inexistente un seguro en que las partes no acuerden su precio o el modo de calcularlo. Es que la prima pertenece a la esencia del contrato. Esta conclusión se deriva de la parte final del art. 1045.

Diferente es el caso en que los contratantes, a pesar de haber estipulado la prima, no la hacen constar dentro de las pólizas; sobre el particular resulta conveniente conocer la autorizada opinión del doctor Ossa Gómez (Ob. Cit., pág. 369): "Su omisión en la póliza puede obedecer a simple inadvertencia, pudiendo acreditarse su estipulación y pago por otros medios distintos. El recibo de prima es el documento mediante el cual puede acreditarse ordinariamente la satisfacción de ella".

No se hace la misma afirmación sobre la forma de pago, asunto accesorio, cuya omisión se regula por las disposiciones de los arts. 1066 y siguientes.

9º. Si de las cláusulas del contrato se colige que el asegurador adquiere obligación diferente de la de asumir el riesgo, se entiende

que el seguro es ineficaz de pleno derecho, vale decir, inexistente como tal (arts. 1045 y 899) y que posiblemente degenera en otro contrato (art. 906 del nuevo código de comercio y art. 1501 del c. civil).

10°. La ausencia de la fecha de otorgamiento no engendra vicio de gravedad cuando puede acreditarse por otros medios distintos a la póliza como cartas, anexos y el recibo de la prima. Además, la fecha coincide de ordinario con la época de iniciación del seguro.

No así la falta de firma del asegurador. Ella constituye una solemnidad exigida explícitamente por el art. 1046. El seguro no se forma mientras la póliza no se suscriba. Mas cumplido este requisito se perfecciona no reactivamente sino en la fecha en que se subsane la omisión en referencia (art. 900).

Si el riesgo se produce cuando todavía la póliza no se ha firmado, el asegurado no podrá demandar indemnización. Esto lo que se deduce de los respectivos textos legales. Otra cosa podrá suceder en la costumbre comercial de las compañías aseguradoras frente a asegurados poderosos cuando medie una solicitud de amparo, aceptada en principio.

11°. Las condiciones particulares acordadas por los contratantes son pactos sobre cosas que ni esencial ni naturalmente pertenecen al futuro.

De ellas se deja constancia en cláusulas especiales para que surtan efectos y su omisión en nada invalida el contrato.

## 109. DOCUMENTOS INTEGRANTES

La póliza por sí sola es completa pero, con motivo de la etapa preparatoria del contrato y luego a causa de su desarrollo, es necesario expedir algunos documentos que forman un todo con ella.

En efecto, antes de su otorgamiento, el tomador declara el estado del riesgo; el asegurador realiza inspección sobre el mismo y, en la práctica, la póliza no se entrega al perfeccionamiento del contrato ya que se reemplaza con un certificado de amparo provisional.

Los documentos más usuales son:

a) El formulario de solicitud que de ordinario se identifica con el cuestionario que algunos aseguradores acostumbran hacer suscribir del tomador y en cuyas respuestas se declaran las circunstancias necesarias para identificar el bien y apreciar el riesgo.

b) El acta de inspección que técnicamente debe practicar todo asegurador.

c) El amparo provisional que viene a constituir una confirmación escrita de la asunción del riesgo, de uso muy generalizado y que suple la póliza mientras se cumplen los trámites de su legalización.

No resulta erróneo afirmar, por el contrario es lógico, que si el amparo incluye el contenido mínimo del contrato celebrado y aparece suscrito por el asegurador, con él se perfecciona el contrato pues en realidad, en tales condiciones, integra una verdadera póliza. Puede decirse igualmente que dicho documento provisional, expedido en la forma anotada, es eficaz como prueba del seguro y que con su entrega el asegurador cumple con la obligación que impone el art. 673 del código vigente y el art. 1046 de la nueva codificación.

d) Los anexos expedidos por el asegurador para dejar constancia de las adiciones, modificaciones y aclaraciones de la póliza.

e) Los certificados de renovación o prórroga del contrato que, como su nombre lo indica, tienen por objeto ampliar su vigencia por un período igual o diferente al anterior.

Conforme al art. 1048 hacen parte de la póliza "la solicitud de seguro firmada por el tomador" y "los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza".

## 110. PERDIDA DE LA POLIZA

La legislación colombiana no regula el asunto pero, dado el carácter bilateral del contrato, el asegurado tiene el derecho de conservar en todo tiempo un ejemplar de la póliza, debidamente certificado por el asegurador y, por consiguiente, cuando se extravía o por cualquier motivo desaparece, está facultado para solicitar un duplicado, mediante el cumplimiento de los procedimientos administrativos razonables del asegurador. A este no le es dado desconocer la petición.

Resulta pertinente citar aquí un texto por el cual "el tomador podrá en cualquier tiempo exigir que, a su costa, el asegurador le de copia debidamente autorizada de la solicitud y sus anexos, así como de los documentos que den fe de la inspección del riesgo (parágrafo del art. 1048). Magnífica la previsión legal pero curioso que el legislador no la haya extendido a la póliza misma.

## CAPITULO IX

### TRANSMISION DE LA POLIZA

#### 111. VALIDEZ DE LA TRANSMISION

Se desea ahora estudiar si el derecho que del contrato emana en favor del asegurado puede transferirse al patrimonio de otra persona, partiendo de la base de que la indemnización en que puede concretarse está condicionada a un hecho futuro e incierto, la ocurrencia del riesgo, como también al cumplimiento de determinadas obligaciones a cargo del titular del derecho.

Si bien es cierto que el derecho a la indemnización depende de una eventualidad no lo es menos que al materializarse el riesgo se convierte en un valor económico concreto; de condicionado puede pasar a ser un derecho exigible que por tener carácter personal, ya que se reclama con exclusividad del asegurador, denominándose también crédito (art. 666 C. Civil).

Pero no únicamente cuando ostenta la calidad de exigible sino también en su modalidad de crédito condicionado, el derecho del asegurado sigue las reglas de que todos los créditos son cedibles, salvo las excepciones legales o convencionales y de que tanto las cosas presentes como las futuras pueden ser objeto de una declaración de voluntad, siempre que no comprendan un objeto ilícito. Y aunque lo que menos debe desear el asegurado es hacer uso de la póliza, lo que más espera es el contenido patrimonial de su derecho con sólo pensar en que puede ser víctima del siniestro.

Planiol, cuya autoridad es incuestionable, citado por el doctor Arturo Valencia Zea, (Obr. cit. Tomo VI, pág. 429), afirma categóricamente que "es válida la cesión del derecho de indemnización que emana de un seguro antes de ocurrir el siniestro".

Todo lo anterior se expone independientemente de lo estatuido en la legislación comercial del país que sobre el particular es bastante clara, como se verá en este mismo capítulo.

## 112. CONCEPTO GENERAL

Es conveniente precisar el concepto de la cesión. Como la de todo derecho, la transmisión del seguro supone la sustitución de una de las partes contratantes, el asegurado. Pero la obligación del asegurador subsiste en su mismo estado. Al clasificar el contrato se analizó su atributo de indivisibilidad o unidad en el tiempo. De ahí que su cesión no entrañe nueva relación contractual entre el asegurador y el cesionario o segundo asegurado ni, por consiguiente, extinción de los compromisos de uno y de otro y nacimiento de nuevos deberes.

Esta es, aproximadamente, la distinción entre la cesión del seguro y la novación, institución jurídica no contemplada en el ordenamiento legal del contrato, objeto de estudio, diferencia que es interesante formular porque, y así se anota adelante, el asegurado original transmite el contrato al adquirente con todas sus virtudes y defectos, lo que no ocurriría en el segundo caso.

También hay que distinguir la cesión del seguro de la de créditos que regula el derecho común y que constituye un contrato entre el acreedor cedente y el cesionario, notificado al deudor y aceptado por éste a fin de que surta efectos contra el mismo y contra terceros. En cambio, aquélla se cumple por ministerio legal, sin necesidad de convención particular; la misma ley le señala un régimen específico y propio que sólo puede modificarse en sentido favorable al asegurado (arts. 1106, 1107 y 1162).

Por último, no puede confundirse con el traspaso de un instrumento negociable o, para emplear la denominación del nuevo código, de un título valor. Es tan disímil su naturaleza —una orden incondicional de pagar una suma de dinero la de éste y el pago de una indemnización supeditado al cumplimiento de una condición la de aquél— que es apenas elemental que su transferencia se gobierne de diferente manera.

## 113. INFLUENCIA DE LAS TEORIAS SUBJETIVA Y OBJETIVA

Antes de proseguir cabe recordar la ingerencia que en este asunto ejerce la concepción subjetiva u objetiva que se tenga del seguro,

porque según se considere como un contrato personal o impersonal la cesión produce distintos efectos.

Cuando se concibe bajo el primer criterio, el asegurador interviene en el cambio de asegurado por que el contrato es inherente a las personas que lo celebran y requiérese, por ello, que aquél manifieste su aquiescencia para que el seguro conserve su vigencia.

Ocurre así, por ejemplo, en los seguros de responsabilidad civil en que el asegurador considera, más que la gravedad del riesgo físico, la peligrosidad del riesgo moral que para él representa la buena o mala reputación del asegurado; en efecto, consiente o rechaza el seguro en razón de la calidad personal de quien lo solicita, por lo que es lógico que cuando la póliza va a cederse también examine esa misma condición de quien pretenda reemplazar al asegurado.

Por el contrario, cuando del seguro se tiene un concepto tan sólo objetivo, su transmisión puede verificarse sin considerar la persona del asegurador para quien resulta indiferente la sustitución del asegurado porque se argumenta que el contrato accede al bien amparado sobre el que recae el riesgo casi con exclusividad ya que muy poca participación tiene el asegurado en su realización. La póliza de transporte hace de ejemplo.

La verdad es que en la práctica el seguro se considera, de ordinario, como un contrato personal y por eso su cesión debe consultarse previamente con la entidad aseguradora, quien se reserva la facultad de aceptarla; en defecto de consulta, el adquirente se expone a perder sus derechos si en determinado plazo no comunica la adquisición.

## 114. DE COMO OPERA LA TRANSMISION EN EL CODIGO DE 1887

La legislación aún vigente se inspira en la teoría objetiva, que aparece incorporada en el art. 654 pero no llega al desconocimiento de la doctrina subjetiva, que acepta por excepción.

Con arreglo a la aludida disposición, transmitido a cualquier título, universal o singular, el objeto asegurado, el seguro continúa en provecho del adquirente, sin necesidad de cesión. Por eso ni el fallecimiento del asegurado, ni la enajenación de las cosas protegidas producen la terminación del contrato; el heredero en el primer caso y el nuevo propietario en el segundo se benefician de modo automático del seguro.

Pero esta norma, que no guarda mucho respeto por el equilibrio contractual pues no le brinda al asegurador la oportunidad de conocer desde un principio a su nuevo asegurado, está limitada por tres excepciones, dos establecidas por la misma ley y una contractual.

En primer lugar, el contrato se extingue cuando "consta evidentemente que el seguro fue consentido por el asegurador, en consideración a la persona asegurada" (art. 654).

La segunda excepción, consagrada en el art. 655, se presenta cuando el bien se transmite por título singular, es decir, cuando se sucede al asegurado en una o más especies o cuerpos ciertos o cuando se adquiere la propiedad de un determinado objeto.

En estos eventos, el asegurador puede requerir judicialmente al adquirente para que declare si desea aprovecharse del seguro y su respuesta positiva o negativa determinará la continuación o el fin del contrato respectivamente.

Mas el legislador no olvida al tradente que, no obstante haber transferido el bien, conserva algún interés en el mismo y en tal caso, el seguro continuará vigente para proteger ese interés, con independencia de la suerte que corra en relación al nuevo propietario; es la forma de seguir amparando a quien sólo enajena una cuota del objeto asegurado, al vendedor que conserva el derecho al usufructo, al tradente que adquiere la calidad de acreedor hipotecario o prendario, etc.

La última excepción, que viene a derogar prácticamente la regla de la subsistencia del contrato, se consigna en casi todas las pólizas mediante cláusula especial cuya validez resulta indiscutible dado el carácter supletorio del precepto comentado. Las partes, por pacto expreso, crean la obligación de consultar cualquier endoso de la póliza.

#### 115. EN EL CODIGO DE 1971

A pesar de que la reciente codificación concibe el seguro con un criterio marcadamente subjetivo, en ella se observan las dos tendencias doctrinales enunciadas hace poco; en efecto, cuando hay transmisión del interés o del objeto, subsiste el contrato unas veces y finaliza otras.

a) Transferencia por causa de muerte. El seguro continúa vigente. Corre en provecho de la sucesión. Así lo dispone el art. 1106 cuando

dice que "la transmisión por causa de muerte del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro, dejará subsistente el contrato a nombre del adquirente, a cuyo cargo quedará el cumplimiento de las obligaciones pendientes en el momento de la muerte del asegurado".

Pero esta continuación del contrato, que se realiza por ministerio de la ley y que no admite pacto en contrario (art. 1162), no es indefinida. Sólo opera hasta los quince días siguientes a la fecha de la sentencia aprobatoria de la partición. Si el adjudicatario quiere beneficiarse del seguro con posterioridad a dicho plazo, antes de su vencimiento debe comunicar la adquisición respectiva al asegurador. Tal comunicación prorroga el contrato y su omisión lo extingue.

Ahora, cuando el asegurador, analizada la personalidad del nuevo propietario, estima que el riesgo se ha agravado subjetivamente porque el cesionario no le infunde la misma confianza que le inspiraba el asegurado original, no permanece obligado a continuar con el contrato y puede revocarlo unilateralmente mediante la observancia del procedimiento del art. 1071, facultad que podrá ejercer en cualquier momento.

b) Transmisión por acto entre vivos. El seguro termina. Cuando el interés asegurado o la cosa a que se vincula el seguro se transfiere por cualquier acto entre vivos, se produce la extinción automática del contrato, conforme a la regla del art. 1107, inciso primero.

Aquí, al contrario de lo que sucede cuando el bien se transmite por causa de muerte, se asigna un carácter subjetivo al contrato porque existe el supuesto de que las partes consintieron en atención a sus calidades personales recíprocas.

La extinción obliga al asegurador a devolver la parte de la prima no devengada, según el inciso 2º del citado artículo que de este modo corrige una situación inequitativa de la legislación anterior cuyo art. 655, último inciso, favorece arbitrariamente al asegurador con la totalidad de la prima de un contrato que finaliza antes del término acordado. Cualquier pacto que tienda a suprimir el derecho del asegurado a reclamar la prima no causada carece de validez pues el precepto que lo consagra no puede modificarse contractualmente sino en favor del asegurado (art. 1162).

La norma del art. 1107 no es absoluta. Si el asegurado vende o dona, por ejemplo, una cuota del bien o si enajena la propiedad pero conserva otro derecho sobre la misma como el de usufructo o si el pago

del precio o parte del mismo se garantiza con hipoteca y, en general, cuando en cabeza suya subsiste algún interés asegurable, el contrato, lejos de extinguirse, continúa en vigor hasta concurrencia de tal interés, vale decir, en la medida necesaria para protegerlo, "siempre que el asegurado informe de esta circunstancia al asegurador dentro de los diez días siguientes a la fecha de la transferencia".

Igualmente ha de anotarse que la voluntad del asegurador puede prevalecer sobre la del legislador, de conformidad al último inciso de la disposición mencionada: "El consentimiento expreso del asegurador, genérica o específicamente otorgado, dejará sin efectos la extinción del contrato a que se refiere el inciso primero de este artículo".

#### 116. LA CESION DE LOS SEGUROS PATRIMONIALES

Los textos antes comentados son de aplicación a los seguros reales y patrimoniales. Se refieren a "la cosa a que esté vinculado el seguro" y también al "interés asegurado".

La nueva legislación supera, en este punto, a la anterior, que únicamente regula la continuación de los seguros reales en caso de transmisión de "la propiedad de la cosa asegurada".

En esta expresión se fundamenta la opinión de algunos de que la subsistencia automática de la protección, prevista en el código aún vigente, no opera respecto del seguro patrimonial. Cuando se desea que éste siga corriendo en beneficio del adquirente se requiere que el asegurador manifieste su consentimiento. No es, pues, automática la cesión de dicho seguro.

El siguiente ejemplo, propuesto por el doctor Ossa Gómez (Ob. Cit., pag. 382), quien participa de la última tesis, la explica con máxima claridad: En el seguro de responsabilidad por los daños que ocasiona el vehículo (seguro patrimonial), el riesgo no amenaza al vehículo mismo sino al patrimonio de su dueño. Por ello no se concibe que el seguro acceda a una cosa que no es su objeto y que por lo tanto conserve su vigor cuando aquélla cambia de propietario.

No obstante este autorizado punto de vista, puede plantearse uno contrario; en efecto los seguros reales y patrimoniales presentan una naturaleza jurídica muy similar. Los dos son seguros de daños. Si los

primeros subsisten en favor del adquirente del bien protegido, sin necesidad de cesión expresa, por qué no predicar lo mismo de los segundos mediante la aplicación analógica de la disposición del art. 654, reconocida en el art. 1º del código de 1887?

Si a la expedición de esta obra los seguros patrimoniales se hubieren conocido en nuestro medio, la lógica hace suponer que, dada la similitud jurídica anotada, el legislador hubiera extendido a ellos la norma del aludido art. 654.

No es ésta la solución que al problema ha dado la nueva legislación, que no distingue entre unos y otros seguros y en virtud de la cual ambos subsisten cuando la cosa protegida (seguro real) y el interés asegurado (seguro patrimonial) se transmite a la muerte del causante, y ambos se extinguen cuando la transferencia tiene lugar por acto entre vivos?

#### 117. LA CESION EN LOS SEGUROS PERSONALES

El significado que a la cesión del seguro se ha atribuido antes —sustitución del asegurado— supone que haya transferencia del objeto o del interés al patrimonio de otra persona. Los textos de los artículos 1106 y 1107 respaldan la afirmación.

En los seguros personales los bienes protegidos —la vida, su duración y la integridad corporal— no son transferibles a un tercero. De ahí que las normas examinadas no tengan cabida en esta clase de seguros y que su cesión se entienda de manera muy diferente, nunca como cambio del asegurado pero sí como reemplazo del beneficiario y como transferencia de los derechos del seguro.

a) La constitución del beneficiario hecha a título gratuito no compromete indefinidamente al asegurado porque es un acto revocable (art. 1146), lo que no implica perjuicio patrimonial para aquél pues carece, en vida del constituyente, de todo derecho sobre las ventajas económicas del contrato (art. 1148) y tiene tan sólo una simple expectativa.

Cada vez que el tomador cambia de beneficiario cede al nuevo la esperanza de recibir el provecho pecuniario del seguro.

b) El nombramiento de beneficiario a título oneroso, verificado simultáneamente a la celebración del contrato o con posterioridad, designación que es irrevocable a menos que el beneficiario consienta en la revocación (art. 1146), hace las veces de cesión porque el nombrado adquiere derecho sobre la póliza contratada aunque no puede ejercerlo sin el consentimiento escrito del asegurado (art. 1148); cumplido este requisito, nada se opone, por ejemplo, a que a su turno ceda su derecho para respaldar el pago de una obligación o compensar un servicio o a que designe sus propios beneficiarios.

c) Cuando el asegurado endosa la póliza para garantizar el cumplimiento de una obligación no hace más que ceder el seguro a su acreedor, quien adquiere el carácter de beneficiario.

Esta cesión comprende las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del seguro (art. 895). Cuando la deuda garantizada con la póliza se hace exigible, el acreedor beneficiario está facultado para reclamar directamente del asegurador el valor del rescate hasta concurrencia de su crédito (art. 1147) y solicitar, en calidad de anticipos, préstamos en la forma y cuantía estipuladas en el contrato, derecho no previsto en disposición especial pero derivado de la norma del referido art. 895.

El simple cambio de beneficiario constituye un acto unilateral porque "sólo requerirá ser oportunamente notificado por escrito al asegurador" según términos del inciso 2º del art. 1149.

Pero cuando se trata de una verdadera cesión del seguro, como ocurre en el último caso comentado, intervienen ambos contratantes, pues el inciso 1º hace indispensable la aceptación expresa del asegurador; ciertamente surte efectos entre el asegurado o cedente y el acreedor o cesionario desde su celebración (art. 894), mas respecto del asegurador no los produce y por ello le es inoponible cuando éste no ha expresado su consentimiento. Se busca con ello liberar al asegurador de cualquier obligación que la cesión pueda implicarle, mientras no la haya aceptado.

## 118. EFFECTOS DE LA CESION

En el numeral precedente se indican los efectos de la cesión de la póliza en los seguros personales, bien diferentes a los que surgen cuando se cede un seguro real o patrimonial y cuyo resumen es el siguiente:

a) Entre el asegurado y cesionario.

El primero pierde su calidad de tal, bien con motivo de su fallecimiento o bien cuando ha enajenado el bien asegurado y el contrato subsiste por aquiescencia del asegurador.

Dicho carácter lo adquiere el segundo. A cargo de éste quedan las obligaciones pendientes al momento de la cesión; si la prima se debe en todo o en parte, es él el llamado a satisfacerla; pasan a cabeza suya los deberes de no variar el riesgo, de prevenir el siniestro, de notificarlo, etc.

Consecuencialmente es el cesionario quien adquiere los derechos a la indemnización y al ejercicio de las respectivas acciones de cobro.

Es cierto que el tomador se desvincula del contrato cuando el asegurador asiente en su continuación en caso de transmisión por acto entre vivos del objeto o del interés, pero no significa ello que no comprometa su responsabilidad con el adquirente cesionario porque, según las normas del derecho común aquí aplicables y en razón de lo dispuesto en el art. 890, responde de la existencia del contrato al tiempo de la transmisión y de su validez (de que no se presentaba vicio de nulidad); lo que no garantiza es la solvencia presente o futura del asegurador ni el cumplimiento de las obligaciones a cargo de éste.

b) Entre asegurador y cesionario.

Este es el nuevo asegurado. De él y no del primitivo puede el asegurador exigir la satisfacción de las obligaciones contractuales y a él, llegada la oportunidad, deberá cubrirle la suma resarcitoria o el capital pactado.

Mas el seguro se transmite en el mismo estado anterior a la cesión. De ahí que el adquirente no pueda demandar más o mejores derechos que los que poseía el primer asegurado y que corra con los vicios y deficiencias del contrato.

En sentido contrario ha de decirse que los compromisos del asegurador ni se disminuyen ni se agravan frente al cesionario y que aquél está facultado para alegar contra éste, en calidad de nuevo asegurado, los factores que limitan y excluyen el pago de la indemnización y las causas de nulidad del contrato y todas las demás excepciones inherentes al mismo. Aquí halla su explicación el art. 1108 que estatuye que

en los casos de transmisión "el asegurador tendrá derecho de oponer al adquirente del seguro todas las excepciones relativas al contrato, oponibles al asegurado original".

Con anterioridad y en orden a proteger los derechos del asegurador, el art. 1051 había preceptuado que éste "podrá oponer al cesionario o endosatario las excepciones que tenga contra el tomador, asegurado o beneficiario".

c) Entre el asegurador y primer asegurado.

Por exclusión de materia y tenidas en cuenta las consideraciones precedentes, el seguro pierde toda su vigencia entre asegurador y asegurado original.

Sin embargo, ha de recordarse que el nuevo código, al reglamentar la cesión del contrato en general (arts. 887 a 896), contempla la posibilidad de que subsistan algunas relaciones en que interviene el cedente.

## CAPITULO X

### LA POLIZA COMO RECAUDO EJECUTIVO

#### 119. EN EL ORDENAMIENTO ACTUAL

Se analiza el tema primero bajo el imperio de la ley 105 de 1927 y a continuación frente a las disposiciones del nuevo estatuto mercantil.

De acuerdo con el art. 25 de dicha ley, la póliza presta mérito ejecutivo para obtener el pago de la indemnización, pero el ejercicio de la acción queda subordinado a que el asegurador no objete los comprobantes que se acompañan a la solicitud de pago, dentro de los noventa días siguientes a su presentación.

En efecto, el asegurador debe cubrir la suma indemnizable o el capital pactado, según sea la clase de seguro de que se trate, durante los noventa días posteriores a la reclamación de pago aparejada de los comprobantes que, según la póliza, sean indispensables.

Cuando transcurrido este plazo el asegurador no ha efectuado el pago, está en el deber de reconocer intereses corrientes más el 5% anual, computados desde su vencimiento, como sanción de mora, "sin perjuicio de la acción legal pertinente, que será ejecutiva". Pero cuando durante dicho término presenta reparos a los comprobantes allegados la acción pierde este carácter y únicamente es posible ejercerla por la vía ordinaria.

No obstante el silencio del legislador, ha de entenderse como objeción que enerve la acción ejecutiva motivos serios y reales y no meramente apreciaciones intrascendentes o razones aparentes.

Además las objeciones no pueden hacer referencia a la existencia o validez del contrato, sino tan sólo a los documentos presentados. La ley es clara al respecto y así ha sido interpretada por la Superintendencia Bancaria que considera que "la acción ejecutiva para demandar el pago de un seguro no desaparece cuando la compañía aseguradora hace objeciones a la validez del contrato, pues tales objeciones son verdaderas excepciones, que deberán probarse en el respectivo incidente. La limitación que para la acción ejecutiva prevé el art. 25 de la ley 105 de 1927, se refiere a la objeción que se haga a los comprobantes..." (Obr. Cit. pag. 40).

Se observa, por último, que el asegurador tiene que explicar suficientemente las causas en que basa su conducta aunque no comprobar los hechos alegados; de lo contrario la seguridad con que se quiere amparar los derechos del asegurado o del beneficiario sería ilusoria y bastaría, para invalidar el recaudo ejecutivo de la acción y obligar al reclamante a recurrir a la ordinaria, oponer reparos de escasa importancia.

## 120. EN EL NUEVO ESTATUTO

En el régimen consagrado en el nuevo código, la acción continúa siendo ejecutiva pero se establecen algunas modificaciones no sustanciales.

Conforme al art. 1053, inciso 3º, "transcurridos sesenta días contados a partir de aquel en que el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que según la póliza sean indispensables, sin que dicha reclamación sea objetada", la póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola.

La reducción del plazo de 90 a 60 días para objetar la solicitud de pago favorece obviamente al asegurado.

Las objeciones deben recaer sobre la reclamación misma y ya no simplemente sobre los comprobantes, como sucede bajo la vigencia de la comentada ley 105.

Del hecho de que el canon transcrito no mencione la sanción de intereses, no se concluye que haya sido abolida porque el texto se armoniza con el art. 1080 por el cual, vencido el plazo para el pago, el ase-

gurador reconocerá, "además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, intereses moratorios a la tasa del dieciocho por ciento anual". Esta disposición al precisar el porcentaje de intereses evita las discusiones a que podrá dar lugar la definición de lo que entiendan las partes sobre "interés igual al corriente" de que habla el régimen actual.

Confiere al asegurado el último inciso del referido art. 1080 la facultad de demandar, en lugar de intereses, "indemnización de perjuicios causados por la mora imputable a mala fe del asegurador", derecho no reconocido expresamente en la actual legislación y de manifiesta utilidad cuando los intereses no alcancen a compensar los aludidos perjuicios.

Fuera del caso analizado, también en los siguientes la póliza sirve de título ejecutivo para la acción, según lo dispone el art. 1053 en sus dos primeros incisos.

1º. "En los seguros dotales, una vez cumplido el respectivo plazo".

La póliza dotal, además de brindar protección, finalidad propia de todo seguro, permite la formación de un fondo de ahorro, a disposición del asegurado si sobrevive a la fecha o al término estipulados o de sus beneficiarios, de morir antes.

Aquél o éstos, según el evento que se presente, podrán recurrir al cobro judicial en forma ejecutiva para obtener el pronto pago cuando el asegurador no solucione su obligación ni objete la reclamación dentro de la oportunidad establecida en los arts. 1053 y 1080 ya mencionados.

2. "En los seguros de vida, en general, respecto de los valores de cesión o rescate".

Para un mejor entendimiento, se puntualiza a continuación el concepto de estos valores. A medida que aumenta la edad del asegurado, se aproximan los riesgos de muerte y de supervivencia y, consecuentemente, el costo del seguro va creciendo a diario, por lo que estrictamente habría necesidad de liquidar primas diferenciales ascendentes, con los graves inconvenientes prácticos que este procedimiento conlleva, a no ser por los sistemas ideados por la técnica actuarial que

permiten dividir la prima total que el asegurado debe pagar durante su vida o durante los años de vigencia de la póliza y distribuir en sumas iguales y periódicas, generalmente anuales. Se obtienen así lo que los expositores llaman primas niveladas.

En virtud de tal nivelación las primas son siempre del mismo valor, pero lo cierto es que el asegurado paga en los primeros períodos, además del costo de la protección, un pequeño excedente que año por año se acumula para ir compensando las insuficiencias de las primas posteriores. Esos sobrantes, o mejor, anticipos a futuras primas, van formando una reserva que el asegurador retiene como un pasivo ya que es propiedad del asegurado.

El fondo integrado así se denomina valor de rescate y de ordinario está señalado en la misma póliza a la cual se incorpora un cuadro que indica la cuantía a que asciende el rescate en cada uno de los años de vigencia del contrato.

El asegurado puede disponer del fondo después de dos años de iniciado el seguro, no antes porque el valor correspondiente al tiempo anterior se destina a cubrir los gastos hechos por el asegurador con motivo de la expedición de la póliza.

Al ejercer este derecho, se le presentan las siguientes opciones:

—Seguro Saldado. Puede convertir la reserva en prima única y total de un seguro saldado que conserva las condiciones del inicial excepto en la cantidad asegurada, que se reduce proporcionalmente al valor del rescate, es decir, el asegurado continúa protegido durante un tiempo igual al indicado en el primer contrato pero por una suma inferior a la estipulada inicialmente.

—Seguro Prorrogado. Si lo desea puede aplicar la reserva al pago de las primas insolutas para obtener la prórroga, generalmente convenida en forma automática, del contrato. En el seguro prorrogado subsiste también la protección y en la suma original pero no por el término acordado al comenzo de la póliza sino durante un plazo inferior; su vigencia se acorta a los períodos que quedan cubiertos con las primas resultantes del fondo de rescate.

—Pago en dinero. Puede reclamar su valor efectivo y es ésta la opción que interesa dentro del tema estudiado.

Si por una u otra razón el asegurado no está en capacidad de continuar vinculado al contrato o por cualquier circunstancia el seguro pierde interés para él, viene el abandono o la cesión de la póliza a favor del asegurador pero simultáneamente adquiere el derecho de solicitar la devolución de la reserva.

Cuando su petición no ha sido satisfecha tiene la facultad de hacer valer su derecho por los breves trámites del juicio ejecutivo, beneficio que le permite recibir con oportunidad el valor de cesión de su póliza.

#### 121. DEFENSA DEL MERITO EJECUTIVO DE LA POLIZA

El doctor Ossa Gómez opina que el precepto que atribuye calidad ejecutiva a la póliza es contrario "a los principios jurídicos, y carece de otro respaldo que no sea el que él mismo encierra como norma de nuestro derecho positivo" (pág. 373, Obr., cit.)

Se refiere al art. 25 de la expresada ley 105 pero su comentario vale igualmente para el art. 1053 del nuevo cuerpo normativo del comercio, texto que fundamentalmente reproduce el anterior.

Para sustentar su apreciación consigna una serie de razones, todas muy autorizadas por provenir de tan connotado expositor. En ellas encontró apoyo la comisión redactora del reciente código para proponer la supresión de la aludida norma y reconocer tan sólo por excepción la fuerza ejecutiva de la póliza.

En efecto, las siguientes líneas contienen el pensamiento de los redactores: "materia fue de importante controversia en el seno de la comisión lo relativo al mérito ejecutivo de la póliza de seguros. Teniendo en cuenta, ya no lo que ella significa como expresión de un contrato bilateral, en que la obligación condicional del asegurador forzosamente ha de aparecer subordinada al cumplimiento de las obligaciones a cargo del asegurado y a la satisfacción de sus "cargas", sino, además, que intrínsecamente carece de aquel atributo y con el propósito deliberado de disipar los equívocos judiciales a que el art. 25 de la ley 105 de 1927 ha dado origen, la comisión resolvió negar mérito ejecutivo a la póliza de seguro y a los demás documentos que la modifiquen o adicionen. Consagró, empero, con innegable acierto, dos excepciones a este principio: los seguros dotales porque, cumplido el

plazo, la póliza respectiva no ofrece duda alguna en cuanto a la exigibilidad, en cuanto a la claridad ni en cuanto a la liquidez de la obligación, y el valor de cesión en los seguros de vida, por iguales motivos”.

A pesar de que el legislador conservó con ligeras variaciones la norma actualmente imperante, es útil formular, a continuación de cada uno de los argumentos expuestos por el doctor Ossa Gómez, unos breves comentarios que conllevan como única finalidad el propósito de participar en el examen del tema.

a) Que cuando la obligación de pagar el seguro es clara e incontrovertible, no habrá asegurador que niegue el pago a trueque de soportar un gravoso interés moratorio. Pero quién impide que las partes, en un contrato de adhesión como el seguro, pacten una cláusula especial de rebaja o de eliminación de este interés? El convenio sería lícito porque no afecta norma de orden público.

Y además, quién decide si la obligación es incontrovertible? Una sola de las partes, exatadamente la deudora; no debe ser así porque lo que para ella resulta incuestionable, puede parecer disputable a la otra.

b) Que cuando la obligación no existe la empresa aseguradora propondrá objeción fundada y por tal motivo la acción ejecutiva quedará neutralizada.

Hay que distinguir. Sin duda objetará la petición del asegurado. Esto es cierto, pero ello no inmovilizará la acción porque los sistemas de defensa permanecen incólumes en el procedimiento de los juicios ejecutivos y la parálisis que inicialmente producirán las excepciones introducidas por el asegurador finalizará con las que a su turno alegue el beneficiario.

Acaso no es más grave que la neutralización, la posible ineficacia del cobro privado? Es que cuando se acude al proceso ejecutivo ya la solicitud de pago está “neutralizada” o mejor negada.

c) Que el peligro radica en la interpretación ligera o abusiva que pueda hacerse a la referida norma legal.

Tal interpretación puede presentarse pero recuérdese que en la segunda instancia de los juicios, el superior está llamado a corregir los

errores. Es esa la oportunidad para subsanar cualquier ligereza o abuso en que incurra el primer intérprete de los hechos y de las reglas de derecho.

Por qué partir de esa base, cuando la experiencia indica que son más frecuentes los aciertos que los desatinos, en las decisiones judiciales? Si debe suponerse en los funcionarios buena fe, capacitación jurídica y ánimo de acertar? Si ellos reciben la asesoría de peritos escogidos entre personas expertas en la materia?

El argumento parece dirigirse no contra la calidad ejecutiva de la acción sino contra esta misma porque en el proceso ordinario también se dan errores de interpretación, que tienen su origen en el deficiente examen que sobre el asunto debatido efectúa el fallador y no en que sus decisiones se adopten en los cortos pero suficientes términos de un procedimiento ejecutivo.

Pero, piénsese, además, qué sucedería si las interpretaciones ligeras o abusivas procedieran ya no del campo judicial sino de los mismos aseguradores, partes interesadas en el contrato, que también están sujetas a incurrir en errores al fundamentar su juicio sobre la reclamación del asegurado.

Se rompería el equilibrio contractual porque al poder decir sobre su propia obligación el asegurador estaría en posición de evidente ventaja y, por lo dicho, se desmejoraría notablemente la situación del asegurado, quien siempre tendría que ejercer la acción ordinaria para reclamar la indemnización, ante la negativa del asegurador, así la póliza, sus anexos y los comprobantes de la reclamación la configuran en una cantidad líquida de dinero.

d) Que atribuir a la póliza mérito ejecutivo pugna con la naturaleza del contrato puesto que de él se deriva una prestación eventual.

Por qué y en qué repugna que una obligación pueda exigirse coercitivamente por la vía ejecutiva?

Se dirá que se trata de una obligación condicional. Ciertamente lo es en un principio, mas al cumplirse la condición, con la realización del riesgo, adquiere la calidad de obligación pura y simple.

Por otra parte, si el asegurador no ha objetado la reclamación en el respectivo plazo, dejando de esta manera de obstaculizar la acción ejecutiva, no está reconociendo en la práctica y tácitamente que su prestación ha perdido el carácter de eventual?

e) Que la acción ejecutiva se opone a la imposibilidad de pre-establecer la cuantía de la indemnización.

Debe aclararse esta afirmación. Es evidente que resulta válida para muchos seguros de daños. No para todos porque existen seguros en que el importe de la indemnización equivale a la suma estipulada en la póliza. El art. 1755 contiene un ejemplo. También cuando no hay lugar a aplicar la regla proporcional, como ocurre en la póliza a primer riesgo autorizada en el inciso segundo del art. 1102, se facilita sobremedida determinar la cuantía de la reparación.

Cosa parecida sucede cuando se ha contratado la cláusula de reposición ( art. 1090), porque ocurrida la pérdida o deterioro no será difícil establecer el costo de reemplazo a cargo del asegurador en base a cotizaciones de firmas comerciales de reconocida seriedad.

Mas donde se observa claramente la inexistencia de la aludida imposibilidad es en los seguros de vida, en que la cantidad que recibe el beneficiario se determina con anticipación, desde el mismo momento de suscribir el contrato, pues coincide con la suma asegurada. (art. 1138), la que sólo se disminuye por deducciones de valores determinados o fácilmente determinables, como préstamos sobre la póliza e impuestos.

Se ha de agregar, por último, que la finalidad perseguida al ajercer la acción ejecutiva no consiste en fijar la cuantía de la indemnización. La acción es posterior. El asegurado la inicia cuando considera que el importe de la reparación aparece ya establecido.

Si de la reclamación no se infiere expresa y claramente dicha cantidad, el juez rechazará la demanda.

f) Que una obligación, para que pueda exigirse ejecutivamente, tiene que ser expresa, clara, actualmente exigible y si se trata de pagar una suma de dinero, consistir la obligación en una cantidad líquida.

Los anteriores son los presupuestos legales que han de concurrir para la procedencia de la acción y es de suponer que el asegurado, primer interesado en la prosperidad de sus pretensiones, los conoce o que por lo menos instaura su acción después de estimar que se cumplen tales requisitos.

Nada se opone a que ocurran casos, ciertamente pocos, en que el pago de la indemnización se demore más del plazo legal debido a diferentes circunstancias, no obstante haberse liquidado la cuantía de la indemnización.

g) Que el asegurado debe contar con "otras clases de garantías". Evidente. El proceso ejecutivo no debe ser la única, pero no hay razones demasiado firmes para excluirla.

El mayor argumento en favor de la tesis definida lo suministran los propios redactores del código cuando en la exposición de motivos reconocen sin ambages que "Materia fue de importe controversia en el seno de la comisión lo relativo al mérito ejecutivo de la póliza". No hubo, pues, entre ellos un criterio unánime para negar el recaudo ejecutivo del documento que ha venido estudiándose.

No se olvide que el tema se mira desde un ángulo jurídico. Otra cosa es que la probidad de los aseguradores colombianos lleva a considerar como innecesario e inoperante en la práctica el cobro ejecutivo.

## CAPITULO XI

### EL INTERES ASEGURABLE

#### 122. SU NECESIDAD

El asegurado debe estar realmente interesado en prevenir el riesgo o en impedir que su patrimonio sufra menoscabo con la realización de aquél. Tres razones hacen imprescindible dicho interés: diferenciar el seguro del juego y de la apuesta, evitar que el asegurado obtenga una ganancia indebida e imposibilitar que la institución sea instrumento para la ejecución de propósitos criminales.

La protección contratada por una persona a quien la ejecución del riesgo no le reporte daño patrimonial no puede considerarse como seguro y, consecuentemente, ese pacto no le sirve de fundamento para reclamar una indemnización. En tal evento se presenta un juego o una apuesta, fenómenos esencialmente diferentes al seguro porque mientras en éste se quiere conservar un bien y, en caso de siniestro, ser resarcido de los perjuicios, en aquéllos, quien los celebra se expone a perder algo y a sufrir las consecuencias de la contingencia. La diferencia entre uno y otros quedó debidamente comentada en el capítulo relativo a la definición del contrato.

El seguro de robo e incendio de un vehículo, por ejemplo, concertado por el que carece de todo interés en el automotor, brinda a su tomador, acaecido el hecho, la oportunidad de recibir un lucro, contrario a los fines reparadores del contrato. Quien así proceda no podría recurrir a la legislación comercial del seguro para reclamar su derecho.

De no existir el interés asegurable el seguro se convertiría en incentivo para la comisión de delitos contra la vida o la integridad corporal, la economía nacional, la industria y el comercio y contra el de-

recho de propiedad. Si cualquiera estuviere facultado para asegurar válidamente la vida de un tercero o una instalación fabril o un depósito de mercancías, cuya suerte le es indiferente, el ánimo de lucro podría inducirlo a convenios criminales o por lo menos despertar en él y en sus presuntos auxiliadores inconfesables propósitos de destrucción.

Resulta fácil, por lo expresado, inferir la importancia del interés asegurable. Por ser uno de sus elementos esenciales, del que el contrato recibe su objeto lícito, la falta de él hace inexistente el seguro. Así lo dispone el último inciso del art. 1045 del nuevo código. El 642 del actual, inciso final, sanciona su omisión con la nulidad absoluta del contrato.

### 123. SU DEFINICION DOCTRINAL Y LEGAL

El interés asegurable es una calidad específica del asegurado y no tiene significación diferente al derecho mismo de celebrar el contrato; quien no lo posee carece de capacidad para contratar el seguro, aunque tenga la capacidad general de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Con claridad meridiana el doctor Ossa Gómez ha elaborado una definición no sólo exacta sino aplicable a los seguros de bienes y de personas. "Puede definirse, escribe el ilustre expositor en la pá. 278 de su obra, como la relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo mismo o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular".

Acusa mayor amplitud la anterior concepción que la que Luis Benítez de Lugo (Obr. cit. Vol. I, pág. 249) atribuye al tratadista español Joaquín Garrigues, quien limita el interés a los seguros reales al afirmar que "solamente puede contratar el seguro de daños quien tenga interés en que el siniestro no se produzca por encontrarse en alguna relación económica con la cosa asegurada (interés subjetivo o concreto)".

Que el asegurado debe estar interesado en la conservación del bien es un concepto que aparece expresamente consignado en la legislación colombiana como enunciado fundamental del contrato.

El código vigente en su art. 642 exige que "tenga al tiempo del contrato un interés real en evitar los riesgos, sea en calidad de propietario,

copartícipe, fideicomisario, usufructuario, arrendatario, acreedor o administrador de bienes ajenos, sea en cualquiera otra que lo constituya interesado en la conservación del objeto asegurado".

La enumeración, lejos de ser taxativa, está concebida con un criterio meramente ilustrativo por lo que cabe afirmar que el depositario, el consignatario, el usuario, el habilitador, el nudo-propietario, el tutor, el curador, el vendedor a quien se adeuda parte del precio o en cuyo favor se estipula la cláusula de reserva de dominio o el pacto de retroventa, etc., también tienen el derecho de asegurar, en vista de la relación patrimonial frente al bien sobre el que se cierne el peligro.

Pero no sólo se da la existencia del interés asegurable cuando el riesgo amenaza bienes concretos cuya destrucción o deterioro conlleva una pérdida al titular de los mismos. También, cuando el siniestro puede acarrear un gravamen en el patrimonio del asegurado como consecuencia de la obligación de reparar los daños causados a terceras personas por hechos que comprometen su responsabilidad, conforme a las leyes del derecho general.

La conveniencia o la necesidad de que tales hechos no se realicen legitima la celebración de seguro. Es lo que acontece en los seguros de responsabilidad que pueden contratar el empresario de transportes, el fabricante de productos alimenticios, el propietario de un vehículo y en general, toda persona que en desarrollo de una actividad pueda causar daños indemnizables a otros.

Se explica, entonces, que la norma transcrita, que hace referencia únicamente a los seguros reales como se desprende de su propio texto, haya sido ampliada a toda clase de seguros de daños por la reciente legislación cuyo art. 1083 dispone que "tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo".

Ambas codificaciones consagran normas concernientes al interés en los seguros de personas, distintas a las anteriores, como se verá en este mismo capítulo.

### 124. CARACTERISTICAS

a) Debe recaer sobre cosas corporales o incorporeales estimables en dinero.

Para que un interés adquiriera la categoría de asegurable ha de reunir varios requisitos; el primero de ellos el enunciado en el título precedente.

Es de evidencia que debe versar sobre cosas en sentido jurídico, es decir, susceptibles de ser objeto de derechos. Aquellas respecto a las cuales no se tiene la facultad de ejercer algún derecho, no son asegurables. De ahí que v. gr. no sería válido un seguro para proteger un astro contra el riesgo de la luz solar o para garantizar la integridad del mar o la pureza del aire.

Puede tratarse de cosas corporales, como una obra de arte o un edificio, o incorporables, o sea, las que consisten en los derechos que se ejercen sobre las primeras. Además tales cosas deben ser susceptibles de estimación en dinero (art. 646 del código actual e inciso 2º del art. 1083 del nuevo).

La valoración económica del interés asegurable es fundamental para determinar el seguro adecuado que es el ideal para contratar una completa cobertura y, evitar, por ello, las desventajas del infraseguro y del sobreseguro.

En los seguros reales siempre resulta posible apreciarlo pecuniariamente por anticipado. También en los seguros patrimoniales cuando la responsabilidad del asegurado se limita al valor de un objeto determinado como acaece al arrendatario que se obliga a responder por el mantenimiento del bien que ocupa. En los demás casos esta clase de seguro no admite establecer al momento de contratar el quebranto económico que experimentará el asegurado a la realización del riesgo cubierto. De ahí que los contratantes estipulen libremente la suma asegurada, lo que no significa que la indemnización también sea libre porque ella se medirá por el límite de la obligación del asegurador, esto es, por el monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado.

Al explicar las reglas que regulan la cuantía del importe indemnizador se comenta la importancia del valor que se asigna al interés o al objeto asegurable. A fin de no incurrir en repetición, se remite a dicho estudio.

Como conclusión obligada de este requisito, quedan excluidos de la protección del seguro los derechos extrapatrimoniales como los morales, religiosos, políticos y sociales.

## 125. b) LICITUD DEL INTERES

La relación del asegurado sobre el bien o el derecho protegidos debe ser lícita. Cuando el uno o el otro, debido a las condiciones legales en que se encuentra, no puede ser materia de una sana especulación, tampoco puede ser asunto asegurable.

Por esta razón no produce los efectos del seguro el contrato celebrado para amparar el derecho que se pretende adquirir sobre un objeto hurtado o robado o introducido clandestinamente ni para proteger el objeto mismo ni para cubrir contra cualquier riesgo mercancías tales como estupefacientes y narcóticos, armas y municiones, objetos de monopolio estatal, etc., que se mantengan o posean sin las respectivas licencias oficiales, ni para asegurar el ejercicio de industrias o profesiones prohibidas por la ley o contrarias al orden público o la moral.

El seguro no ampara bienes de ilícito comercio conforme al numeral 2º del art. 646 del código vigente e inciso 2º del art. 1084 del nuevo ordenamiento.

## 126. c) DEBE EXISTIR PERMANENTEMENTE

El interés ha de existir en todo momento, desde que el asegurador asume el riesgo.

La desaparición del interés, como ocurre cuando el acreedor hipotecario recibe el pago de la deuda garantizada con seguro o cuando se destruye la cosa por hecho diferente a la protección contratada, extingue el seguro. Los arts. 1086 y 1109 así lo prescriben.

El código vigente contiene dos reglas al respecto. Al tenor de los arts. 642 y 646, se requiere que el derecho a asegurar y las cosas que se van a proteger existan "al tiempo del contrato" (primera), "o que en la época en que principien a correr los riesgos por cuenta del asegurador tengan un valor estimable en dinero" (segunda).

No exigen, por lo menos es lo que se infiere de una estricta lectura del texto, que el interés se mantenga durante la vigencia del contrato y hasta el día del siniestro, pero tal interpretación repugna abiertamente con la naturaleza del seguro y no resiste el más leve análisis porque si desaparece ya es indiferente al asegurado la conservación del bien, condición fundamental para la subsistencia del contrato.

## 127. EXCEPCIONES AL ANTERIOR PRINCIPIO

La norma en virtud de la cual las ganancias o beneficios esperados no son objeto del seguro (art. 646, numeral 1º) ha dado lugar en el país a discutir la legalidad del amparo de lucro cesante, frente al derecho positivo ya que en la doctrina y en la práctica comercial se considera válido y necesario. Pero el debate ha perdido toda su trascendencia a raíz de la expedición del nuevo estatuto en donde se autoriza la indemnización de las utilidades dejadas de percibir por causa de siniestro, cuando su protección se conviene expresamente (art. 1088).

Hay otras excepciones que permiten asegurar personas y objetos inexistentes a la celebración del contrato o respecto a los que no se tiene ningún interés en la fecha en que el asegurador asume el riesgo.

Sucede así en las pólizas flotantes autorizadas por el art. 1050, en que solamente se determina desde un principio la calidad o el género de los intereses asegurados y se dejan, para ser incluídos en posteriores declaraciones, los datos necesarios para su individualización, a medida que el contrato se va desarrollando mediante ingresos y retiros de personas u objetos de la misma clase.

Este punto quedó ampliado con los comentarios hechos al tratar acerca de las pólizas de declaraciones periódicas utilizadas en los seguros de manejo, de incendio y de transportes.

En relación al seguro de transporte, el art. 1122 reitera que en la suma asegurada se entenderá incluído, además del costo de las mercancías (factor existente al contratar), el lucro cesante (elemento futuro), si así se hubiere convenido.

Otra modificación introducida al principio de que el interés debe darse en todo momento (art. 1086) hace referencia a los seguros de establecimientos de comercio y de menaje de una casa. Con apoyo en el art. 1085, equivalente al 648 del código vigente, los almacenes, bazares, tiendas, fábricas y en general instalaciones industriales, los cargamentos terrestres y marítimos como también el conjunto de muebles y enseres de una casa pueden ser asegurados sin designar específicamente los objetos contenidos en el respectivo local o vivienda.

En virtud de esta disposición se amparan bienes que al perfeccionarse el contrato no existen o sobre los cuales el asegurado no tiene un

interés actual en su conservación. Solamente con posterioridad y gracias a operaciones mercantiles ingresan a su establecimiento o a su casa de habitación.

La razón de ser de esta excepción radica, en el primer caso, en la dificultad de llevar el registro singularizado de productos y mercancías que se renuevan diaria o frecuentemente y, en el segundo, en el conocimiento que se tiene acerca del precio de los enseres más utilizados en una casa porque, tratándose de ciertos bienes de posesión menos común y de apreciable valor económico como alhajas, cuadros de familia, colecciones, objetos de arte u otros análogos, sí se precisa como obligatoria su particularización al momento de celebrarse el seguro y también al realizarse el riesgo.

Pero en ambas modalidades, el asegurado debe, al tiempo del siniestro, comprobar la existencia y el valor de los objetos cubiertos en la forma anotada (último inciso del art. 1085), con el fin de salvaguardar el carácter indemnizatorio del seguro y, de consiguiente, poder establecer el monto efectivo de los daños sufridos.

Opina el autor del presente trabajo que por la aplicación analógica de la norma que se comenta, que al tenor de las respectivas disposiciones de ambos códigos se cataloga como fuente de derecho comercial, son válidos los seguros sobre edificios y muebles en ellos contenidos, concertados de manera similar, ésto es, sin designación específica de los últimos.

El seguro de cosechas, autorizado expresamente por el código de 1887 y mediante el cual se protegen no sólo las plantaciones hechas sino las por hacer y los frutos que han de producir, es otro contrato en que la existencia del interés se exige únicamente al producirse el riesgo.

## 128. c) DEBE ESTAR AMENAZADO POR EL RIESGO

Que el interés se encuentre en peligro de destrucción o de deterioro por el riesgo asegurado en la póliza y no por uno diferente, constituye apenas un corolario de la regla consignada en el art. 1083, la que dispone que únicamente la persona cuyo patrimonio puede afectarse por la realización del riesgo tiene un interés asegurable.

La legislación imperante (art. 646) exige que las cosas corporales o incorporales "se hallen expuestas a perderse por el riesgo que tome

sobre sí el asegurador" y, en desarrollo de este enunciado, agrega que no son materia de seguro "las cosas íntegramente aseguradas, a no ser que el último seguro se refiera a un tiempo diverso o a riesgos de distinta naturaleza de los que comprenda el anterior" como tampoco "las cosas que han corrido ya el riesgo, háyanse salvado o perecido en él".

#### 129. INTERES ASEGURABLE EN LOS SEGUROS PERSONALES SEGUN EL CODIGO VIGENTE

En esta clase de seguros, para que el interés ofrezca asegurabilidad, no se requieren las mismas exigencias anteriores. Su concepto es muy simple, tal como se desprende de los arts. 693 y siguientes.

La vida de una persona puede asegurarse libremente por ella misma. También por un tercero que tenga un interés actual, es decir, existente en la fecha del contrato, y efectivo, o sea, real y serio en la conservación de la persona asegurada, tanto en su existencia (seguro de vida) como en su integridad corporal (seguro de accidentes y enfermedades), interés que generalmente proviene, según interpretación dada al texto legal, de razones de parentesco o de vínculos patrimoniales. Así, por ejemplo, un cónyuge asegura al otro, los padres a sus hijos, éstos a sus progenitores y el acreedor la vida de su deudor.

De lo dicho se colige que en el seguro de un tercero no se exige el consentimiento ni siquiera el conocimiento de la persona cuya vida se asegura, afirmación que ratifica el art. 694. No significa ello, sin embargo, que cualquiera puede asegurar la vida de otra persona porque el contrato se convertiría en un instrumento de codicia y de crimen, que es exactamente lo que debe evitarse. En todos los casos hácese imprescindible la existencia de un interés, concedido aquí como la facultad nacida de vínculos familiares, laborales o económicos, que se tiene respecto del tercero asegurado.

Se ha sostenido que el código, al tratar del interés en los seguros de personas, se refiere tan sólo al seguro de vida, título con que denomina la segunda sección del Capítulo 2º del Título 8º.

Tal tesis es correcta si se considera que en la época de su expedición las actividades industriales eran muy reducidas y por tanto pocos los accidentes que atentaban no contra la vida misma sino contra la capacidad productiva de las personas.

Mas con un criterio de amplitud, respaldado por las finalidades propias del seguro e impuesto por los numerosos riesgos del mundo contemporáneo de los negocios, no parece equivocado encontrar en la legislación del año 87 el respaldo jurídico de los seguros de accidente.

En efecto, la concepción que del derecho legítimo para asegurar trae el art. 693 se basa en el interés para conservar la vida de un tercero, conservación que debe entenderse en todas sus formas, total y parcial. El texto no distingue ni limita. Y es evidente que el interés de mantener la vida, la propia o la ajena, se ampara íntegramente cuando el riesgo que se traslada al asegurador es el de la muerte o el de la supervivencia y parcialmente cuando el seguro cubre el riesgo de incapacidad, el cual conlleva el efecto de disminuir la salud del asegurado y sus poderes de creación y producción.

#### 130. CONFORME AL NUEVO CODIGO

La legislación recientemente promulgada incorpora una nueva noción de interés, en beneficio del asegurado porque sin la voluntad expresa de éste, el seguro carece de validez.

Con arreglo al art. 1137, el seguro puede contratarse por una persona sobre su propia vida; hasta aquí ninguna modificación se introduce al régimen actual. También sobre la de las personas a quienes legalmente pueda reclamarse alimentos y sobre la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueda aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta.

El precepto indica, en su última parte, una mayor precisión que su equivalente del código aún vigente, al señalar expresamente los límites dentro de los que se mueve el interés asegurable. Únicamente dos grupos de personas poseen el derecho de asegurar la vida de un tercero: a) los alimentos respecto a la vida de sus posibles alimentantes, calidades que deben determinarse de conformidad a las reglas del derecho común y b) quienes puedan derivar un daño patrimonial del fallecimiento o incapacidad del asegurado. De lo contrario la vida del tercero no ofrece condición de asegurabilidad para el suscriptor del contrato. Le es totalmente extraña.

Pero la aludida disposición exige algo más y es el consentimiento del asegurado, comunicado por escrito, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario.

De esta manera se brinda al tercero la oportunidad de consentir el seguro, y, por lo tanto, de aceptarlo cuando solamente considere que su vida no corre peligro frente a la conducta del tomador.

No es que el consenso del asegurado sustituya el interés. Ambos han de concurrir. A falta de uno el contrato no produce efecto y el asegurador está obligado siempre a restituir la prima, deducido el importe de los gastos cuando ha actuado de buena fe (último inciso del art. 1137).

Conclusión igual a la presente se impone cuando se suscribe un seguro sobre la vida de quien es absolutamente incapaz (misma disposición), como los dementes, los impúberes y los sordo-mudos que no pueden darse a entender por escrito. La razón es muy lógica pues carecen de capacidad legal para emitir válidamente su consentimiento y ya se dijo que la ausencia de éste equivale a la del interés asegurable.

Conviene recordar que el texto que se comenta acepta el consentimiento de los menores adultos dado personalmente por los mismos y no por conducto de sus representantes legales.

La aceptación del tercero no es requisito común y fundamental de todos los seguros de vida. El proceso lo prevé para los seguros individuales. De ahí que debe reconocerse la validez de los seguros colectivos o de grupo que celebren los patronos sobre la vida de sus trabajadores, aún sin consentimiento o noticia de éstos.

Ha de decirse, por último, que la cuantía del derecho asegurable en los seguros personales se gobierna por reglas diferentes a las de los seguros de daños.

En ellos el interés no es susceptible de una apreciación en dinero. Debido a su peculiar naturaleza, el principio indemnizatorio les es indiferente como oportunamente se analiza. Por esta razón ambos códigos en sus arts. 701 y 1138 en su orden dejan a la libertad de los contratantes, de ordinario del asegurado, dicha estimación económica, salvo en determinados seguros de accidentes en que previamente se estipula una suma como importe del posible daño.

Los textos de las citadas disposiciones dicen respectivamente que "la fijación de la cantidad asegurada, y todas las condiciones accidentales del contrato, quedan al arbitrio de las partes" y que "en los seguros de personas el valor del interés no tendrá otro límite que el que libremente le asignen las partes contratantes... salvo en cuanto al perjuicio a que se refiere el ordinal tercero del artículo 1137 sea susceptible de evaluación cierta", como sucede en los amparos de gastos médicos clínicos, quirúrgicos o farmacéuticos.

## CAPITULO XII

### EL RIESGO ASEGURABLE

#### 131. SU NECESIDAD.

Hácese indispensable que el asegurado esté amenazado por un riesgo sobre su vida o su integridad personal o sobre la existencia de una tercera persona en cuya conservación tenga interés legítimo o sobre su patrimonio o un determinado bien.

Cuando la persona puede mirar con indiferencia un riesgo, porque no le implica ningún peligro, es evidente que carece de interés en evitarlo y, por lo tanto, de asegurarse contra él.

Si en tal supuesto se le reconociere la facultad de celebrar el contrato, el asegurado sustituiría su calidad por la del jugador o el apostador y podría, mediante el pago de una pequeña cantidad de dinero representada en la prima, someterse a los efectos del juego y, consiguientemente, perder esta suma en caso de que el riesgo no se materializara u obtener del asegurador, de efectuarse el otro extremo, un beneficio enteramente distinto a una reparación porque la realización del hecho contemplado en la póliza no conllevaría para él ningún perjuicio.

Pero, además, podría presentarse una situación enmarcada por los perfiles del delito; la ambición de alcanzar un provecho de orden patrimonial lo conduciría fácilmente a provocar, por sí o por terceros, el siniestro y entonces el seguro no sería más que una institución propicia para fomentar la inseguridad de la vida y el derecho ajenos.

Conviene agregar que las mismas razones que en capítulo anterior se consignaron para justificar el interés asegurable se dan para con-

siderar el riesgo como uno de los enunciados necesarios del contrato y para no caer en redundancia se omite aquí su reproducción.

### 132. CONCEPTO GENERAL Y DEFINICIONES DOCTRINARIAS

No hay ser humano exento de la amenaza del riesgo en sus distintas manifestaciones. El hombre jamás ha conocido la seguridad absoluta. Desde su nacimiento gravitan sobre él una serie de necesidades y de hechos inciertos y perjudiciales que quisiera eliminar. La duración de la vida está determinada por el signo de la eventualidad. Su propia existencia y la de sus allegados cargan con los riesgos de enfermedad y accidentes.

Sus bienes tampoco escapan de los efectos destructores de las fuerzas del azar y de la acción maligna de terceros. Sobre ellos pesa constante la posibilidad de una pérdida o de un deterioro

Vida y hacienda, pues, se mueven continuamente por caminos de incertidumbre. Pero el instinto de conservación, innato en la naturaleza humana, y las múltiples facetas positivas y agradables de la existencia han impulsado la inteligencia del hombre a buscar la seguridad y a concebir, de consiguiente, sistemas de prevención de siniestros y de compensación económica de los daños.

No es otro el origen del seguro, que en verdad no elimina ni disminuye los riesgos pero sí protege contra los mismos, transfiriendo los daños ocasionados por su realización a otra persona de capacidad financiera suficientemente sólida para soportarlos.

El criterio objetivo, empleado en la práctica comercial, suele confundir el riesgo con el sujeto pasivo de sus posibles efectos dañinos, es decir, con la persona o el bien mismo. Un hombre en edad senil es un mal riesgo. Lo mismo un inmueble vecino a un expendio de gasolina. Pero los conceptos no se identifican. En su aceptación jurídica el riesgo aparece como una noción abstracta de peligro, diferente del objeto físico amenazado.

“La incertidumbre del acontecimiento de una contingencia desfavorable ha sido llamado riesgo. Más sencillamente, desde el punto de vista del seguro, el riesgo está presente cuando existe la posibilidad de una pérdida”, anota John H. Magee (Obr. cit. tomo I, pág. 119).

Para Luis Benítez de Lugo “El riesgo, como causa lícita en el seguro de daños, representa para el asegurado el interés en la conservación de la cosa objeto del contrato y el deseo de prever las consecuencias inevitables de un peligro determinado.

Para el asegurador significa la garantía que presta, el resultado más o menos favorable de las responsabilidades que contrae y el grado de probabilidad o intensidad del daño”

“Se conoce, además, por riesgo el acontecimiento fortuito, todavía, no realizado, el peligro que presente un objeto designado especialmente y también el máximo de perjuicio garantizado que puede producir un solo y mismo siniestro. En este lugar lo consideramos, en su acepción técnica, como el valor actual de un daño posible en una unidad de tiempo determinada” (obra cit. Vol. I, págs. 280 y 281).

Este connotado tratadista da al lector la oportunidad de conocer las definiciones de otros autores:

Planiol y Ripert conciben el riesgo como “la eventualidad del suceso cuya realización ha de obligar al asegurador a efectuar la prestación que le corresponde”.

Para Halperin es “la eventualidad que hace nacer una necesidad” y para Garrigues, “la posibilidad de que por azar ocurra un hecho que produzca una necesidad patrimonial”.

Picard y Besson, en quienes se ha inspirado recientemente el legislador patrio, lo entienden como “un acontecimiento incierto que no depende exclusivamente de la voluntad de las partes”.

### 133. CLASIFICACION DEL RIESGO

El profesor Magee, antes citado, afirma en la página 121 de su libro que las incertidumbres con que se enfrenta el hombre ordinariamente se dividen en tres clases.

La primera, corrientemente llamada personal, se refiere a la muerte, al tiempo de su acaecimiento y a la disminución de la capacidad en virtud de un accidente, de una enfermedad o de la vejez.

La segunda clase de riesgo surge de la destrucción de la propiedad. El fuego, el rayo, el huracán, la inundación y otras fuerzas na-

turales representan permanentes amenazas de pérdida. De las catástrofes, continúa el aludido autor, se derivan perjuicios consecuentes, tal como la pérdida de una renta a consecuencia de la destrucción del bien que la produce.

El riesgo, en su tercera clase, es el ocasionado por la ley de la responsabilidad: siempre que un individuo es legalmente responsable de las lesiones de otro, como sucede en los accidentes cuando el conductor de un vehículo por negligencia daña a un peatón o cuando una persona resulta lesionada por deficiente funcionamiento de un ascensor, hay un riesgo que se denomina riesgo de tercero.

La anterior división, que sirve para distinguir los seguros personales, reales y patrimoniales, es la que interesa en el análisis del aspecto jurídico del riesgo. Otras clasificaciones, como la que lo cataloga en estacionado, progresivo y decreciente y en elemental, compuesto y complejo, ofrecen utilidad en el estudio técnico y matemático del seguro, extraño a este trabajo.

#### 134. EL RIESGO EN EL DERECHO COLOMBIANO

Distintas concepciones acerca del riesgo consagran los dos últimos códigos de comercio del país pero ambos son consecuentes con las orientaciones doctrinales predominantes en el momento de su expedición

Si bien es cierto que el estatuto del 87 estableció la protección únicamente contra los acontecimientos enteramente fortuitos y sólo por excepción para sucesos en que la voluntad del asegurado coopera en la realización del siniestro, no lo es menos que esa era, en el siglo pasado, época para la cual se legislaba, la corriente jurídica más generalizada sobre la noción de riesgo asegurable.

Cuando el derecho de seguros evolucionó con una rapidez casi vertiginosa, los cánones legislativos, considerados como la expresión del pensamiento reinante al tiempo de su promulgación, quedaron a la zaga, particularmente frente a la especulación de tipo doctrinario y jurisprudencial que del riesgo afloró en las primeras décadas de la actual centuria en Francia, Italia y Alemania, en virtud de la cual no sólo los casos íntegramente fortuitos sino además los hechos culposos del asegurado, con algunas excepciones, son susceptibles de asegurarse, teoría que se extendió en pocos años a otras naciones entre ellas Colombia, donde acaba de recibir consagración legal.

Fue el doctor J. Efrén Ossa Gómez quien, con singular brillo intelectual y admirable precisión conceptual, la explicó por primera vez en el país el 26 de abril de 1954 en conferencia dictada en la Biblioteca Nacional, cuyo extracto corre publicado en su obra "Tratado Elemental de Seguros".

Ciertamente hubo retraso de varios años en adoptar legislativamente la nueva doctrina que recoge toda una realidad social, difícil de rechazar en la actualidad. De ahí la pugnacidad que se ha presentado entre la necesidad de admitir algunas modalidades de seguros y los preceptos de la antigua codificación que ponen en tela de juicio su legalidad; así ha sucedido respecto del seguro de responsabilidad civil que implica un amparo de la culpa del asegurado. Por fortuna el nuevo cuerpo normativo ha sabido incorporar en sus preceptos el moderno significado del riesgo asegurable.

Resulta útil señalar mejor las diferencias que en este punto ofrecen ambas legislaciones. Su estudio separado permite apreciarlas en forma más clara.

#### 135. EN EL CODIGO DE 1887. SU DEFINICION

El artículo 635, inciso 2º, describe el riesgo como "la eventualidad de todo caso fortuito, que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados".

La definición, además de incompleta porque se refiere con exclusividad a los seguros reales, es limitada pues reduce sobremanera la asegurabilidad del riesgo.

Únicamente los perjuicios provenientes de casos fortuitos o de fuerza mayor, conceptos que para la ley colombiana son sinónimos, quedan cobijados con la protección del seguro. Se excluyen los acontecimientos diferentes al fuego, la tempestad, el naufragio, el terremoto y otros parecidos.

No es fácil hoy por hoy aceptar que el concepto legal de riesgo no incluya el seguro de los hechos en cuya producción interviene, además de un factor extraño, la voluntad del asegurado o del beneficiario, fundamento de muchos seguros contemporáneos.

La comisión redactora censura la definición transcrita. En la exposición de motivos deja correr su pensamiento así: "El actual código de comercio presenta una definición realmente anacrónica. Si no fuera porque ha habido en el país cierta tolerancia consciente o inconsciente por parte de los organismos que tiene a su cargo la supervigilancia de las compañías de seguros, a esta hora no habríamos superado la etapa de los seguros de incendio o de naufragio o de los amparos contra los riesgos catastróficos. Porque además constituye serio obstáculo al progreso del seguro el precepto consignado en el art. 676, que en nuestro proyecto aparece implícita o explícitamente derogado". Se refiere la comisión, al citar esta disposición, a los seguros contra el hecho personal del asegurado o el ajeno que afecte civilmente su responsabilidad.

Conviene apuntar de una vez que la nueva legislación no ha derogado el concepto de riesgo asegurable consignado en el aludido art. 635. Simplemente lo ha ampliado a otros hechos, como se verá, por lo cual se justifica plenamente continuar en su análisis.

### 136. CARACTERISTICAS DEL RIESGO ASEGURABLE

A la luz de la codificación vigente un riesgo es asegurable cuando reúne las siguientes calidades:

a) *Eventual*. El riesgo es un acaecer incierto pero posible. Está sujeto a una contingencia. De modo que los sucesos ciertos y pasados no constituyen riesgo como tampoco los imposibles. Ni unos ni otros representan un peligro actual.

b) *Imprevisto*. Equivale a fortuito. La persona cuya conducta exterior se ajusta a una correcta y prudente manera de obrar no puede preverlo.

c) *Irresistible*. Insuperable. Invencible. "No es posible resistir", es frase empleada por el art. 1º de la ley 95 de 1890 al definir la fuerza mayor o caso fortuito.

d) *Perjudicial*. El riesgo es la expresión de un peligro. Su realización produce destrucción o deterioro.

El art. 646 impone esta condición al exigir que los objetos "se hallen expuestos a perderse por el riesgo".

e) *Causal*. Según el art. 660 el asegurador puede asumir "los riesgos a que está expuesta la cosa asegurada". Debe existir, pues, una relación de causalidad a fin de que el daño tenga su origen en la realización del riesgo específicamente cubierto. Así en el seguro de incendio no habrá indemnización cuando el bien se destruye por terremoto.

El art. 663 establece la presunción legal de nexo causal entre el riesgo y el daño producido. "El siniestro se presume ocurrido por caso fortuito; pero el asegurador puede acreditar que ha sido causado por un accidente que no lo constituye responsable de sus consecuencias".

f) *Temporal*. De ordinario el riesgo no se asume de modo indefinido sino por períodos anuales, renovables contractualmente. El tiempo durante el cual lo toma sobre sí el asegurador define la vigencia del contrato.

Se dan dos excepciones legales. En el seguro de vida, dice el art. 695, el contrato puede ser temporal o vitalicio y omitido el período de duración se reputa vitalicio, norma que por analogía es aplicable al seguro de accidentes.

En el de transporte influye más el trayecto del viaje que un determinado lapso de tiempo porque los riesgos principian a correr desde que la mercancía queda a disposición del porteador y de sus dependientes y concluyen con la entrega a contento del consignatario (art. 721).

### 137. RIESGO OBJETIVO Y SUBJETIVO

Se entiende por el primero el que físicamente es incierto pero posible, o sea, que puede ser apreciado mediante el análisis de factores externos. Si un vehículo permanece en la noche estacionado en vía carente de vigilancia o en sitio relativamente despoblado o habitado por personas con registros judiciales contra la propiedad, es evidente que este conjunto de circunstancias configura el riesgo de robo.

Por el contrario, el riesgo subjetivo está constituido por un acontecimiento pasado, externamente cierto pero cuya realización se ignora y, por ello, aparece posible e incierto en el pensamiento de la persona. No se caracteriza por una incertidumbre material pero sí por una orden mental.

Se conoce también con el nombre de retroactivo para llamar la atención de que se trata de un suceso ocurrido con anterioridad al momento en que se analiza.

Otra denominación suya es la de riesgo moral pero bajo estos términos ofrece el sentido de un hecho que todavía no ha sucedido pero cuya frecuencia en realizarse y cuyo grado de peligrosidad penden en gran parte del buen o mal comportamiento individual y social del asegurado, de sus cualidades morales e intelectuales, en una palabra de su personalidad. La conducta de un hombre negligente y temerario puede constituir no pocas veces factor determinante en la producción del riesgo; en cambio quien en la vida social actúa de ordinario con prudencia y cuidado contribuye a la prevención del siniestro.

### 138. EL OBJETIVO ES ASEGURABLE

La distinción que precede tiene una importancia muy significativa porque en el actual régimen legal son asegurables las cosas con tal de que "se hallen expuestas a perderse por el riesgo" (art. 646), vale decir, por el caso fortuito eventual según concepto legal que de aquél da el art. 635.

Se infiere fácilmente de los textos citados que sólo los hechos fortuitos futuros, objetivamente inciertos pero posibles, constituyen riesgo asegurable. En la actualidad únicamente puede asegurarse el riesgo objetivo.

Esta conclusión encuentra otros fundamentos de orden legal; primero en el numeral 4º del referido art. 646 que prohíbe el seguro de "Las cosas que han corrido ya el riesgo, háyanse salvado o perecido en él" y, segundo, en el art. 690 que ordena tener "como no celebrado" el seguro del riesgo cumplido.

En tales eventos el riesgo ha perdido sus características de incertidumbre y posibilidad y antes se expresó que el hecho cierto e imposible carece de asegurabilidad.

### 139. INASEGURABILIDAD DEL RIESGO SUBJETIVO

Consecuente con el principio de objetividad, la legislación rechaza el seguro del riesgo putativo, entendido como un acontecimiento realizado pero intelectualmente incierto y posible.

Es éste el ordenamiento en el art. 690 gracias al cual cuando el riesgo ha acontecido "el seguro se tendrá como no celebrado, aunque el asegurador y asegurado hayan procedido con ignorancia de la pérdida o salvación del objeto asegurado".

Agrega la misma disposición que "si alguno de ellos hubiere obrado con conocimiento de la pérdida o salvación de la cosa, será obligado a indemnizar competentemente al otro, sin perjuicio de la aplicación de la pena que le imponga la ley. Conociendo ambas partes el suceso que ha puesto fin a los riesgos, el seguro se tendrá para todos sus efectos como una mera apuesta".

El código de comercio marítimo, obra que quien esto escribe no tuvo a su alcance, consagra una excepción a la inasegurabilidad del riesgo subjetivo en los arts. 422 y 423, disposiciones comentadas por el doctor Ossa Gómez en los siguientes términos: "Estatuye el primero que "es de ningún valor el seguro contratado con posterioridad a la cesación de los riesgos, si al tiempo de firmar la póliza el asegurado o su mandatario tuviere conocimiento de la pérdida de los objetos asegurados, o el asegurador de su fecha de arribo". Es fácil deducir, a contrario sensu, que la falta de conocimientos por el asegurado y el asegurador convalida el contrato. Y esa circunstancia configura el riesgo subjetivo. Del segundo texto fluye la legalidad del seguro celebrado sobre "buenas o malas noticias". Seguro válido "a menos que se pruebe plenamente que el asegurado conocía la pérdida o el asegurador el feliz arribo, antes de firmada la póliza" (Ob. cit., págs. 290 y 291).

La nueva codificación conserva este tratamiento de excepción pues reconoce eficacia al seguro del riesgo subjetivo en el transporte marítimo y la amplía al transporte terrestre, como en el siguiente capítulo se analiza.

### 140. RIESGO MORAL.

#### a) SEGURO DE HECHOS PERSONALES DEL ASEGURADO

En cuanto al riesgo subjetivo, mirado en su segunda significación, vale decir, como la posibilidad de producción del riesgo por el comportamiento moral y social del asegurado, puede afirmarse que dentro del marco jurídico del código del 87 es asegurable solamente por vía de excepción.

Dicho estatuto impide el seguro contra el riesgo que emana de las actividades propias del asegurado (responsabilidad directa) y de las ajenas pero realizadas por terceros que, para efectos de reparación, civilmente le están subordinadas (responsabilidad indirecta) pero a la vez introduce algunas excepciones.

En efecto, el art. 676 habla en dos ocasiones de la no asegurabilidad de los actos del asegurado. En virtud del primer inciso, el asegurador no está obligado a indemnizar el daño derivado de un hecho personal de aquél. Y por el segundo, "le es prohibido constituirse responsable de los hechos personales del asegurado".

La legislación es lógica; incorporada en su articulado la concepción clásica de que el riesgo está delimitado por el caso fortuito es apenas natural que no admita protección para los riesgos procedentes de actividades del mismo asegurado. La responsabilidad, se dice, es algo inherente a la persona del agente y si éste, en calidad de asegurado, pudiera transferirla al asegurador, hallaría abierto el camino hacia una trayectoria de actos lesivos del derecho ajeno.

Como la culpa y el dolo constituyen hechos de persona, ha de concluirse que los actos culposos y dolosos del asegurado no son eficazmente asegurables y, de consiguiente, la indemnización de los daños patrimoniales causados por ellos mal podrían asumirse por el asegurador.

Conviene ampliar esta conclusión. Dentro de los estrechos límites impuestos al riesgo por el legislador del 87 carecen de validez no únicamente los seguros que amparan contra hechos personales que conllevan suma negligencia (culpa grave) o manifiesta intención de inferir un perjuicio (dolo). Iguamente, los seguros contra los actos propios del asegurado cuando obra sin la "diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios", esto es, con culpa leve, o sin la "esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes", quiere decir, con culpa levísima.

El art. 676 no contiene distinción y como la culpa nunca es extraña al acto humano, la disposición prohíbe asegurarla en cualquiera de sus tres especies. De aquí se infiere que a la luz de la legislación vigente es ilegal el seguro de la responsabilidad directa.

Pero la misma ley establece tres excepciones, todas referentes al riesgo de incendio.

a) Seguro contra recursos de vecinos. El asegurador está obligado a reparar el daño proveniente del incendio que iniciado en inmueble del asegurado se haya extendido a las propiedades contiguas, cuando se declare a éste responsable de la comunicación del fuego por ser producto de un hecho personal suyo y no de caso fortuito. El vecino perjudicado tiene derecho a ser indemnizado (art. 707).

b) Seguro contra riesgos locativos. Cuando el incendio ocurrido en el local se genera por un acto del asegurado quien se ha comprometido ante el propietario a responder por el inmueble, en forma similar al caso anterior el asegurador se ve en el deber de indemnizar una vez pronunciada la declaración judicial de responsabilidad del asegurado (art. 707).

c) Son de cargo del asegurador, de conformidad con el art. 708, ordinal 1º, "todas las pérdidas y deterioros causados por la acción directa del incendio, aunque este accidente proceda de culpa leve o levísima del asegurado o de hecho ajeno del cual sería, en otro caso, civilmente responsable".

Obsérvese que este precepto permite solamente el amparo contra los perjuicios del incendio causado por la culpa del asegurado mas no por la culpa grave ni menos por el dolo.

#### 141. b) SEGURO DE HECHOS AJENOS QUE COMPROMETEN LA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO

Las líneas que preceden se refieren a los actos personales del asegurado, que le originan una responsabilidad directa. Pero también es responsable, para efectos de compensar el daño a terceros, de las acciones propias de las personas que están bajo su dependencia o cuidado.

Corresponde entonces analizar, se repite que conforme a los textos legales del 87, la legalidad de los seguros de responsabilidad indirecta, esto es, contra las pérdidas y daños motivados por los dependientes legales del asegurado.

Por el art. 676 el asegurador no está obligado a indemnizar los perjuicios provenientes de hechos ajenos que comprometen al asegurado pero tampoco se le prohíbe que los ampare.

El doctor Ossa Gómez acepta la validez de tales seguros. Llega a esta conclusión al analizar dicho precepto. Suyas son estas palabras: "Si se prohíbe explícitamente al asegurador constituirse responsable de los hechos personales del asegurado, implícitamente se le permite hacerlo con respecto a los hechos ajenos que pueden afectar su responsabilidad". (Obr. cit., pág. 529).

Similar concepto había expresado con anterioridad: "Es legalmente admisible la asunción de los riesgos de responsabilidad por el hecho de otro" porque la prohibición expresa consignada en la citada disposición impide tan sólo asegurar "los hechos personales del asegurado", de donde se infiere, a contrario sensu, que no invalida el seguro de "la pérdida o deterioro procedentes de un hecho ajeno que afecte civilmente la responsabilidad de éste", el asegurado (pág. 294).

A más del argumento de interpretación traído por el Dr. Ossa Gómez, otra consideración puede aportarse para sostener la admisibilidad de tales seguros. La voluntad del asegurado es extraña a los actos ejecutados por quienes civilmente lo comprometen; estos actos son en cierto modo una especie de caso fortuito porque aquél no puede controlarlos total y eficientemente.

En desarrollo de lo expuesto, ha de concluirse que el asegurado puede exigir la indemnización de los siniestros que se hayan causado por actos de dolo o de culpa, en cualquiera de sus tres clases, cometidos por sus dependientes.

Sirva de ejemplo el seguro de falta de entrega concertado por el empresario de transportes; presentado este riesgo por robo o hurto realizado por unos de sus empleados, el transportador incurre en responsabilidad indirecta, es decir, por hecho doloso de otro que le está subordinado; el amparo concertado, sin el cual el transportador tendría que asumir el pago de la mercancía apropiada por su dependiente, lo libra del deber de reparar, el que asume el asegurador.

A igual consecuencia se llega si la desaparición del cargamento se debe no a un delito del empleado sino a una actividad culposa suya, aún grave.

Otro ejemplo muy ilustrativo y desde luego de actualidad lo ofrece la responsabilidad a que puede verse abocado el garajista por las pérdidas y daños a personas o a vehículos ocasionados no per-

sonalmente sino por sus empleados a cuyo cuidado está la movilización de los vehículos dentro del garaje y, en general, la vigilancia de los mismos y de sus accesorios. Cualquier acto doloso o culposo de los asalariados no exonera al asegurador y, por lo dicho, queda cubierto por el seguro celebrado por el propietario del establecimiento, naturalmente siempre que se trate de riesgos específicamente determinados en la póliza.

Es evidente la utilidad social de este seguro que se justifica plenamente porque los hechos personales de los dependientes se producen sin la intervención de la voluntad del asegurador; para éste son extraños, fortuitos.

Es bueno anotar, por último, que cuando en su realización se presenta el concurso o la tolerancia del asegurado, el asegurador se libra de responsabilidad debido a la existencia de un hecho personal, activo o pasivo, de parte de aquél.

#### 142. RIESGOS PROVENIENTES DEL VICIO INTRINSECO DEL OBJETO

El seguro contra el riesgo del vicio propio de la cosa asegurada es admisible únicamente "en virtud de una estipulación expresa" (art. 676). De lo contrario el asegurador no se obliga a indemnizar los daños causados por el vicio, definido por el actual código como "el germen de destrucción o deterioro que llevan en sí las cosas por su propia naturaleza o destino, aún se las suponga de la más alta calidad en su especie" (inciso final del citado precepto).

Un defecto de construcción de un edificio, una falla mecánica en la fabricación de una maquinaria, un exceso de voltaje en un equipo eléctrico, el principio de fermentación de alimentos y sustancias orgánicas, son hechos ciertos porque ya existen aunque no se conozcan y, por lo tanto, al no cumplirse el requisito de la incertidumbre, se excluyen de la protección. Solamente un pacto en contrario legitima el contrato.

Es la anterior una de las "excepciones legales" a la regla de que no estando expresamente limitado el seguro a determinados riesgos, el asegurador responde de todos (art. 660, inciso final).

### 143. OTROS RIESGOS NO ASEGURABLES

Revisando el articulado del código es posible completar la lista de los riesgos inasegurables, respecto a los cuales el contrato está afectado de nulidad absoluta.

A los eventos vistos antes, se agregan los siguientes (art. 646), no sin advertir que en muchos de ellos también es notoria la carencia de un interés asegurable.

a) "Las ganancias o beneficios esperados".

Este ordinal primero del aludido precepto, que constituye negación del seguro de lucro cesante para algunos y que para otros apenas prohíbe el amparo de utilidades meramente ilusorias, ha perdido su significación frente al art. 1088 de la nueva legislación, la que acepta la licitud del amparo de lucro cesante.

Poco después de la expedición del código vigente la ley 27 de 1888 reconoció calidad asegurable a las ganancias esperadas en todos los seguros, según el doctor Jaime Bustamante Ferrer (Conferencia dictada en 1954 en la Biblioteca Nacional, Los Seguros, pág. 72) y únicamente para el seguro de transporte como opina el doctor Ossa Gómez (Obr. cit., págs. 283 y 284) cuyas consideraciones indudablemente interpretan el articulado de la mencionada ley con una precisión muy convincente y lógica.

b) "Los objetos de ilícito comercio".

El seguro no puede comprender riesgos que atenten contra las leyes morales ni contra las disposiciones de la autoridad ni contra los intereses de la comunidad.

Este evento se comentó de modo más amplio en el capítulo relativo al interés asegurable.

c) "Las cosas íntegramente aseguradas, a no ser que el último seguro se refiera a un tiempo diverso o a riesgos de distinta naturaleza de los que comprende el anterior", norma a la que se hace alusión cuando se examina el fenómeno de la concurrencia de seguros.

d) "Las cosas que han corrido ya el riesgo, háyanse salvado o perecido en él".

El acontecimiento cumplido no se ajusta a los presupuestos del riesgo.

e) "Las sanciones penales y administrativas".

Aunque su ineficacia no está explícitamente consagrada en la ley como caso particular, el seguro contra estas sanciones es evidentemente nulo como consecuencia obligada de que procede de un acto personalísimo del asegurado, constitutivo de delito o contravención cuyo autor no puede desplazar al asegurador la responsabilidad en que incurre por dolo o por culpa.

f) El transcurso natural del tiempo y el uso y goce del objeto disminuyen el valor del bien asegurado. Estos riesgos se conocen. No son fortuitos. De ahí que no se incluyan dentro de la protección del seguro, pero la costumbre comercial y el reciente estatuto mercantil admiten la posibilidad de asegurarlos (art. 1090) mediante el pacto consagratorio de la cláusula de valor de reposición.

### 144. EL RIESGO EN EL SEGURO DE VIDA

Las normas del régimen vigente, al concebir el riesgo en el seguro de vida se apartan de la definición legal que de él trae el art. 635.

La muerte en sí no ofrece todas las notas que configuran el riesgo. El fallecimiento de una persona no siempre causa daños económicos. Además la muerte, con lo que se borra otra característica, es un suceso cierto. La incertidumbre radica en la época del deceso. Se concluye, entonces, que el riesgo tiene una asegurabilidad peculiar y propia en los seguros de vida.

Son riesgos asegurables la muerte no en cuanto representa un hecho que necesariamente acaecerá, sino porque la fecha de su realización es ignorada, y la supervivencia, esto es, "la prolongación de la vida más allá de la época fijada por la convención" (art. 696).

En cambio, a la luz del art. 699, no lo son los tres sucesos siguientes, cuando el seguro ha sido contratado por el mismo asegurado y se dice que por éste porque si ha sido celebrado por un tercero siguen siendo asegurables legalmente aunque las partes pueden estipular lo contrario.

## 145. LA MUERTE POR SUICIDIO

Se ha dicho que la autodestrucción involuntaria es asegurable porque el art. 696 autoriza el seguro contra el riesgo de muerte "no importa cuál sea la causa" y "porque como fruto de un estado de inconsciencia o de perturbación mental constituye un caso fortuito" (Ossa Gómez, obr. cit., págs. 295 y 296).

No sería acertado excluir del seguro el suicidio inconsciente afirmando que la norma del art. 699, de preferente aplicación por ser posterior y específica, prohíbe implícitamente dicho amparo al decir que el seguro se rescinde "si el que ha hecho asegurar su vida la pierde por suicidio". Es que éste requiere voluntariedad. La falta de este elemento lo convierte en muerte casual o imprevista, respecto a la cual el contrato produce sus efectos. Radica la dificultad en la prueba, y es el asegurador, al negar el pago, el llamado a acreditar que el hecho ha sido intencional ya que como causa exonerativa de su obligación le corresponde invocarla y demostrarla.

Distinta es la costumbre, tanto nacional como internacional, observada desde hace varios años, de incluir cláusulas que obligan a los aseguradores a cubrir el seguro o a pagar el valor del rescate o el importe de las primas recibidas cuando la defunción del asegurado proviene de suicidio cometido en estado de cordura o de locura después de los dos primeros años de vigencia del contrato, práctica que podría calificarse de ilegal en el país, si no fuera porque la disposición del art. 699 se ha tenido como supletoria de la voluntad de los contratantes.

Tal costumbre y tal interpretación del texto ofrecen plena y lógica aceptación frente al derecho contemporáneo de seguros, que se distingue por la gran evolución jurídica y social que la institución ha adquirido y con base en la amplia concepción del riesgo consignada en la reciente legislación.

## 146. LA MUERTE EN DUELO O EN OTRAS EMPRESAS CRIMINALES

El delito de duelo, de que trata el código penal en sus arts. 390 y siguientes, constituye otro motivo de exclusión.

Quien se bate en duelo y fallece con motivo de él, ha puesto a actuar con gravísima imprudencia su propia voluntad en la búsqueda

de la muerte. Esta, puede decirse, ha sido el resultado de un hecho, a más de intencional, previsible y superable, lo que explica que el asegurador no está obligado a pagar el seguro (inciso 1º, art. 699).

Ejemplos de muerte "en otra empresa criminal", distinta al duelo, son la que encuentra el asegurado en riña provocada por él; no en la imprevista porque ésta equivale a la casual o fortuito, y la que recibe en actividades subversivas como la asociación para delinquir.

## 147. LA MUERTE DEL ASEGURADO POR SUS HEREDEROS

El legislador quiere proteger la vida del asegurado y evitar que el contrato sirva de invitación a los herederos para actividades criminales contra la vida del primero y los sanciona con la pérdida del seguro cuando han provocado su muerte (art. 699, inciso 1º).

Ha de entenderse que la disposición se aplica cuando los herederos son responsables penalmente porque si obran en forma legítima, el castigo de la pérdida del capital pactado no tiene lugar.

## 148. LA MUERTE POR EL BENEFICIARIO

El asegurador se libera de su responsabilidad cuando el que reclama la cantidad fuere autor o cómplice de la muerte del asegurado.

Al establecer la anterior norma el inciso 2º del art. 699 no distingue si el contrato ha sido celebrado por el propio asegurado o por un tercero. Y está bien para mayor garantía de la existencia del primero.

Es lógico que cuando el beneficiario pierde el derecho, también lo pierden sus propios herederos.

La sanción, como en el evento anterior, tiene tan claro fundamento en sanos principios morales y jurídicos que aún sin texto legal podría justificarse.

Cabe agregar que tal sanción no procede cuando el beneficiario ha causado la muerte pero simultáneamente se presentan hechos que lo exoneran de responsabilidad o justifican su proceder, de acuerdo a las reglas del estatuto penal.

De la manera como sigue comenta la comisión redactora esta nueva acepción jurídica: "Se quiere significar, no que debe depender de la voluntad del asegurado y de una causa adicional, sino que puede ser resultante de un acto voluntario del asegurado y de otro factor que le sea extraño. En el concepto anotado se entienden incluidos una serie de hechos que ostentan un común denominador. El suceso propiamente fortuito (tempestad, naufragio), el hecho culposo que supone un acto voluntario y un resultado hasta cierto punto eventual (responsabilidad civil) y el acto voluntario pero no eficiente por sí solo como causa del efecto (matrimonio, nacimiento de un hijo, etc.). ¿Cuál es el común denominador de estas situaciones? Simplemente que ninguna de ellas depende exclusivamente de la voluntad del asegurado. Por tal motivo cada una de ellas implica un riesgo'.

### 151. REGLA GENERAL

En base a este novedoso concepto legal, es posible formular la regla de que son riesgos asegurables y, de consiguiente, el asegurador debe indemnizar las pérdidas y los deterioros producidos por ellos, los casos fortuitos y los hechos que conllevan culpa leve o levísima, ejecutados por el propio tomador, o por el asegurado o por el beneficiario, siempre que la voluntad del agente no excluya la intervención de otro factor ajeno al mismo.

En términos diferentes resulta exacto decir que el seguro cubre no sólo el suceso totalmente fortuito sino también los hechos parcialmente voluntarios, vale decir, aquellos que en parte se originan de la conducta del tomador, asegurado o beneficiario y que, a contrario sensu, es incompatible el contrato únicamente con los sucesos causados en su integridad por la única actividad de uno de ellos.

El riesgo, considerado dentro de los espaciosos marcos de la reciente codificación, no pierde su atributo aleatorio. Ese es el sentido de la frase "que no dependa exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario". Cuando la casualidad o el azar en nada intervienen, quiere decir que el riesgo está supeditado totalmente al exclusivo poder de la voluntad y entonces carece de asegurabilidad.

### 152. CALIDADES DEL RIESGO

Los acontecimientos calificados como riesgo dentro del nuevo régimen conservan muchas de sus notas tradicionales.

En efecto debe ser eventual e incierto. Los hechos ciertos, salvo la muerte, no constituyen riesgos (art. 1054).

Possible. El físicamente imposible es extraño al seguro (art. 1054).

Imprevisto e irresistible como el fortuito, o previsible y susceptible como el acto no dependiente totalmente de la voluntad del asegurado.

Perjudicial. La persona, el interés o el patrimonio han de estar expuestos a un riesgo (arts. 1045, 1056, 1085 y 1137). De no haber posibilidad de quebranto patrimonial, el riesgo es inasegurable, salvo lo expresado para los seguros de vida.

Causal. La pérdida o el deterioro deben provenir del riesgo específicamente cubierto. Si son causados por otro no asegurado el siniestro no es indemnizable, como se infiere de los arts. 1056 y 1072.

Temporal. Cuando el art. 1047 obliga a expresar en la póliza la vigencia del contrato indica que el riesgo se asume por tiempo definido, salvo en el seguro de vida en que el plazo puede ser vitalicio porque transcurridos los dos primeros años, el contrato solamente termina por el no pago de las primas (arts. 1152 y 1153) y en los seguros de transportes y de vuelos en que el trayecto y no el tiempo del viaje fija la duración del contrato (arts. 1118 y 1903).

Objetivo. Real y externamente incierto pero posible

Requírese que lo que se asegura esté expuesto a riesgos (art. 1056), quiere decir, que pueda resultar afectado por la realización de los mismos (art. 1083). Si ya ocurrió, el riesgo es cierto y el interés y el objeto dejaron de estar expuestos a él. En tales condiciones no es asegurable.

De ahí que se excluya el riesgo putativo. "Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento (art. 1054).

Subjetivo por excepción. La norma de la objetividad aparece exceptuada en la nueva codificación.

Expresas disposiciones consagran la eficacia del seguro del riesgo subjetivo en el transporte marítimo, al igual que la anterior legislación. En efecto, el art. 1706, establece que "será válido el seguro ma-

rítimo sobre el riesgo putativo, esto es, el que sólo existe en la conciencia del tomador o del asegurado y del asegurador, bien sea porque ya haya ocurrido el siniestro o bien porque ya se haya registrado el feliz arribo de la nave en el momento de celebrarse el contrato”

Sobre el particular conviene conocer el pensamiento de los redactores: “el seguro puede ser válido aunque objetivamente no haya existido el riesgo, bien porque ya se hubiera producido la pérdida o bien porque la expedición hubiera terminado venturosamente. El riesgo existía únicamente en la conciencia de los contratantes. Por supuesto que es ésta una modalidad de seguro que, con los modernos sistemas de comunicación, ha perdido su importancia práctica. Excepcionalmente puede tener uso, por lo cual se le dejan las puertas abiertas”.

Mas la misma ley castiga la conducta de las partes que celebran el contrato maliciosamente, con conocimiento de que el riesgo se había cumplido; por tal razón, “probada la mala fe del tomador o del asegurado, el asegurador tendrá derecho a la totalidad de la prima. Probada la mala fe del asegurador, deberá devolver doblado el importe de ella” (inciso 2º del art. 1706).

También es asegurable, en base a lo estatuido en el art. 1126, el riesgo putativo en el transporte terrestre, con las mismas consecuencias que se acaban de mencionar para el marítimo, lo que implica una modificación al régimen actual.

### 153. ASEGURABILIDAD DE LA CULPA DEL ASEGURADO

En líneas anteriores se comentó que dentro del régimen de 1887, únicamente son asegurables, a título de excepción, esto es, en los tres casos expresamente contemplados por el legislador, los actos personales del asegurado que al ocasionar perjuicios a otra persona suponen una actividad culposa, cuando no dolosa (arts. 707 y 708).

La nueva codificación, obedeciendo a una realidad social de la vida moderna, ofrece una reglamentación diferente. Al aceptar como riesgos sucesos inciertos no dependientes exclusivamente de la voluntad del asegurado o del beneficiario, admite sin equívoco la posibilidad de asegurar los acontecimientos en que interviene, de manera parcial, la actividad del uno o del otro. Y como la culpa, según antes se explicó, es un hecho personal, hay que concluir que sus actos culposos integran riesgos de eficacia asegurable.

Adquiere, pues, sólido y claro fundamento legal el seguro contra los perjuicios causados por hechos que implican culpa del tomador, del asegurado o del beneficiario. No podrá discutirse ya, por ejemplo, la legalidad del seguro que impone al asegurador la indemnización de los perjuicios patrimoniales que sufre el asegurado con motivo de la responsabilidad contractual o de la extracontractual en que incurre (art. 1127).

Peró la afirmación sobre la validez del seguro de las culpas no es absoluta.

Puede hacerse solamente respecto de las culpas leve y levísima. No se extiende a la conducta extremadamente negligente del asegurado o del beneficiario ni a proceder suyo que conlleve propósito manifiesto de provocar el siniestro. La culpa grave y el dolo son inasegurables, con arreglo al art. 1055, disposición cuya razón de ser se comprende fácilmente. La buena fe, que debe primar en grado máximo en la ejecución del contrato, los excluye. También principios superiores de organización social.

¿Qué decir de las culpas y del dolo cometidos por los dependientes del asegurado o del beneficiario cuando queda comprometida la responsabilidad de uno de éstos?

A lo manifestado anteriormente sobre el punto nada hay que agregar. La nueva legislación conserva la asegurabilidad de la responsabilidad indirecta. El asegurado no está en condiciones de impedir los actos propios de las personas que de él dependen. No están condicionados a su voluntad y ellos pueden fácilmente escapar a la dirección y vigilancia que ejerce sobre sus subordinados. De ahí que la moderna concepción del riesgo, consignada en el art. 1054, los hace materia asegurable.

Si de acuerdo con el art. 1055 constituyen exclusiones el dolo y la culpa grave del tomador, el asegurado y el beneficiario, se infiere que dichos comportamientos sociales de personas distintas a las expresa y taxativamente enumeradas vienen a ser asegurables.

He aquí un resumen del ordenamiento consignado al respecto en el reciente estatuto comercial: La responsabilidad directa representa riesgo asegurable cuando implica culpa leve o levísima del tomador, del asegurado o del beneficiario pero la grave y el dolo cons-

tituyen riesgos excluidos. En cambio, la responsabilidad indirecta, en que el asegurado incurre por actos dolosos o culposos de sus dependientes, sin distinción de la especie de culpa, merece la protección del seguro.

#### 154. VICIO PROPIO O INTRINSECO DE LA COSA

El art. 1104, además de transcribir en forma textual la definición que sobre vicio propio trae la legislación aún vigente, dispone que la avería, merma o pérdida de una cosa, provenientes de él, "no estarán comprendidas dentro del riesgo asumido por el asegurador".

La razón que respalda esta exclusión es la misma dada anteriormente, esto es, el vicio propio corresponde a un hecho cierto, conforme a comentarios consignados en el capítulo precedente.

En virtud de la autonomía contractual, la norma anterior es derogable por convenio entre las partes quienes, por lo tanto pueden tratar como asegurable el vicio propio que conlleve el bien asegurado.

#### 155. LUCRO CESANTE

Mediante pacto expreso de los contratantes este riesgo es indemnizable, según el art. 1088, del cual se infiere que en caso de silencio contractual la indemnización comprende solamente el daño emergente.

La exigencia de convenio explícito no tiene en la actualidad razón de ser distinta de la de considerar como autónomo el riesgo de lucro cesante.

Se dijo en otro lugar que el seguro repara únicamente de manera parcial los perjuicios sufridos, no obstante que el asegurado busque en todo momento un equilibrio entre la suma del contrato y el valor real del objeto amparado. Con el siniestro, además de la destrucción o del daño, se presenta la pérdida o la disminución de las utilidades reales que el objeto amparado (por ejemplo un establecimiento fabril o comercial o una propiedad rentable) producía o estaba destinado a producir razonablemente. Esta situación ocurre no sólo a raíz del incendio. Similar resultado crea el siniestro de hurto, de robo, etc., pero la ley sigue olvidando que los bienes son productivos.

Ante la gran transformación registrada en la institución del seguro, en que desde un principio cabe estimar el rendimiento neto de los bienes amparados, la regla legal debería ser la contraria: incluir en la indemnización el daño emergente y, a la vez, por el tiempo prudencial para regresar al estado anterior al siniestro, el lucro cesante, sin necesidad de estipulación que lo comprenda, salvo el caso de que se quiera excluir.

El principio indemnizatorio no sufriría mengua alguna como no la sufre cuando el lucro se pacta expresamente. El asegurado con motivo del siniestro no derivaría ninguna ganancia; volvería a restablecerse o a reconstruir el bien y entre tanto percibiría la utilidad de antes. Por otra parte, el seguro cumpliría de modo eficiente y completo las finalidades reparadoras que lo justifican.

#### 156. SANCIONES DE CARACTER PENAL O POLICIVO

Proviene de un acto exclusivamente personal del asegurado. En ningún caso puede éste librarse de ellas, aún de las de contenido económico, en virtud de un seguro, no importa que entrañen meramente culpa leve o levísima, riesgos que en un principio son asegurables.

Motivos de interés general, en que se inspira el derecho público, priman sobre los pactos particulares y, por ello, la responsabilidad penal o policiva no es materia asegurable. El poder sancionador del Estado se opone a su asegurabilidad.

La innovación legislativa se limita, en este punto, a elevar a canon expreso, lo que antes se colegía de los principios generales de la codificación anterior. La norma ha quedado consagrada en el art. 1055.

#### 157. RIESGOS SOBRE OBJETOS O INTERESES ILICITOS

Carece de calidad asegurable todo riesgo recaído sobre un objeto o interés ilícito. La afirmación tiene respaldo en el inciso 2º del art. 1083, disposición que en términos generales no hace más que consagrar el mismo principio de la legislación vigente.

Uno de los capítulos precedentes contiene una referencia al tema y sería redundante traer de nuevo los ejemplos allí mencionados. Conviene sí advertir que el nuevo régimen incorpora algunos preceptos relativos al seguro de responsabilidad civil profesional cuyo alcance se explica en razón de dicho principio.

este riesgo porque la norma del texto citado es imperativa por su propia naturaleza (art. 1162) y, además, porque en el mismo cuerpo de la disposición se contempla que "Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno".

Con base en este planteamiento cabe sostener la ilegabilidad del pacto por el cual el asegurador se obligue a pagar el capital estipulado cuando el suicidio voluntario se produce transcurrido un plazo, de ordinario dos años, contado a partir de la celebración del seguro. Para admitirlo sería necesaria disposición legal expresa, la cual no se halla consignada en el nuevo estatuto, a diferencia de otras legislaciones que atribuyen validez a pactos similares, a no ser que se sostenga la tesis de que aún en el suicidio consciente concurren factores que en determinado momento es imposible controlar por el propio asegurado. Habrá que esperar la interpretación que a tema tan inquietante den los aseguradores y expositores colombianos.

En cambio, el suicidio no deliberado, que es el producido en un estado en que el asegurado no adquiere cabal juicio del alcance y la gravedad de su acto, es compatible con el seguro. Su calidad de inconsciente, o sea, la no intervención exclusiva de la voluntad del asegurado, al instante de darse la muerte, lo hace asegurable, no importa la época en que ocurra después de iniciado el seguro.

No se olvide lo dicho en el capítulo anterior sobre la cuestión probatoria del hecho en referencia.

#### 160. LA MUERTE DEL ASEGURADO EN DUELO O EN RIÑA

Ningún precepto de la reciente codificación hace mención de la norma aún vigente en virtud de la cual el asegurador se exonera de pagar cuando el asegurado fallece batido en duelo o en otra empresa criminal.

Ante este silencio podría considerarse el duelo como asegurable por no depender de la exclusiva voluntad del asegurado sino también del querer del otro combatiente. Pero no. Su inasegurabilidad obedece a que el asegurado al batirse en duelo se está exponiendo intencionalmente a un riesgo ilícito, prohibido y sancionado por la ley penal.

Igual observación cabe con relación a la muerte en riña premeditada o provocada por el mismo asegurado, no así en la imprevista en que se ve forzado súbitamente a reaccionar en ejercicio de una legítima defensa; en este evento es un hecho fortuito e involuntario, a lo menos de manera parcial.

#### 161. MUERTE EN MANOS DE LOS BENEFICIARIOS

Prescribe el art. 1150 que "no tendrá derecho a reclamar el valor del seguro el beneficiario que, como autor o como cómplice, haya causado intencional e injustificadamente la muerte del asegurado o atentado gravemente contra su vida".

Este motivo de exclusión tiene análogas razones a las expuestas anteriormente al comentar el mismo punto frente a la actual legislación.

Se agrega únicamente que, de conformidad a los arts. 1141 y 1142, son beneficiarios los designados como tales por el tomador y que en defecto de designación o cuando ésta es ineficaz o queda sin efecto, el cónyuge y los herederos del asegurado adquieren dicha calidad, por lo que a unos y a otros cobija la pérdida del seguro en el supuesto contemplado.

#### 162. LA MERA AUSENCIA Y DESAPARICION DEL ASEGURADO

Cuando el asegurado se ausenta de su domicilio y se desconoce su paradero, el asegurador no se encuentra todavía en el de pagar el seguro. La simple desaparición no constituye riesgo asegurable (art. 1145).

Norma igual rige en la codificación vigente. La reforma que el nuevo régimen introduce y en forma muy atinada es el no reconocimiento de una cláusula en contrario, admisible hoy en día pero rechazable en el futuro, dado el carácter de inmodificable (art. 1162) atribuido al precepto examinado.

Con todo, la ausencia adquiere la calidad de asegurable cuando es judicialmente declarada como muerte por presunción y en tal evento los herederos tienen derecho a reclamar la cantidad asegurable, pero la bajo la caución de restituirla si el ausente reaparece.

Un cambio más ofrece aquí la reciente legislación porque para la reclamación del seguro basta la sentencia declaratoria del desapa-

recimiento, la que puede demandarse después de una ausencia de dos años (art. 96 del C. Civil); no así en el régimen aún vigente en que para solicitar el pago de la suma asegurada se requiere que el juez otorgue a los herederos presuntivos la posesión provisoria de los bienes del desaparecido, otorgamiento que sólo se hace cuando han transcurrido cuatro años desde la iniciación del juicio de muerte presunta.

### 163. EL RIESGO EN EL SEGURO SOBRE LA VIDA DE LOS INCAPACES

En cuanto a la edad hácese necesario considerar tanto la mínima como la máxima. Ambos extremos surten consecuencias diferentes.

La vida de los impúberes, es decir, mujeres menores de 12 años y hombres menores de 14, no presta asegurabilidad. Unas y otros son absolutamente incapaces y por ello carecen de facultad para emitir su consentimiento.

El seguro suscrito sobre su vida, directamente por ellos o por sus representantes legales o por un tercero, está sancionado con la inexistencia del contrato. "No producirá efecto alguno" y el asegurador debe restituir las primas percibidas (art. 1137, inciso 3º.).

La misma conclusión, por idéntico motivo y con fundamento en el citado canon, se impone en relación con las demás personas incapaces absolutas como los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Se colige de esta última parte que los sordomudos que pueden expresarse por dicho medio tienen capacidad para asegurar su propia vida o para consentir que la asegure un tercero.

De la norma legal comentada se infiere la validez de los seguros contrados sobre la vida de los relativamente incapaces, como son los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar sus bienes y respecto a quienes el seguro debe celebrarse por el respectivo curador, y los menores adultos a quienes la nueva legislación los capacita para aceptar el contrato.

En efecto, la vida de los menores adultos, o sea, mujeres mayores de 12 años y menores de 21 y varones mayores de 14 y menores de 21, constituye riesgo asegurable. De incapaces relativos que son frente al derecho común, pasan a ser plenamente capaces bajo el imperio de la disposición aludida para consentir el seguro.

"Los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de sus representantes legales". Entiende la ley que de esta manera garantiza mejor la integridad del asegurado, que es uno de los postulados que inspiran el nuevo estatuto.

Resulta evidente que la vida de los mayores puede ampararse dentro de los presupuestos analizados en el capítulo relativo al interés asegurable pero la regla no es absoluta porque los aseguradores tienen autonomía para establecer límites máximos de edad fuera de los cuales no otorgan el seguro y que generalmente no pasan de sesenta años.

Por lo dicho, cuando el contrato se celebra con base en una declaración inexacta de la edad del asegurado, la inexactitud produce la nulidad relativa del seguro si la edad verdadera sobrepasa los límites autorizados por la tarifa del asegurador; si es mayor que la declarada, el seguro se reduce en la proporción necesaria para que su valor guarde relación matemática con la prima anual percibida por el asegurador; y si es menor, se aumenta en la misma proporción (art. 1161).

### 164. CONVULSIONES SOCIALES Y NATURALES

El reciente estatuto codifica la exclusión de los riesgos conocidos con el nombre de catastróficos, acogiendo la costumbre actualmente imperante, merced a la cual los hechos así catalogados por la doctrina son, en principio, extra asegurables, debido a su excesivo potencial de peligro y destrucción.

En esta consideración encuentra su razón la norma del art. 1105 conforme a la que "Se entenderán igualmente excluidos del contrato de seguro las pérdidas o daños que sufran los objetos asegurados, o los demás perjuicios causados por: 1) Guerra civil o internacional, motines, huelgas, movimientos subversivos o, en general, conmociones populares de cualquier clase; 2) Erupciones volcánicas, temblores de tierra o cualesquiera otras convulsiones de la naturaleza".

A pesar de que los sucesos que la disposición enumera con criterio ilustrativo y no en forma taxativa, no alcanzan la responsabilidad del asegurador, ningún impedimento de orden legal existe para incluirlos dentro del amparo del contrato si así se estipula en pacto especial. En este particular subsiste la libertad de las partes, como se infiere de lo estatuido en el art. 1162.

Bien diferente es la orientación de la legislación en el seguro terrestre y marítimo de transporte porque en éstos las convulsiones naturales no exceptúan la obligación del asegurador, desde el punto de vista legal que no siempre coincide con el clausulado del contrato, frecuentemente derogatorio de la norma legislativa.

En el primero la póliza contiene "todos los riesgos inherentes al transporte. Pero el asegurador no está obligado a responder por los deterioros causados por el simple transcurso del tiempo ni por los riesgos expresamente excluidos del amparo" (art. 1120).

En el segundo se comprenden "todos los riesgos inherentes a la navegación marítima" (art. 1703), tales como tempestad, naufragio, encallamiento, abordaje, explosión, incendio, saqueo, piratería, guerra..." (art. 1705).

Demuestran los textos transcritos que el seguro de transporte es universal o, mejor, comprensivo de un numeroso grupo de riesgos, generalmente de todos los que ocurren en el desarrollo de la actividad transportadora.

Util es recordar la iniciativa expresada hace poco en la prensa nacional de crear un seguro internacional contra las catástrofes, protección que habría resultado muy benéfica en la actual emergencia que ha vivido el país a causa del inusitado y prolongado invierno, en que parece que las fuerzas de la naturaleza han adquirido el compromiso de destruir considerables sectores habitacionales y de arrasar las industrias del campo y las vías de comunicación.

#### 165. COMIENZO Y FINALIZACION DEL RIESGO PARA EL ASEGURADOR

En principio las partes son autónomas para determinar la fecha y la hora en que el asegurador asume el riesgo, que no necesariamente tiene que coincidir con el día en que se forma el contrato. Es una norma común a ambas legislaciones.

Pero dicha libertad contractual se ve restringida en el seguro de transportes donde por texto legal expreso se señala que la responsabilidad del asegurador principia desde el momento en que las mercancías quedan a disposición del transportador o a la de sus dependientes, y concluye con la entrega al destinatario, responsabilidad

que las partes pueden extender para cubrir la permanencia de los bienes en los lugares iniciales o finales del trayecto asegurado (arts. 1118 del nuevo código y 721 del actual).

En defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos comienzan a correr por cuenta del asegurador "desde que las partes suscriban la póliza", conforme al régimen vigente (art. 661) y "a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato", vale decir, en que el asegurador suscriba la póliza, según el reciente estatuto (art. 1057).

Indudablemente la nueva norma demuestra una mayor precisión; no obstante, es preferible la costumbre actual de señalar las cuatro de la tarde como la hora en que se inicia la obligación del asegurador porque en el remoto pero posible evento de que el siniestro ocurra poco antes o después de trasladarse el riesgo por el asegurado, la prueba del momento de su realización será, de ordinario, más abundante y fácil de aportar por tratarse de un hecho acaecido a plena luz del día.

Salvo en la regla particular establecida para el seguro de transportes, ninguna de las dos legislaciones determina cuándo concluye la responsabilidad del asegurador, por lo que puede afirmarse que si nada consta en la póliza ha de entenderse que la cobertura del riesgo cesa a la hora veinticuatro del último día de vigencia del contrato. Es una conclusión resultante de la aplicación analógica del art. 1057.

El riesgo puede comenzar antes de que venza el seguro y continuar después. Igualmente, antes de que haya principiado a correr con cargo al asegurador y proseguir posteriormente.

La presencia de cualquiera de las dos situaciones es propicia para crear conflictos entre las partes y de ahí que la ley acuda a impedirlos y a desvanecer toda duda acerca de la obligación del asegurador. Este, en el primero caso, "responde del valor de la indemnización en los términos del contrato" y, en el segundo, "no será responsable por el siniestro". Así lo dispone el art 1073 de la nueva legislación que reproduce, dándole mayor claridad, la norma del art. 675 del código vigente.

## CAPITULO XIV

### EL SEGURO COMO CONTRATO DE INDEMNIZACION

#### 166. CONCEPTO DE LA TEORIA INDEMNIZATORIA

La doctrina, universalmente aceptada por los expositores e incorporada en las legislaciones, concibe el seguro como un contrato de reparación de daños, cuyo objetivo es el de sustituir la posibilidad de una pérdida por la garantía de una indemnización.

El asegurado tiene, pues, limitadas todas sus pretensiones a la compensación del empobrecimiento recibido.. Ninguna aspiración diferente le es lícita. Su conducta no puede inspirarse, en ningún momento, en propósitos de lucro. De ahí que se le prohíba convertir el seguro en un acto de especulación apto para obtener ganancias o en una fuente de provechos pecuniarios y que no esté en capacidad legal de contratarlo quien carezca de interés económico en el bien que quiere proteger porque la realización del riesgo no afecta su patrimonio.

Son varias las razones que permiten defender la necesidad de esta doctrina, altamente moralizadora de la industria del seguro.

De no primar el principio, dice J. J. Garrido y Comas (Ob. cit., pág. 384) "el contrato de aseguramiento devendría una fuente de pingües especulaciones. La posibilidad de lucrarse con el seguro induciría a la destrucción de los bienes cuando éstos sufriesen desvalorización, se deseará traducirlos de inmediato en numerarios en instantes en que no fueran fácilmente vendibles, etc.

Con ello quedarían gravemente comprometidos el orden social y económico, apareciendo el seguro, más que como un beneficioso

instrumento generador de tranquilidad general, como la fuente de graves inseguridades y constantes atentados al patrimonio de la colectividad. Por otra parte no hay que dudar que ante tan pródiga fuente de beneficios, serían innumerables los seguros contratados con ánimo de provocar el siniestro y obtener ganancias con el mismo.

En último término puede afirmarse que tal situación acarrearía fatalmente la desaparición del seguro, porque su mecanismo, hecho para operar sobre otro género muy distinto de presupuestos, perecería bajo el tropel de irregularidades y abusos que con tal situación se producirían”.

#### 167. SU CONSAGRACION EN EL CODIGO DE 1887

El derecho aún vigente eleva a canon legal, de carácter imperativo, la teoría de la indemnización:

a) Al tenor del art. 641 “Respecto del asegurado, el seguro es un contrato de mera indemnización, y jamás puede ser para él la ocasión de una ganancia”.

b) También el art. 634, al definir el seguro, consagra esta doctrina cuando señala que el asegurador se obliga a “indemnizar” la pérdida o cualquier otro daño estimable en dinero.

c) El mismo principio explica el art. 646, en virtud del cual no pueden asegurarse las ganancias o beneficios esperados, texto que por cierto ha dado lugar a serias controversias, porque mientras algunos, con fundamento en dicha norma, rechazan abiertamente la legalidad del seguro de lucro cesante, otros le dan como único alcance el de prohibir el seguro de ganancias ilusorias o injustificadas, pero no de aquellas que lógica y razonablemente se espera recibir.

d) Otros textos, los artículos 649 a 653, que precisamente regulan la coexistencia de seguros, se inspiran en la concepción que atribuye al contrato una finalidad meramente reparadora. No porque el asegurado celebre, en diferentes fechas o en una misma, varios seguros sobre el mismo objeto, recibirá una indemnización que exceda el valor real del daño experimentado.

e) Por último, la disposición del art. 656, que reconoce eficacia al seguro únicamente hasta concurrencia del verdadero valor del

bien asegurado, no importa que el asegurador se haya constituido responsable de una suma que lo excede, halla su justificación en la doctrina aludida.

#### 168. EN EL NUEVO CODIGO

Al igual que en el anterior, en el código de comercio de 1971 son numerosos los cánones que tienen como razón de ser la teoría de la indemnización.

a) El principal, del que se desprenden otros que lo amplían y desarrollan, se consigna en el art. 1088: “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”.

b) Evidente aplicación del principio consagrado en el texto precedente, es la norma del art. 1089 que ordena que la indemnización en ningún caso excederá del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido.

c) Similar comentario merece el art. 1091 que sanciona el exceso del seguro sobre el valor real del interés con la nulidad del contrato o con su reducción, según haya habido o no, de parte del asegurado, intención manifiesta de defraudar al asegurador.

d) El pago proporcional de la indemnización por parte de los aseguradores, dispuesto en el art. 1092 para el caso de seguros coexistentes, obedece al deso del legislador de que el asegurado no perciba de cada uno de ellos una reparación, porque así la pluralidad de seguros se convertiría en fuente de ganancias.

e) Tiene como propósito el art. 1096, cuando establece que el asegurador se subroga en los derechos que contra los responsables del daño tenga el asegurado, evitar que éste reclame dos indemnizaciones, una del primero y otra de los últimos.

f) No puede celebrar el contrato la persona cuyo patrimonio no se lesione con el siniestro, pues en este caso el seguro reportaría provecho y no reparación. Es la regla establecida en el art. 1083.

## 169. RELATIVIDAD DEL PRINCIPIO

La indemnización, en resumen, constituye un principio fundamental que gobierna el régimen del seguro y que las partes no pueden derogar en su convención.

Mas su acción es limitada. No produce plenos efectos porque, primero, no repara todo el siniestro ni todos los siniestros y, segundo, no tiene vigencia en todos los seguros.

Constituye ejemplo que ilustra la primera afirmación, la póliza contra daños del vehículo, la cual no indemniza la totalidad del siniestro pues existe la deducción por franquicia ni cualquier daño en vista de que algunos se excluyen como los causados por la velocidad irregular y los producidos con ocasión de la notoria embriaguez del conductor.

Como explicación de la segunda adelante se anota que la indemnización no es característica de los seguros personales.

## 170. EL SEGURO ES PARCIALMENTE INDEMNIZATORIO

Respaldan esta aserción los siguientes comentarios, que apenas son algunos de los que podrían formularse al respecto. Las normas traídas aquí corresponden al código de 1971.

a) La indemnización no se extiende a la totalidad del perjuicio que experimenta el asegurado. Comprende únicamente una parte, la denominada "daño emergente". En el seguro de incendio de un inmueble, el asegurador responde por la destrucción o el deterioro material producido por la realización del riesgo pero no de los otros perjuicios que por causa del fuego sufre el asegurado. Por eso, en caso de pérdida total, la renta que producía el bien dejará de percibirse.

La parte restante del daño, llamada "lucro cesante", en principio no queda cubierta por el seguro. Su amparo deberá ser objeto de un contrato accesorio y expreso (art. 1088).

b) Con motivo del siniestro el asegurado se ve en dificultades para reiniciar actividades que le hacen incurrir en erogaciones extraordinarias o imprevistas, no cubiertas por la póliza, por ejemplo el mayor pago de arrendamiento en el nuevo local donde debe restablecerse o en la nueva habitación si es que el inmueble destruido lo destinaba a vivienda.

c) Aunque se produzca con ocasión del incendio, durante él o con posterioridad, la apropiación de un tercero o de las cosas aseguradas no compromete la responsabilidad del asegurador (art. 1116), no así en el seguro de transporte cuya póliza se considera universal por amparar contra el conjunto, aunque no la totalidad, de los riesgos más comunes del transporte (art. 1120).

Si el incendio, v. gr., tiene como causa un motín o una conmoción popular, el seguro ordinario no da lugar a reparación. Para lograrlo requiere una cobertura adicional y expresa.

d) Otra confirmación de que el contrato de aseguramiento no indemniza plenamente la suministra el coaseguro, tanto el que emana de la aplicación de la regla proporcional, merced a la cual cuando no se ampara la totalidad del objeto se considera al asegurado como su propio asegurador en la fracción descubierta y por lo tanto obligado a sufrir una porción del daño (art. 1102), como el que procede de estipulación de los contratantes, casi siempre impuesta por el asegurador, por la cual el asegurado debe soportar una cuota en el riesgo, y, de consiguiente, en la pérdida (art. 1103).

En esta segunda modalidad, con el propósito de exigirle una mayor diligencia en la prevención del siniestro y salvo pacto contrario, se prohíbe al asegurado protegerse respecto a dicha cuota con un seguro adicional. La celebración de éste produce la terminación del contrato original.

e) La franquicia, que igualmente encuentra su autorización en el art. 1103, también reduce la indemnización.

Esta disminución del importe indemnizatorio exige cláusula especial y en virtud de ella el asegurado afronta la primera parte del daño cuando el monto del mismo supera el valor de la franquicia o la totalidad en el caso de que sea inferior; más que rebaja de la compensación de los perjuicios se presenta la pérdida de la misma en el segundo evento.

Puede convenirse también que el asegurado se libre de perder una parte de la indemnización cuando el valor del daño sobrepasa la franquicia. Depende todo del pacto que se acuerde.

f) De igual manera atenta contra la plenitud de la indemnización, el demérito que gradualmente y por el transcurso del tiempo y del uso sufren algunas cosas como la propiedad raíz, los equipos y la maquinaria y ciertos bienes muebles.

Es la denominada "depreciación por vetustez" que reduce la cuantía indemnizable, distanciándola, a veces en forma muy notoria, de la que correspondería por el bien en estado nuevo.

Se presenta entonces la desventajosa consecuencia de que con la suma que se le entrega, el asegurado no alcanza a reconstruir o a reemplazar el bien.

El nuevo estatuto comercial ofrece solución a este problema que tanta adversidad hacia el seguro ha creado, reconociendo plena eficacia a la cláusula de reposición en el art. 1090, disposición que así recoge la práctica que los grandes asegurados han venido imponiendo durante la vigencia de la actual legislación que en ninguno de sus textos aprueba expresamente este pacto.

g) Pero tal vez el factor que en mayor grado aminora indemnización proviene de la inestabilidad económica cuando se manifiesta mediante un proceso inflacionista en que la abundancia de los medios de pago debilita el poder adquisitivo de la moneda.

La reparación se paga con una especie monetaria devaluada e insuficiente, por el alza registrada en los precios, para reponer o reemplazar el objeto o el establecimiento siniestrado, no obstante que al concertar el contrato el tomador haya calculado acertadamente la suma asegurada.

Cabe entonces anotar que el efecto de la desvalorización en el campo del seguro no es otra que transformar una cobertura adecuada en un deficiente, un seguro de un infraseguro.

Los expositores señalan varios procedimientos para subsanar este inconveniente, como el pago en moneda extranjera estable, el pago en especie, la cláusula índice de precios y otros.

El primero no sería admisible en Colombia porque el estatuto de cambios internacionales prohíbe el libre mercado de divisas.

Podría sí estipularse la indemnización en una cantidad de moneda nacional liquidable al tipo de cambio de la extranjea, vigente al momento del pago pero indudablemente esto traería una sobreprima.

La segunda solución, limitada o concretada al reemplazo del bien o a su reconstrucción, tiene una amplia acogida legal en los arts. 1090 y 1110 del nuevo código.

La tercera supone un permanente acuerdo entre las partes para ir modificando periódicamente tanto el valor de la prima como la suma asegurada, con base en las variaciones ascendentes que se van registrando en los índices de precios cuando la moneda disminuye su capacidad de compra.

Frente a la ley colombiana una cláusula con dicho alcance es perfectamente válida; no requiere precepto legal que la autorice, pues no viola el principio de la indemnización y por lo tanto, lejos de significar una fuente de enriquecimiento ilícito para el asegurado, sólo garantiza la estabilidad financiera del importe de la reparación, es decir, el asegurado está protegido por la garantía de percibir, si se presenta el riesgo, una suma que por su cuantía le permita adquirir un bien igual al siniestrado, compensando de esta manera los efectos desfavorables de la desvalorización monetaria.

Una de las compañías aseguradoras del país acaba de sacar al mercado una póliza de seguros de vida en que el valor asegurado se aumenta automáticamente en la cantidad de \$ 15.000.00 anuales, con lo que pretende afrontar los efectos de la devaluación.

El tema anterior, sobre el cual formula una admirable exposición el profesor Luis Benítez de Lugo, pertenece a las ciencias económicas más que a las jurídicas y de ahí que para fines del presente trabajo se estime suficiente la breve referencia hecha.

Resulta importante anotar que las consideraciones precedentes se entienden válidas aún para los casos en que el contrato haya sido adecuadamente concertado en cuanto a la suma asegurada, lo que indica que la situación para el asegurado presenta agravantes todavía más serios cuando, al devenir el siniestro, el valor del bien excede a la cantidad del seguro.

También ha de observarse que no existe impedimento de orden legal para pactar un contrato que lleve plena indemnización, dentro de los límites de la suma estipulada en la póliza, librándola de las consecuencias pecuniarias que ordinariamente operan en su contra, tal como acaba de verse. Un seguro así concebido no contraría ninguna disposición de la legislación, exalta la finalidad propia de la institución y su legalidad proviene no sólo de la autonomía de la voluntad que aún se reconoce a los contratantes, sino también de los artículos 1090 y 1102 en su inciso segundo, equivalente éste al tercero del art. 656 del C. de 1887; estos textos suministran suficiente respaldo jurídico al seguro en referencia.

## 171. LOS SEGUROS PERSONALES NO SON CONTRATOS DE INDEMNIZACION

Los preceptos del código de 1887 referentes a la teoría indemnizatoria, mencionados en este mismo capítulo, se aplican a los seguros de daños únicamente. Así se han interpretado con fundada razón. A veces su propio texto y otras el espíritu de la norma y su examen coordinado con otros cánones conducen necesariamente al juicio precedente.

El reciente código respalda de manera más explícita esta afirmación. El art. 1088 establece el principio indemnizatorio respecto a los seguros de daños, lo que permite concluir que los de otra clase se gobiernan por regla diferente.

De acuerdo con lo anterior, mientras en los seguros de incendio, transporte, de vehículos, de responsabilidad civil, etc., el asegurado recibe una suma que se determina por el "monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido" (art. 1089), en los seguros de personas, el beneficiario, al ocurrir el evento contemplado en la póliza, tiene derecho a reclamar el valor íntegro del seguro, pactado previa y libremente por las partes, no importa que no se haya presentado un daño económico o que éste haya sido de una cuantía muy inferior a la suma del seguro o que su estimación en dinero sea difícil o imposible.

"Sobre esta base, escribe el doctor J. Efrén Ossa (Ob. cit., pág. 308), tanto puede percibir el valor del seguro el beneficiario que haya derivado un perjuicio de la muerte del asegurado, como aquél que haya obtenido un provecho económico".

El mismo autor transcribe las opiniones de Isaac Halperin y de Maurice Picard y Andre Besson, quienes en su orden exponen: "Esta característica no existe en el seguro de vida y menos en el de supervivencia. En estas clases de seguros, el capital se debe al tiempo del vencimiento o del siniestro, porque se percibió la prima correspondiente, sin prueba del daño, aunque se hayan cobrado otros seguros o se haya percibido la indemnización por la muerte, o aún si ésta no produjo ningún daño, o también si ha sido beneficiosa".

"En realidad, el seguro de personas no es un contrato de indemnización: es sólo una promesa de capital, no sujeta a ningún límite, pues las razones de orden público, que sirven de fundamento al principio de la indemnización, no le son aplicables".

El doctor Ossa Gómez, al sustentar la tesis de que el seguro de vida y el de accidentes personales no se regulan por la regla indemnizatoria, rebata, y a fe que obtiene su propósito, la doctrina contraria que concibe y admite la indemnización como característica propia y común a todos los seguros.

Haciendo gala de un innegable dominio de la materia, expone en forma muy convincente una serie de 29 argumentos. Conviene citar siquiera unos pocos, sin entrar en pormenores.

Este connotado autor afirma que la muerte "no necesariamente" es germen de daño patrimonial y mucho menos para la persona que la padece, como por ejemplo para un inválido o para un anciano o para quien vive de rentas y ya nada puede producir. Aceptando, en gracia de discusión, que la muerte causa daño, existe la imposibilidad de evaluarlo anticipadamente, así sea con carácter meramente aproximativo; si se hace en abstracto con un criterio subjetivo, resultará una valoración arbitraria.

La suma asegurada no corresponde a la magnitud desconocida de un daño eventual sino a la medida de una protección futura que se juzga adecuada a las necesarias conveniencias del estipulante o de sus beneficiarios, protección que constituye el verdadero motivo determinante del contrato.

Al paso que la vigencia del seguro transcurre es cada vez menos seguro y más ahorro y puede llegar el día en que aquél como tal esté agotado, por lo que presentándose, a partir de ese momento, la muerte del asegurado no hay lugar a la indemnización pero sí al pago de la suma suscrita, no por haberse producido un daño ni porque ese presunto perjuicio se haya estimado en dicha suma, sino porque representa el ahorro acumulado en provecho de los beneficiarios del suscriptor.

## 172. LIMITACION Y EXCEPCION DE LA TESIS EXPUESTA

Acercas de la tesis de que los seguros de personas carecen de una calidad indemnizatoria no hay unanimidad de criterios, como se lee en la misma exposición del doctor Ossa Gómez. No puede hablarse en términos absolutos. Dadas la extensión y complejidad del tema, sean suficientes estas reflexiones:

a) Repárese en los adverbios "no necesariamente" porque si es realidad que "la vida en sí misma no se indemniza: quien la pierde deja de ser sujeto de derechos" (Valencia Zea, Ob. cit. Tomo VI, pág. 228), también lo es que en una inmensa mayoría de casos, el fallecimiento de una persona engendra indiscutiblemente daño real para sus allegados y que por el hecho de que sea difícil traducirlo a cifras económicas, no pierde la naturaleza de tal, por lo que una parte indeterminada de la suma que reciben sus beneficiarios, ostenta bajo apreciación, un carácter indemnizatorio.

b) Se hace imperativo aceptar una excepción en algunos seguros personales de accidentes y enfermedades en los que se conviene pagar, no un capital previamente establecido, sino los gastos de asistencia médica, hospitalaria, quirúrgica o farmacéutica o una pensión durante la incapacidad igual al ingreso o salario dejado de percibir; existe en estos casos una indemnización regulada por los perjuicios sufridos por el incapacitado y no libremente por la voluntad soberana de las partes.

Es ésta la razón por la que nueva legislación, apartándose del criterio y de la norma que gobiernan los seguros de personas, asigna en el art. 1140 un carácter reparador a los amparos de gastos, a que se hace alusión en el párrafo precedente y los somete a la disciplina de los seguros de daños.

c) Dejando a salvo, desde luego, la verdad de la argumentación traída por el doctor Ossa Gómez, en el siguiente pasaje de José Orterga y Gasset (Ensayos Escogidos, 3ª Edición, 1967, pág. 46), es posible ver un apoyo para pensar que el daño económico, ciertamente imposible de evaluar con exactitud antes o después de su producción, no se origina en la muerte misma sino en el discurrir de la propia vida, considerada ésta como un bien patrimonial, por qué no, que en la medida en que transcurre aproxima lenta o repentinamente a la persona al inevitable hecho final, restándole día a día su capacidad biológica e intelectual de producción y muchas veces, como ocurre en los absolutamente incapaces por enfermedad o por vejez, el daño se hace presente con anterioridad a la muerte.

Pero, a qué proseguir con tema tan luctuoso, meramente teórico, en lugar de entrar a gozar de la lectura de tan prestigioso ensayista: "Hace poco, un gran fisiólogo (Ehrenberg) ha mostrado cómo no puede definirse la vida sin la muerte. Es aquélla un proceso químico en cadena, cada una de cuyas reacciones dispara inevitablemente la

sucesiva hasta recorrer la serie predeterminada fatal. Desde el primer momento, como un móvil en su trayectoria, va la vida lanzada a su consumación: tanto vale decir que se vive como que se desvive. El fenómeno de morir se va produciendo desde la concepción. No cabe variar el proceso inexorable; sólo es posible artificialmente frenarlo, hacer que cada reacción tarde más en producirse. Una vida de ritmo lento será más larga que una vida en prestissimo, pero en definitiva, no hay más vida químicamente hablando en una que en otra...; las emociones y el pensamiento son los más formidables aceleradores del quimismo vital, lo llevan a latigazos en frenética carrera y son, como Gracián diría, "postillones de la vida que sobre el común correr del tiempo añaden su apresuramiento genial".

### 173. REGLAS QUE DETERMINAN LA CUANTIA INDEMNIZABLE

Se parte aquí de varias premisas: la realización del riesgo contra el cual se contrató la protección y no de uno diferente al previsto en la póliza; la existencia de un daño que, derivado de tal riesgo, haya afectado el patrimonio del asegurado y la ausencia de hechos que por virtud de normas legales o contractuales hagan ineficaz el derecho a la indemnización. Estos son los presupuestos indispensables para entrar a medir la cuantía de la reparación.

La regulación del monto de la indemnización no siempre es labor fácil por la imposibilidad de hacerla en base a un solo factor. Participan varios elementos sin cuya concurrencia no puede establecerse el valor de la prestación a que el asegurador es acreedor. Son ellos, en su conjunto, los que integran la reparación en su acepción jurídica y la individualizan en un guarismo.

Aparece en primer lugar la suma asegurada, luego el valor real del interés protegido y después el monto efectivo del daño sufrido. En segundo plano la regla proporcional y finalmente otros factores como el coaseguro y la franquicia, fenómenos a que ya se hizo alusión en este capítulo y que forzosamente contribuyen a fijar la cifra en que se concreta la obligación del asegurador.

La presencia de los tres primeros es esencial y de ahí que su omisión quebrante la calidad indemnizatoria del seguro. En cambio, la regla proporcional se mira como de la naturaleza del seguro. Se entiende pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial, pero las partes pueden derogarla. El coaseguro y la franquicia son accidentales y por ello su aplicación está condicionada a un pacto expreso.

## 174. LA SUMA ASEGURADA

Indica el valor nominal del seguro. Debe expresarse en la póliza. Es la estimación previa en dinero del objeto o del interés asegurado, hecha por las partes al celebrarse el contrato.

Ha de fijarse con un criterio razonable, procurando que en lo posible represente el valor del bien. Como éste puede variar en orden ascendente, es natural que en la ejecución del contrato la suma asegurada esté sujeta a aumentos o reducciones.

Por ser él quien mayor contacto posee con el objeto y por mantener un interés directo y fijo en su conservación, muy activa es la intervención del asegurado en la determinación de la suma mencionada, en oposición de la muy pasiva del asegurador quien prácticamente se limita a adherir a ella, aunque su derecho de objetarla por desproporcionada es innegable. Lógico resulta entonces que lleve sobre sí los errores de apreciación en que voluntaria o involuntariamente incurra.

Pero es de advertir que esta forma de calcular la suma del contrato sólo opera en los seguros reales; no en los patrimoniales en que el amparo cubre, como lo indica su nombre, un patrimonio en general, siendo más que imposible estimar previamente los daños que podrían perjudicarlo; así en el seguro de responsabilidad civil, los perjuicios al tiempo de suscribir el contrato, son imprecisos, indeterminables.

Igual observación hay que formular sobre los seguros personales en que, conforme a la doctrina más generalizada, el daño o no existe jurídicamente o no puede valorarse económicamente, mucho menos en forma anticipada, con la salvedad ya anotada para los amparos de daños.

Como consecuencia obligada de lo expresado, cuando el interés no sea susceptible de una evaluación, las partes quedan en libertad de estipularlo libremente (arts. 1087 y 1138).

En orden a precisar mejor su significado, conviene aportar otras consideraciones. Cuando el legislador, en el numeral séptimo del art. 1047, ordena que la póliza declare la suma asegurada o el modo de precisarla, se propone fijar el máximo de responsabilidad del asegurador. Este puede ser obligado hasta esa cantidad. Nunca más allá. Por

eso la indemnización en los seguros de daños y la suma pactada en los seguros de personas, en ningún caso, podrán excederla. Es lo que dispone el inciso 2º del art. 674 del c. de 1887 y lo confirma, en diferentes términos, el art. 1079 del de 1971 al decir que "El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del art. 1074".

Este último texto alude a los gastos en que incurre el asegurado para evitar la extensión y propagación del siniestro y proveer al salvamento de las cosas y que son de cargo del asegurador, en lo que algunos han querido ver una excepción al principio de que la suma asegurada es el límite máximo de la cuantía indemnizable.

Según ellos se quebranta esta norma cuando el total de los gastos y el monto reparador sobrepasan la suma del seguro. Pero no; dichos gastos no forman parte de la indemnización. Se hacen con ocasión del daño pero son diferentes a él. De ahí que la ley impida deducirlos de la reparación.

No es la anterior la única significación de la suma asegurada. Cuando equivale al valor del objeto real, el asegurado estará suficientemente protegido (seguro adecuado); si lo supera, estará excesivamente amparado y la prima tendrá un sobre costo innecesario (sobreseguro) y si es inferior, estará deficientemente cubierto y se constituirá, parcialmente, en su propio asegurador (infraseguro).

El segundo caso se deja ampliamente examinado en todas sus consecuencias al estudiar la póliza de valor admitido o mejor presunto (art. 1089, inciso 2º y art. 1091) y el último se analizará cuando se entre a considerar la regla proporcional.

Una tercera finalidad se asigna a la suma asegurada. La prima se determina en proporción a ella y de ahí que el art. 1045, numeral 3º, identifique la prima como precio del seguro.

## 175. VALOR ACTUAL Y REAL DEL INTERES ASEGURADO

Constituye el segundo medio para graduar la indemnización.

Debe aplicarse obligatoriamente porque la suma asegurada no establece con precisión su cuantía.

El asegurado no se obliga más allá del valor real del interés asegurado y, por lo tanto, no puede exigírsele una cantidad que lo supere.

Que esto es cierto, lo dice con otras palabras el art. 656 del C. aún vigente al disponer que "No es eficaz el seguro sino hasta concurrencia del verdadero valor del objeto asegurado, aún cuando el asegurador se haya constituido responsable de una suma que le exceda" y el art. 689 cuando establece que "la indemnización a que se obliga el asegurador se regula dentro de los límites de la convención, sobre la base del valor que tenga el objeto asegurado, al tiempo del siniestro".

Y el nuevo código lo confirma con énfasis en su art. 1089 "... la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro...".

Es por esta razón por la que si se asegura en una cantidad inferior al verdadero valor del objeto, el asegurado queda desprotegido por la diferencia y, en cambio, cuando se contrata por una superior, el exceso del seguro no presta eficacia y produce la nulidad del seguro o su reducción, punto explicado al analizar la póliza de valor presunto.

Repárese en las frases "al tiempo del siniestro" y "en el momento del siniestro", consignadas en su orden en los dos últimos textos en cita. Significan ellas que el valor del objeto ha de apreciarse, para los fines de la indemnización, el día en que se realice el riesgo y no antes. De ahí que se hable del valor actual. "La indemnización del seguro sólo reemplaza el valor presente del objeto" (Luis Benítez de Lugo, ob. cit., Tomo II, pág. 17).

Por la naturaleza del bien cubierto en los seguros reales, que admite su previa estimación en dinero, a ellos son aplicables los preceptos legales citados en este numeral y los comentarios que éstos sugieren. No así a los seguros patrimoniales en que por la dificultad de apreciar anticipadamente el valor del interés asegurado, su valoración se deja a libre voluntad de las partes (art. 1089). La suma asegurada señala entonces la cuantía potencial de la responsabilidad del asegurador.

La causa anotada explica la norma establecida para los seguros personales (art. 1138), excepción hecha de los amparos de daños (art. 1140). La cantidad asegurada constituye el único medidor de la cuantía que a cargo del asegurador se deriva de la realización del

hecho previsto en el contrato. No se habla, respecto de ellos, de indemnización ni de valor del interés. El racional arbitrio de los contratantes es soberano para determinar la responsabilidad del asegurador.

"La fijación de la cantidad asegurada y todas las condiciones accidentales del contrato quedan al arbitrio de las partes" (art. 701 del C. de 1887), norma que reproduce el art. 1138 de la nueva codificación en estos términos: "En los seguros de personas el valor del interés no tendrá otro límite que el que libremente le asignen las partes contratantes...", a quienes no es dado abusar de esta facultad.

## 176. SU DEFINICION Y CRITICA

"Valor real" y "Verdadero Valor" expresan los referidos arts. 1089 y 656. Se impone una explicación. Doctrinariamente se entiende como tal el precio en que pudo haberse vendido el objeto el mismo día del siniestro, es decir, "la estimación comercial".

La legislación colombiana no ofrece un concepto sobre el particular pero es fácil llegar a él partiendo de las extensas consideraciones que sobre este particular formula el tratadista que se acaba de transcribir, (Tomo II, págs. 12 a 17) y la exposición del profesor J. Efrén Ossa (Obr. Cit., pág. 419); para los objetos sometidos al uso o aprovechamiento económico, como la propiedad raíz, equipos y maquinarias industriales, el valor real es su costo de reposición, menos la diferencia de nuevo a viejo (deducción por vetustez), salvo que ésta se excluya por convenio expreso; para los bienes destinados a la explotación comercial, el precio de costo corriente al tiempo del siniestro, pero podrá agregarse el respectivo porcentaje de lucro cesante si así se hubiere pactado.

Con el aludido autor español, cabe censurar por inequitativa la regulación del importe indemnizatorio a base del valor real cuando éste se aparta notoriamente del valor de utilización: "lo que el asegurado entiende hacer garantizar es el riesgo de pérdida real. Lo que él quiere encontrar en la indemnización del siniestro es la compensación de su pérdida real. El necesita, pues, que la póliza le asegure el valor real del objeto y que se le restituya, después de su destrucción, bajo forma de indemnización. Ahora bien, el valor real del objeto asegurado no es el pobre precio que el asegurado pudiera obtener si él lo vendiese como mueble o aparato de ocasión; es el

valor de utilización que este objeto representa en su patrimonio en el presente y para el porvenir. Está en función, por una parte, de lo que el objeto valdría, en el estado de nuevo, el día del siniestro y, de otra parte, de la depreciación que él ha sufrido por efecto del uso y de su vetustez. Se ve cómo el valor así comprendido y definido puede diferir del valor venal" (Obr. Cit., Tomo II, pág. 18 y 19).

#### 177. EL MONTO EFECTIVO DEL DAÑO SUFRIDO

El valor actual y real del interés asegurado no basta para determinar la cifra de la indemnización, porque si bien es cierto que ésta no puede sobrepasar dicho límite, no lo es menos que tampoco puede superar el monto verdadero del perjuicio causado por el siniestro. Por eso, cuando el objeto se ha estimado en una cantidad superior al daño presentado, se repara únicamente el valor de éste y no el asignado a aquél.

Se dijo ya que el seguro es por naturaleza un contrato puramente de reparación, de donde se colige que el asegurado, después del siniestro, no puede percibir una indemnización cuya cuantía exceda del perjuicio realmente sufrido. Económicamente su posición, en tal momento, no puede convertirse en fuente de ventajas o enriquecimiento.

Esta limitación objetiva de la responsabilidad del asegurador, se halla consagrada expresamente en el art. 641 del anterior código y en los arts. 1088 y 1089 del nuevo estatuto y sobra advertir que en ambas legislaciones son numerosos los preceptos que se inspiran y explican en esta doctrina; es el mismo régimen jurídico del seguro el que encuentra su razón de existir, su justificación y defensa, en el principio de que el asegurador no se obliga por una cantidad superior al importe del daño patrimonial o de la pérdida material efectivamente experimentada por el asegurado.

Mas al aseverar que la cuantía del perjuicio determina la cifra de la indemnización, no puede olvidarse que se está hablando de los seguros de daños y, de consiguiente, la afirmación no tiene extensión a los seguros de personas. Se comentó antes que éstos no se regulan por el principio indemnizatorio. La suma asegurada es en ellos la medida objetiva y real de la obligación del asegurador, quien, por este motivo, cumplido el hecho, se ve en el deber de entregar al beneficiario un capital igual, ni más ni menos, al valor del seguro.

Es necesario precisar el concepto del 'monto efectivo del daño sufrido'.

Puede decirse que no es otra cosa que el valor real del bien, determinado en la forma indicada en numeral anterior y disminuído por el avalúo del salvamento. El pasaje que Luis Benítez de Lugo deja correr en su obra citada (Tomo II, págs. 107 y 108) ilustra con suficiencia el punto: "Conocido el valor actual de los objetos, o sea, el valor real que tuvieren en el momento del siniestro, se procede a la evaluación del salvamento y por tal se entiende:

a) El valor real e intrínseco de los objetos o de la parte de cada objeto que se hubiese preservado del siniestro;

b) El valor real e intrínseco de los objetos deteriorados y de los escombros, residuos, materiales y restos que procedan de objetos destruídos. El daño o pérdida real viene representando por la cantidad equivalente a la diferencia entre el valor real del objeto en el momento del siniestro y el valor del salvamento".

Conocida la valoración del daño resulta fácil llegar a la de la indemnización, uno de los objetivos de la exposición que sigue.

## CAPITULO XV

### LA REGLA PROPORCIONAL SEGUROS EXCESIVOS Y SEGUROS COEXISTENTES

#### 178. RELACION DE LA SUMA ASEGURADA, DEL INTERES ASEGURADO Y DEL VALOR DEL DAÑO

Se ha visto hasta ahora, en apartes separados, que el importe indemnizatorio, cuando más, puede igualar la suma asegurada, pero nunca superarla y que también está limitado por el valor real y actual del interés asegurado y por la cuantía efectiva del daño físico, puesto que tampoco puede excederlos.

Pero hácese necesario analizar la relación que entre sí guardan estos límites de la principal obligación del asegurador y esta oportunidad la concede el estudio de la regla proporcional, denominada también cláusula de prorrateo.

Anteriores consideraciones permiten testimoniar que el valor del seguro y el valor del bien que se ampara integran conceptos diferentes. Además ha de recordarse que el seguro expresa el daño garantizado que no siempre coincide con el daño efectivo.

La comparación de estas nociones conduce a tres resultados:

a) Igualdad de ambos. Se presenta entonces el seguro completo y suficiente. El asegurado se protege adecuadamente. No paga primas excesivas. El asegurador recibe un precio proporcionado al riesgo que asume y a la indemnización a cuyo pago puede verse obligado. En caso de siniestro, pagará íntegramente el valor del bien si la destrucción es total y si parcial, el valor del daño.

He aquí la importancia de que al fijar la suma asegurada se procure, como antes se dijo, que represente el valor del bien al momento de ocurrir el riesgo. Es lo que sucede, v. gr., en un seguro contratado por \$ 10.000.00 sobre un objeto que vale \$ 10.000.00; si el siniestro lo destruye totalmente, el asegurado recibe el valor total, esto es, \$ 10.000.00; en caso de destrucción parcial, percibe una indemnización representativa de los daños.

b) Superioridad del valor asegurado sobre el valor del bien. Se incurre en la institución del sobreseguero, en un exceso de protección que no ofrece utilidad para el asegurado puesto que no le es lícito derivar de él ningún beneficio.

En el ejemplo propuesto, si la suma se fija en \$ 12.000.00 el asegurado no puede aspirar a una indemnización mayor de \$ 10.000.00 cuando el objeto se pierde en su integridad porque esta última cifra representa su verdadero valor como tampoco a una suma que exceda el monto de la pérdida parcial.

c) Inferioridad del valor asegurado frente al valor del objeto. Es ésta la hipótesis que interesa para explicar la regla proporcional.

Cuando la suma estipulada en la póliza no representa la totalidad del verdadero valor del bien, necesariamente una parte del mismo, la diferencia entre aquélla y éste, se encuentra desprotegida. Por esa fracción no cubierta, no responde el asegurador, y si se pierde o deteriora con el siniestro, es el asegurado quien asume los daños, por lo que se ha dicho, en términos muy ilustrativos, que se constituye en su propio asegurador.

Se tiene, pues, como resultado la existencia de un seguro deficiente, conocido con los nombres de infraseguro y subseguro.

#### 179. CONCEPTO Y EXPRESION MATEMATICA DE LA REGLA PROPORCIONAL

El peligro amenaza el cuerpo íntegro del bien, tomado en su unidad material y no en fracciones. El riesgo, que es indivisible, afecta con la eventualidad del daño, todas las partes del objeto o todos los componentes de un conjunto amparado en una misma póliza. Y cuando

una de tales partes o uno de tales elementos no está protegido, el siniestro no selecciona para destruir o deteriorar únicamente las fracciones aseguradas y dejar a salvo las restantes o viceversa.

Los dos extremos son insostenibles bajo todo punto de vista. Se pregunta, entonces, ¿quién responde por los daños? Ambos contratantes participan en ellos, proporcionalmente a la suma no asegurada o, en otros términos, a la diferencia que se da entre el valor de la póliza y el que realmente tenga el objeto a la fecha del siniestro. Es que la regla proporcional no es más que la expresión, consciente o no, del reparto del riesgo y de la responsabilidad entre el asegurado, quien conserva una parte, y el asegurador, quien al recibir el traslado de la otra, limita su obligación al valor real que esta última tenga al momento del siniestro.

Cabe ya puntualizar, con Garrido y Comas (Obr. Cit., pág. 383), el concepto de la regla proporcional: "Cuando de la estimación de los daños se desprende que el importe asegurado en el contrato es inferior al valor del objeto asegurado, el asegurador indemnizará solamente, salvo pacto en contra, en la proporción existente entre la suma asegurada y el valor comprobado".

Para mejor entendimiento conviene acudir al ejemplo escogido. Cuando el objeto, que vale \$ 10.000.00, se ampara sólo en \$ 8.000.00 la póliza protege cuatro quintas partes del bien, esto es, la proporcionalidad entre ambas cifras y el propietario o interesado conserva el riesgo sobre la parte restante. Al acaecer un siniestro parcial que se avalúa en \$ 9.000.00, la indemnización será de \$ 7.200.00 o sea o sea cuatro quintos del perjuicio; el asegurado soporta el último, es decir, \$ 1.800.00.

¿Por qué no más que \$ 7.200.00 en lugar de \$ 8.000.00 que es el valor del seguro? Porque la primera cifra representa la proporción entre los valores de la póliza y del objeto.

Una sencilla fórmula matemática, la multiplicación y la división combinadas en una regla de tres, conduce a establecer la cifra indemnizable: la suma asegurada sirve de multiplicando y el avalúo del perjuicio patrimonial, de multiplicador; el producto, de dividendo y el valor real del bien, de divisor; el cociente marca la cuantía de la reparación. En resumen, se multiplica el seguro por el daño y el resultado se divide por el valor del bien.  $\$ 8.000.00 \times \$ 9.000.00 = 72.000.000.00 \div \$ 10.000.00 = \$ 7.200.00$ .

¿Qué sucede cuando el daño conlleva destrucción total? Se observa el primer límite de la responsabilidad del asegurador según el cual éste no se obliga más allá de la suma asegurada, por lo que en el evento supuesto indemniza la cantidad de \$ 8.000.00. Se afirma por tal motivo que cuando se presenta el siniestro total, no hay lugar a la regla proporcional. Sin menoscabar la verdad del aserto, nótese que la aplicación de la cláusula del prorrateo da en la práctica los mismos resultados porque si la póliza asegura cuatro quintos de \$ 10.000.00, al destruirse íntegramente el bien, podrá exigirse cuatro quintos del daño o sea la cantidad de \$ 8.000.00, igual a la suma asegurada.

## 180. SU NATURALEZA JURIDICA

El nuevo código se refiere a la regla proporcional en el art. 1102, que constituye una transcripción casi textual del inciso 2º del art. 656 de la codificación anterior. En él se afirma que "No hallándose asegurado el íntegro valor del interés, el asegurador sólo estará obligado a indemnizar el daño a prorrata entre la cantidad asegurada y la que no esté".

Añade la disposición que "sin embargo, las partes podrán estipular que el asegurado no soportará parte alguna de la pérdida o deterioro sino en el caso de que el monto de éstos exceda de la suma asegurada". Con arreglo a este precepto, la institución que se viene comentando no pertenece a la esencia del seguro; se explica de esta manera la posibilidad, reconocida legalmente, de su derogación mediante pacto en contra incorporado en el clausulado del contrato.

El acuerdo derogatorio de la regla no viola la norma indemnizatoria. Esta conserva todo su vigor cuando los contratantes convienen no aplicar aquélla. En nada se quebranta el principio si en el repetido ejemplo los daños estimados en \$ 8.000.00 se indemnizan en esta suma, porque los tres límites reguladores de la obligación del asegurador no se exceden.

La cláusula del prorrateo no tiene como finalidad defender el carácter resarcitorio del seguro sino sancionar la falta de previsión del asegurado al celebrar el contrato por una suma inferior a la del objeto o su voluntad de pagar una prima inferior de la que correspondía al valor total del riesgo.

Entre las consecuencias provenientes de su eliminación contractual se citan el seguro de primer riesgo, previsto en el último precepto transcrito, y el seguro de valor presunto autorizado en el art. 1089, inciso 2º, ambos examinados en el capítulo relativo al estudio de las pólizas. Estos dos seguros constituyen, pues, excepciones a la regla en estudio.

Corresponde anotar, por último, que la cláusula de distribución es de aplicación restringida a los seguros de cosas o de intereses concretos y que carece de toda incidencia en los seguros de personas ya que en éstos el asegurador asume una responsabilidad cuya cuantía patrimonial se gobierna por la suma pactada.

## 181. LOS SEGUROS EXCESIVOS Y EL PRINCIPIO DE LA INDEMNIZACION

A fin de observar el principio indemnizatorio, la legislación regula los efectos del exceso de seguro, para impedir que mediante esta institución, que con desafortunada frecuencia es la manifestación de la mala fe, el asegurado obtenga un ingreso económico distinto al compesantorio de la pérdida.

La nueva codificación sanciona el sobreseguro con la nulidad del contrato, sin devolución de la prima, cuando el exceso proviene de dolo del asegurado, y con la reducción del seguro y la disminución de la prima cuando la exageración de la suma asegurada respecto del objeto o interés obedece a error o a otra circunstancia diferente al propósito de engañar al asegurador.

Este es el espíritu y la doctrina incorporados en el art. 1091 que determina el régimen del sobreseguro y que con breves modificaciones corresponden al estatuido en el art. 658 de la anterior codificación. Dice así la disposición:

"El exceso del seguro sobre el valor real del interés asegurado producirá la nulidad del contrato, con retención de la prima a título de pena, cuando de parte del asegurado haya habido intención manifiesta de defraudar al asegurador. En los demás casos podrá promoverse su reducción por cualquiera de las partes contratantes mediante la deducción o rebaja de la prima correspondiente al importe del exceso y al período no transcurrido del seguro".

"La reducción no podrá efectuarse después de ocurrido un siniestro total", lo que en realidad se estipula como garantía en favor del asegurado ya que la ley presume que si el asegurador no solicitó dicha reducción durante la vigencia del contrato fue porque consideró que no existía ninguna exageración.

En los comentarios formulados alrededor de la póliza de valor presunto se explica cómo esta modalidad del seguro no beneficia o legitima, al menos en los seguros terrestres, el exceso del contrato.

## 182. LOS SEGUROS COEXISTENTES A LA LUZ DE LA NORMA INDEMNIZATORIA

La reglamentación que sobre el particular dicta el legislador se inspira, como en el caso anterior, en el propósito de tutelar la norma tantas veces enunciada de que el seguro se concibe solamente como institución con fines meramente reparadores, y a fe cierta que esta finalidad se logra porque del examen de los respectivos preceptos se concluye que el seguro doble y el seguro múltiple carecen, exceptuados unos pocos casos, de justificación y utilidad para el asegurado, quien al contratarlos viene a sufragar inoficiosamente varias primas.

Con arreglo al art. 1094 existe pluralidad o coexistencia de seguros cuando se reúnen las siguientes condiciones: diversidad de aseguradores, identidad de asegurado, identidad de interés asegurado e identidad del riesgo, es decir, se da esta figura cuando varios contratos celebrados entre diferentes aseguradores y un mismo asegurado garantizan de igual manera la cobertura de un determinado objeto o interés contra el mismo riesgo.

El aludido precepto omite un quinto requisito que aparece incluido en el proyecto del nuevo código: la simultaneidad de la vigencia de los distintos contratos en el momento del siniestro. Pero no hacía falta incorporarlo al texto porque si a la fecha de producción del riesgo uno de los seguros ha dejado de regir lógicamente no coexiste con los demás.

Otra condición, no expresada en el canon legal, es la validez de los contratos. Pero es obvio que sólo concurren los válidamente celebrados. Los inexistentes no producen el efecto de obligar a los respectivos aseguradores ni el derecho de reclamar indemnización (art. 897 y 898). La sentencia de nulidad fundada bien es una de las cau-

sas generales establecidas en el libro de los contratos y obligaciones mercantiles (899 y 900) o bien en uno de los motivos particularmente previstos en la legislación especial del seguro, libera al asegurador del deber de resarcir y si ya lo había cumplido, le otorga el derecho a la restitución de la cantidad pagada (art. 822 del nuevo C. de Comercio y art. 1746 del C. Civil).

Por eso las disposiciones mencionadas respaldan el juicio de que ni los seguros inexistentes, ni los declarados nulos concurren a la indemnización, tanto en los contratos sucesivos como en los simultáneos. Pero el asegurado no se perjudica porque en uno y otro evento sigue protegido por los demás contratos subsistentes. Estos asumen la cuota de responsabilidad correspondiente al seguro inexistente y al declararlo judicialmente nulo.

## 183. SU REGLAMENTACION EN EL CODIGO DE 1887

Partiendo de la fecha de su celebración, la doctrina establece dos categorías de seguros múltiples: los simultáneos y los sucesivos, según sean emitidos en la misma fecha o en diferentes días. Esta clasificación puede tener suma importancia de acuerdo a los sistemas que se adopten para distribuir la responsabilidad de cada asegurador.

Por virtud del art. 646, numeral 3º, no pueden ser materia de seguros "Las cosas íntegramente aseguradas, a no ser que el último seguro se refiera a un tiempo diverso o a riesgos de distinta naturaleza de los que comprenda el anterior".

Esta norma, cuyo objetivo no es otro que evitar el cúmulo de indemnizaciones, aparece debidamente desarrollada en los siguientes preceptos:

### a) Seguros Sucesivos.

El art. 649 establece la responsabilidad de los aseguradores con base en un criterio de prioridad cronológica: "sólo valdrá el primero, siempre que cubra el valor íntegro del objeto asegurado. No cubriéndolo, los aseguradores posteriores responderán del valor descubierto, según el orden de las fechas de sus respectivos contratos".

El texto sugiere dos comentarios: se necesita que todos los seguros hayan estado asistidos desde su celebración por la "buena fe",

(primer inciso), pues de lo contrario cualquier propósito doloso que haya inspirado al asegurado vicia de nulidad todos los seguros, y los aseguradores que no concurren a indemnizar, porque la obligación recayó en los anteriores, según el orden ya indicado, han de restituir la prima porque sus contratos quedan nulos al comprender un interés ya suficientemente amparado; tienen sí el derecho a ser compensados por los gastos efectuados con ocasión de su celebración (segundo inciso).

#### b) Seguros Simultáneos.

Estatuye el art. 650 que todos los aseguradores, sin distinción de fechas de contratos, se obligan a prorrata de las cantidades aseguradas. Quedan responsables "en proporción a la suma que cada uno de ellos hubiere asegurado.

Tiene también aquí su consecuencia la buena fe porque si al celebrar varios contratos falta ella, los aseguradores pueden dejar de concurrir a la indemnización fundamentando su conducta en la nulidad de los seguros, la que una vez declarada consolida su posición. Es apenas una aplicación de la teoría de la buena fe que gobierna el régimen imperante en la materia.

#### c) Carácter imperativo de los métodos de prioridad y de proporcionalidad.

Las normas dictadas en los dos artículos anteriores obligan perentoriamente al asegurado, a quien le es prohibido cancelar seguros anteriores con el objeto de hacer responsables a los aseguradores posteriores y, a pesar de que no medie la terminación del contrato, tampoco puede exonerarlos de sus obligaciones.

En ambos casos, "quedará colocado en su lugar, en el mismo orden y por la misma suma que aquéllos hubieren asegurado", esto es, se constituye en su propio asegurador en la forma indicada. Este es el resultado de la infracción de las dos prohibiciones que pesan sobre el asegurado. El mismo se está autosancionando. En nada se perjudican los aseguradores que siguen al liberado. Le queda sí un procedimiento para trasladar la sanción porque al celebrar un nuevo contrato, cede su puesto al asegurador.

A las anteriores conclusiones conduce el análisis del art. 651 cuya redacción peca de extremada confusión, cuando no de contradicción. Se refiere a contratos "anteriores y posteriores", lo que sólo es posible en los seguros de diferentes fechas, y sin embargo ordena que sus reglas se apliquen a éstos (art. 649) y también a los celebrados en un mismo día (art. 650). Suprimidos los mencionados adjetivos, el texto muestra claridad y evita cualquier dificultad para satisfacer el laudable deseo del legislador.

#### d) Seguros Subsidiarios.

El art. 652 consagra la legalidad del seguro contra el riesgo de no pago de la indemnización por parte del asegurador que está obligado a satisfacerlo con arreglo a un contrato anterior. Es una especie de seguro concurrente sucesivo.

"Aunque una cosa haya sido asegurada por todo su valor, es permitido asegurarla de nuevo, bajo la condición de que el segundo asegurador sólo será responsable, siempre que el asegurado no sea completamente indemnizado por el asegurador".

Es fácil observar que esta disposición, en la que se ha visto un antecedente del seguro de crédito, garantiza la insolvencia del asegurador original pero no sólo ésta sino también su incumplimiento por causas distintas a la incapacidad económica de pago; son éstos los amplios alcances que el doctor Ossa Gómez, al comentar este seguro, denominado acertadamente por él "seguro condicional", asigna al texto transcrito (Obr. Cit., pág. 347).

"A nuestro juicio, escribe, la aplicación de esta norma puede extenderse a estos eventos: 1.-) Si el primer seguro resulta insuficiente. En este caso la indemnización, tratándose de pérdida total o parcial, será completada por el segundo asegurador. 2.-) Si el primer asegurador es insolvente. Caso en el cual el segundo asegurador efectuará el pago de la indemnización y se subrogará en los derechos del asegurado contra aquél. 3.-) Si por cualquier otro motivo no efectúa el pago, a menos que pueda atribuirse al asegurado fraude o dolo".

#### e) Nuevo seguro por cancelación del anterior.

Hallándose en vigor el seguro puede contratarse uno nuevo para proteger el bien con una cobertura exactamente igual pero siempre que se cancele el anterior.

Obsérvese que es un caso diferente al contemplado anteriormente en el art. 651 que hace referencia a la finalización de un seguro de los varios ya celebrados.

El nuevo contrato, como autónomo que es, viene a obligar al asegurador en forma excluyente y desde su iniciación; no concurre con el anterior porque éste termina cuando comienza el segundo.

El art. 653 lo precisa en estos términos: "Desistiendo en forma legal de un seguro contratado, el asegurado podrá hacer asegurar nuevamente la cosa asegurada, por el mismo tiempo y los mismos riesgos. En la nueva póliza se hará mención, so pena de nulidad, tanto del seguro anterior como del desistimiento".

#### 184. EN EL CODIGO DE 1971

a) Criterio único. La nueva codificación no diferencia, para regular la indemnización, entre seguros sucesivos y simultáneos. Ambos quedan gobernados por el sistema de la proporcionalidad. Los aseguradores soportan la pérdida "en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos" (art. 1092).

Se deroga, pues, el orden de prelación cronológica, vigente en el c. de 1887 para los seguros sucesivos.

La voluntad de las partes es ineficaz para establecer otro sistema, porque la norma del citado art. 1092 es inmodificable por claro mandato del art. 1162.

De modo que no importa que los seguros estén datados en la misma fecha o en días diferentes; en uno u otro evento los aseguradores contribuyen a prorrata de las sumas aseguradas.

También bajo el imperio de la nueva ley la conducta dolosa del asegurado produce la nulidad de los contratos múltiples. La eficacia de éstos se condiciona a la buena fe en la contratación (último inciso del art. 1092).

No está de más anotar que el sistema legal comentado excluye la responsabilidad solidaria porque cada asegurador responde individualmente por la parte del riesgo que asume y, por lo tanto, las cuotas que incumben a los otros no gravitan sobre su patrimonio.

b) Coaseguro. Por disposición del art. 1095 la regla anterior se aplica al coaseguro, entendido como la repartición de un mismo riesgo y de su correspondiente prima entre varios aseguradores.

Cuando el asegurado, con el fin de no contratar la cobertura con un solo asegurador, lo que es frecuente para amparar riesgos de valor muy considerable, conviene que varios participen en el seguro, la responsabilidad se distribuye entre ellos proporcionalmente a los valores que hayan cubierto.

El coaseguro se presenta bien a petición del asegurado o bien con su aquiescencia previa y puede darse dentro de una misma póliza o en varias, esto es, los aseguradores pueden asumir el riesgo conjunta o separadamente.

c) Concurrencia de asegurados. Se quiere ahora explicar el caso de varios seguros celebrados con respecto a un mismo objeto por los titulares de los diferentes derechos que sobre él se tienen.

Es evidente que el interés del nudo propietario, el del usufructuario y el acreedor hipotecario radicados en determinado inmueble son asegurables, cada uno hasta por su valor real. Procede igual afirmación sobre los derechos del dueño de una maquinaria y de su acreedor prendario. Todos tienen capacidad de asegurar su derecho, dado que su patrimonio puede verse disminuído por la realización del riesgo y lo pueden hacer en forma simultánea o sucesiva y con el mismo o con distinto asegurador.

En verdad se presenta la existencia de varios contratos pero no la pluralidad de seguros en el sentido jurídico que a esta institución asigna el art. 1094 porque, aún cuando hay identidad de riesgo y diversidad de aseguradores, no es uno mismo el asegurado y los intereses protegidos no son idénticos.

Se trata, pues, de seguros independientes. Cada uno subsiste en forma separada del otro, pero ¿cómo se aplica, entonces, el principio de la indemnización frente a esta concurrencia de intereses? También de manera independiente. La totalidad de intereses radicados en el bien no puede estar representada en una suma que supere la de aquél en su conjunto. Tampoco cada interés en particular puede estimarse en un valor superior al que realmente tiene.

Esta es la explicación de que el aludido principio no se quebranta. Producido el hecho que la origina, la indemnización, que procede de todos los contratos, no podrá exceder el valor total del objeto en el momento del siniestro y la que recibe cada asegurado tendrá como límite máximo el valor real de su respectivo interés y el monto efectivo del perjuicio sufrido. La doctrina precedente aparece elevada a canon legal en el art. 1084.

d) Declaración de Seguros Coexistentes. La reciente codificación recoge la norma imperante en la actual (últimos incisos de los arts. 652 y 653 y el art. 680, numeral 6º) y la concreta en dos obligaciones para el asegurado. La primera, la de informar por escrito al asegurador los contratos de igual naturaleza que celebre sobre el mismo interés, dentro del término de 10 días a partir de su celebración (art. 1093). La segunda, la de aclarar los seguros coexistentes al dar noticia del siniestro, con indicación del asegurador y de la suma asegurada (art. 1076).

Resulta obvio que el propósito del legislador es el tantas veces anotado, o sea que impere la regla de que el seguro es un contrato meramente de reparación, del que no pueden derivarse provechos económicos que carezcan de carácter indemnizatorio.

e) Normas no incorporadas en el nuevo código. Guarda silencio esta obra respecto al seguro subsidiario, que según lo visto permite la protección contra el riesgo, teóricamente de mucha gravedad, de incumplimiento del asegurador.

También omite la reproducción de la norma del art. 653 relativo al desistimiento de un seguro para contratar otro.

Sería equivocado deducir que el nuevo estatuto desconoce, en perjuicio del asegurado, estas situaciones. Simplemente no era necesario reglamentar eventos tan concretos. En el primero, si el asegurado considera prudente ampararse contra la falta de pago de la indemnización, ningún obstáculo legal se le presenta para contratar un seguro subsidiario; por el contrario el art. 1084 respaldaría su proceder. En el segundo, cuando desee cambiar de asegurador, tampoco encuentra impedimento porque la revocación de un seguro trae consecuencias diferentes a la prohibición de asegurar nuevamente el bien con la misma cobertura (art. 1071).

## 185. COEXISTENCIA DE SEGUROS PERSONALES

El legislador, y así se expresó antes, en vista de la naturaleza exclusivamente reparadora que caracteriza a los seguros de daños, reglamenta su concurrencia distribuyendo entre los aseguradores la indemnización con el objeto de evitar que el asegurado reciba más de una. Pero como los seguros de personas, dado su peculiar condición, carecen de fines indemnizatorios, no están comprendidos dentro de dicha reglamentación.

Por la razón expuesta, una persona puede asegurarse contra los riesgos de muerte o de supervivencia con tantos aseguradores cuantos desee y una vez ocurrido el hecho previsto en las pólizas, cada asegurador vendrá a pagar la suma convenida.

La pruralidad de seguros personales da lugar, en consecuencia, a que el beneficiario reciba un cúmulo de prestaciones, una por cada contrato.

Sobre este particular, es oportuno recordar la disposición del art. 1138 conforme a la cual en esta clase de seguros el valor del interés no tendrá otro límite que el que libremente le asignen las partes, texto que corresponde al contenido del art. 701 del código de 1887.

Una excepción muy lógica presenta la doctrina, recogida por el nuevo código en su art. 1140. Los seguros de personas que amparan contra los gastos de enfermedades y accidentes son de naturaleza esencialmente reparadora; los daños patrimoniales, como las erogaciones para médicos, clínicas y farmacias, permiten una estimación económica desde el mismo momento en que se celebre el contrato, al menos en forma aproximada; de ahí que se regulan por las normas que gobiernan la indemnización en los seguros de daños.

## CAPITULO XVI

### LA SUBROGACION

#### 186. CONCEPTO

Por subrogación se entiende la transmisión, en favor del asegurador que ha pagado el valor de la indemnización y hasta concurrencia de esta suma, de los derechos que el asegurado puede ejercer contra los terceros responsables del siniestro.

El asegurador sustituye al asegurado indemnizado en la reclamación de perjuicios contra el autor del daño. Este, por su conducta culpable o delictiva, se hace deudor de la reparación de los perjuicios que ha causado y el acreedor inicial de esta protección entra a ser reemplazado por el asegurador, quien se convierte, por el pago del seguro, en el nuevo acreedor.

La subrogación se ha calificado como una consecuencia originada del principio de la indemnización debido a que impide que el asegurado se beneficie de dos prestaciones, la primera la que puede reclamar del asegurador con base en el contrato y la segunda, del responsable o del culpable de los hechos con fundamento en las reglas del derecho común, según las cuales quien ha sufrido un daño inferido por otro tiene la facultad de exigirle la respectiva reparación.

Pero también puede concebirse la regla subrogatoria como uno de los resultados inmediatos que produce el pago de la indemnización, por lo que podría estudiarse al tratar de la obligación principal del asegurador. Con todo, la distinción carece de trascendencia.

Como consideración justificativa de la subrogación, se afirma que el asegurado, después de recibir la reparación pecuniaria del perjui-

cio experimentado, pierde el derecho de dirigirse contra el autor del hecho, pues esta acción le reportaría doble indemnización por el mismo concepto y, de consiguiente, un enriquecimiento sin causa y por ello injusto.

En cambio el llamado a ejercerlo es el asegurador, quien se ha visto en la obligación de resarcir el daño y, por lo tanto, sufrido una disminución en su patrimonio. Su ejercicio encuentra una sólida garantía en la subrogación, institución que entonces resulta imperativa y necesaria, ya que el contrato de seguros no le sirve de base jurídica contra el autor del siniestro, porque éste no es parte contratante.

#### 187. LA SUBROGACION EN LA ACTUAL LEGISLACION MERCANTIL

El código de comercio del año 87 consagra la subrogación doblemente, como un acto convencional entre asegurador y asegurado y como un derecho directo y propio del primero.

El art. 677, inciso 1º concede al asegurador la facultad de exigir del asegurado la celebración del contrato de cesión de los derechos que por razón del siniestro tenga contra terceros. Se trata de la subrogación convencional porque implica un acuerdo entre el subrogado que ha recibido la indemnización y el subrogante que la ha pagado. Aunque sea un convenio a que el primero puede ser obligado, la transmisión de los derechos requiere su consentimiento puesto que no se verifica automáticamente por ministerio de la Ley.

Dejando a salvo lo dicho, tiene el asegurador, sin necesidad de la referida cesión, un derecho propio reconocido de manera explícita en el 2º inciso de la misma disposición. Este contratante indiscutiblemente reviste el carácter de interesado en la conservación del objeto amparado y en tal virtud puede incoar una acción directa, no supeditada al establecimiento convencional de la subrogación, prerrogativa que mejora notablemente su posición contractual.

Mas este derecho, de fácil y rápido ejercicio, no ofrece la amplitud de la subrogación primeramente dicha porque "el asegurador no podrá prevalerse de una presunción o de cualquier otro beneficio legal que competa a la persona asegurada" (último inciso del art. 677).

Cabe preguntar si la acción aludida puede ejercitarse dentro del proceso penal adelantado contra la persona comprometida en el siniestro,

tro, por ejemplo contra el tercero que prende fuego en el inmueble protegido contra incendio. El autor de este comentario estima que no existe impedimento de orden legal porque si el estatuto penal autoriza a la víctima a constituirse en parte civil, esa facultad ha de entenderse extendida a quien sustituye a dicha víctima, es decir, al asegurador, quien merced a un derecho propio, derivado del interés directo en la existencia material del objeto, puede solicitar reparación al tercero responsable de la producción del riesgo.

La negación de la tesis precedente sería muy discutible, dado el derecho de demandar que en forma amplia y sin distinciones consagra la referida disposición; además su rechazo no tendría efectos prácticos si no simplemente dilatorios, pues el asegurador podría recurrir a la primera norma del art. 677, con lo cual ocuparía el lugar del asegurado.

#### 188. EN LA NUEVA CODIFICACION

En el código de 1971 la subrogación opera de pleno derecho como se desprende del texto del art. 1096, según el cual, "el asegurador que paga una indemnización se subrogará por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro..."

Esta nueva reglamentación beneficia, tal como se lo propuso la comisión redactora, a los aseguradores al hacer más expedito el ejercicio de la acción subrogatoria.

Confirma, por otra parte, que es una derivación directa y necesaria del principio indemnizatorio que domina todo el régimen de los seguros de daños, ya que la sustitución automática aleja cualquier posibilidad de que el asegurado perciba una cantidad superior al monto efectivo del daño sufrido.

Pero obsérvese que no es un derecho absoluto o arbitrario en favor del asegurador, nacido del hecho del pago indemnizatorio, porque los autores del siniestro "podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado" (art. 1096).

#### PRESUPUESTO PARA SU EXISTENCIA

Es evidente que para que el asegurador se aproveche de los derechos que el asegurado tiene respecto a los autores del daño, se nece-

sita, como condición general, que el seguro sea eficaz al momento del siniestro y que el perjuicio presentado proceda del riesgo contemplado en la póliza.

Dos son los presupuestos específicos: En primer lugar que el asegurado haya recibido la suma resarcitoria. Las expresiones empleadas por los legisladores de los años 87 y 71 consignan esta exigencia y aun que ellas se hubieran omitido en los textos legales, dicho requisito se desprendía del carácter de equidad que explica la naturaleza de la subrogación.

En segundo término, se precisa la existencia de una responsabilidad ajena al asegurado, esto es, un hecho delictivo o culposo de una tercera persona civilmente responsable y de quien, por lo dicho, puede demandarse el pago de perjuicios, punto sobre el cual se vuelve al comentar las excepciones que ofrece el tema en estudio.

#### 189. LA SUBROGACION NO PUEDE CONSTITUIR GANANCIA PARA EL ASEGURADOR

La acción subrogatoria tiene su medida económica en la cantidad pagada a título de indemnización. Los derechos que por disposición de la ley adquiere el asegurador están limitados por la suma pagada como reparación. Su contenido pecuniario no puede sobrepasar el valor de ésta porque entonces el asegurador obtendría una ventaja ilícita, carente de toda causa.

Es ése el significado del canon 1096 al disponer que el asegurador se subroga "hasta concurrencia" del importe cubierto, expresión no utilizada en el respectivo texto de la anterior codificación pero que por su naturaleza pertenece al seguro.

De la aplicación de la norma se infiere que cuando el asegurado recibe como indemnización una cantidad inferior a la que posteriormente se deduzca a cargo del autor del daño, la subrogación opera de modo parcial y, ante este supuesto, debe restarse de la última suma, la primera, que es la que retendrá el asegurador, y la diferencia sobrante, entregarse al asegurado. El procedimiento señalado no quebranta el principio indemnizatorio, el que no se opone a que el asegurado sea reparado en su integridad.

También se colige de la regla enunciada que el asegurador que, merced a un reaseguro, se ha resarcido de una parte de la indemnización pagada, está en el deber de destruir los beneficios de la subrogación con su reasegurador en forma proporcional a la participación en la asunción del riesgo. De lo contrario el beneficio subrogatorio sería para él ocasión de provechos económicos injustos.

#### 190. RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO SUBROGADO

Los derechos que para el asegurador se generan de la subrogación crean para el asegurado la obligación correlativa de contribuir a su efectividad. Y es apenas lógico porque cualquier proceder malicioso o negativo del último podría obstaculizar o impedir el ejercicio de las acciones que benefician al primero.

Que el asegurado responde de todos los actos que puedan perjudicar las acciones cedidas al asegurador es la norma que la legislación aún vigente trae en su art. 677.

Prohíbese, pues, al asegurado cualquier negociación que no sea en beneficio de los derechos del otro contratante como la renuncia de la facultad de ser resarcido por el responsable del hecho; la condonación de crédito originario de dicha facultad y todo otro acto o convención que tenga por finalidad extinguir la obligación del tercero o embarazar la acción del asegurador.

Superior, por la prohibición que contiene, resulta la regla precedente a la consignada en el nuevo código cuya art. 1097 niega la validez de la renuncia que de sus derechos contra los responsables del siniestro haga el asegurado en cualquier momento y en caso de que la formule lo sanciona con la pérdida de la indemnización.

La referida obra, en su art. 1098, le obliga a realizar todo lo que esté a su alcance para permitir al asegurador el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación pero se requiere petición de éste, de acuerdo al mismo texto, porque sin tal solicitud no nace la citada obligación, cuyo incumplimiento se castiga con la indemnización de los perjuicios que la conducta negativa del asegurado traiga para el asegurador o si existe mala fe de aquél, con la pérdida al derecho indemnizatorio.

## 191. SUBROGACION PARA QUIEN ASEGURA LA SOLVENCIA DEL ASEGURADOR

Teóricamente, en vista de que en la práctica no se ocurre, es admisible el seguro contra la insolvencia del asegurador, tal como se analizó antes. Para este seguro, el art. 678 de la codificación del 87 consagra la subrogación al parecer en forma automática dada su redacción, cuando estatuye que "por el mero hecho de pagar el siniestro, el que asegura la solvencia del asegurador de la cosa subroga al asegurado en todos los derechos que a éste confiere el primer seguro".

Esta disposición en rigor no hace falta si dicho seguro se diera en la vida comercial del país porque al segundo asegurador, una vez pagada la indemnización dejada de satisfacer por el primero, le bastaría aplicar las reglas generales examinadas anteriormente.

## 192. EXCEPCIONES A LA REGLA SUBROGATORIA

*Primera.* Se expresó que una de las condiciones específicamente requeridas es que exista una responsabilidad distinta de la del asegurado.

Dentro de la teoría clásica del riesgo no se concibe la indemnización de daños provenientes de hechos culposos propios del asegurado (responsabilidad directa).

En principio, tampoco la de los hechos ajenos pero cumplidos por personas que para efectos de reparación civil están legalmente subordinados a aquél (responsabilidad indirecta) mas en el derecho contemporáneo de seguros es posible reparar los perjuicios del siniestro cuando la voluntad del asegurado ha colaborado en la realización del riesgo de manera culposa y no exclusiva, exceptuados la culpa grave y el dolo.

De acuerdo a este último planteamiento, recogido ya por la reciente legislación colombiana, los actos constitutivos de culpa leve y levísima realizados por el mismo asegurado y los hechos ejecutados por personas familiar o laboralmente dependientes de él no son extraños a la protección del seguro y, por lo expuesto, los perjuicios de ellos emanados son indemnizables legalmente pero su reparación no origina la subrogación.

La admisión de este beneficio frustraría la indemnización porque al no haber persona responsable del hecho, distinta del asegurado, cuando se trate por ejemplo de actividades dañinas de los hijos menores de edad, contra él habría que dirigir la acción subrogatoria. Bien conocido es el principio de que nadie se subroga contra sí mismo; el seguro perdería entonces su significado y sería un absurdo jurídico si en tal caso el asegurador pudiese aprovecharse del aludido beneficio.

*Segunda.* Es inadmisibles también cuando el responsable del daño, tercero frente al seguro, guarda determinado parentesco por consanguinidad, adopción o matrimonio con el asegurado. La ley presume que éste, a pesar de ser el primer interesado en reclamar daños y perjuicios, no ejercería la acción contra sus parientes o contra su cónyuge, razón por la cual la prohíbe al asegurador.

Estas excepciones a la regla subrogatoria han sido elevadas a canon legal por el legislador de 1971; en su art. 1099 dispone el nuevo código que "el asegurador no tendrá derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a responsabilidad del asegurado, de acuerdo con las leyes, ni contra el causante del siniestro que sea, respecto del asegurado, pariente en línea directa o colateral dentro del segundo grado civil de consanguinidad, padre adoptante, hijo adoptivo o cónyuge no divorciado".

El tratamiento excepcional contenido en el precepto transitorio no legitima frente al seguro actos plenamente ilícitos como el dolo y la mala fe, como tampoco cobija aquellos casos en que el asegurado tiene derecho a reclamar de sus dependientes la reparación de los daños que han causado, situación que prevé el inciso segundo de la disposición al establecer que la norma anterior "no tendrá efecto si la responsabilidad proviene de dolo o culpa grave, ni en los seguros de manejo, cumplimiento y crédito, o si está amparada mediante un contrato de seguro. En este último caso, la subrogación estará limitada a su alcance de acuerdo con los términos de dicho contrato".

*Tercera.* Esta excepción tiene cabida en los seguros personales (art. 1139).

Se ha dicho que esta clase de seguros no está sometida a la regla de la indemnización y si se ha aceptado como cierta esta tesis, forzosamente hay que inferir que también escapan a las consecuencias del aludido principio, entre ellas la subrogación.

Al no darse el impedimento doctrinario imperante en los seguros reales y en casi todos los patrimoniales, el beneficiario puede acumular dos indemnizaciones, una procedente del asegurador y otra del autor del daño.

Cuando así lo convienen las partes, el seguro personal de accidentes de trabajo, que es de calidad indemnizatoria, queda excluido de la excepción y, de consiguiente, ubicado dentro de la regla general (art. 1100).

### 193. SUBROGACION REAL

Hasta ahora se ha estudiado la subrogación personal, concebida como un cambio de titular de los derechos contra el responsable del siniestro. En la legislación de seguros también se conoce la real, en que el derecho sobre el objeto protegido se sustituye por el derecho a la reparación.

Cabe recordar que la ley reconoce interés asegurable, entre otros, al acreedor hipotecario y al prendario para asegurar el bien que garantiza su crédito. Corrido el riesgo la indemnización se vincula al pago del crédito puesto que pasa a ocupar el sitio del bien siniestrado y, por consiguiente, los titulares activos de las obligaciones hipotecarias y prendarias adquieren la facultad de jercitar sobre la suma resarcitoria los derechos constituídos en el objeto.

Esta subrogación que, como la personal, es de carácter legal porque se efectúa por mandato de la ley, aún contra la voluntad del asegurado, halla su manifestación expresa en el art. 1101 que la estatuye en los siguientes términos: "la indemnización a cargo de los aseguradores se subrogará a la cosa hipotecada o dada en prenda para el efecto de radicar sobre ella los derechos reales del acreedor hipotecario o prendario. Pero el asegurador que de buena fe haya afectuado el pago, no incurrirá en responsabilidad frente a dicho acreedor".

Un antecedente del texto transcrito presenta el derecho común colombiano y es el art. 2446 del C. Civil que extiende la hipoteca a la indemnización debida por los aseguradores de los bienes hipotecados, punto que con mucha claridad comenta el doctor Arturo Valencia Zea. Para mayor exactitud permítase traer sus propias palabras:

"Si se trata de una edificación, plantación y en general construcciones levantadas en una finca hipotecada, que se encuentran asegura-

das contra incendio, al verificarse este evento, el acreedor hipotecario tiene derecho a ejercer la acción hipotecaria sobre dicho valor. Puede ejercer la acción contra cualquiera otra indemnización a que tenga derecho el acreedor ya de la misma finca, ya de los inmuebles por adherencia o destino, como cuando una cosecha se encontraba asegurada, y el dueño tiene derecho al valor del seguro. Si un tercero causa un daño a la cosa hipotecada y el dueño tiene derecho a una indemnización, el acreedor hipotecario puede ejercer la acción hipotecaria por dicho valor" (págs. 445 y 446, Libro 8º Obr. Cit.)

El código de comercio del 87 contiene una regla contraria a la anterior. Según el art. 679, la cosa que hace la materia del seguro no se subroga por la suma asegurada en beneficio del acreedor hipotecario. En verdad, entre ambos textos existe notoria contradicción, pero de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia prevalece la norma especial, consignada en el código civil. Además, la disposición del aludido art. 679 es sobremanera precaria porque "si el acreedor hipotecario o prendario y el deudor asegurado convinieren en que, llegado el caso del siniestro, el importe de la indemnización se subroga al inmueble hipotecado o a la prenda, el asegurador, notificado de este pacto, deberá liquidar la indemnización con el acreedor respectivo, conforme lo prevé el art. 713 de la misma obra, que forma parte de la reglamentación del seguro de incendio puede extenderse a otros seguros por aplicación analógica y por la libertad contractual reinante en la legislación aún en vigor.

A partir de la vigencia del reciente código, el tema carece de trascendencia ya que la disposición pertinente (art. 1101) coincide con la norma del derecho civil (art. 2446).

### 194. CONTROVERSIA DOCTRINARIA. POSIBLE SOLUCION DIFERENTE A LA LEGAL

Trátase, es necesario decirlo, de un debate doctrinario porque legislativamente está definido que el asegurador se beneficia de los derechos del asegurado indemnizado. Este motivo basta para exponer la inquietud que acerca de la licitud de la subrogación forzosa golpea al autor de los presentes comentarios, a quien no le fue posible consultar más bibliografía sobre el asunto que la muy corta referencia que el doctor Ossa Gómez formula en su obra (Págs. 313 y 314).

El interrogante que aquí se plantea puede hacerse así: cuál es el fundamento que respalda la acción subrogatoria en beneficio del asegurador frente al postulado del enriquecimiento sin causa?

Existe un primer enunciado. El asegurado, recibida la reparación con arreglo a las estipulaciones de la póliza, carece de interés legítimo para instaurar la acción civil de daños porque no le es permitido acumular dos indemnizaciones por un mismo hecho, una del asegurador y otra del tercero, de las cuales únicamente la primera tiene causa lícita. El carácter exclusivamente reparador del contrato le impide derivar del mismo una ganancia representada, en este caso, en la suma resarcitoria a que se ve obligado por el derecho común el responsable del siniestro.

Pero si bien es cierto que no puede exigir satisfacción económica al autor del daño jamás significa ello que el proceder culposo o delictivo de éste pueda permanecer sin sanción porque sería premiarlo con la impunidad, resultado que repugna con elementales reglas de derecho y de moral. A dicho tercero no le es dado obtener provecho de un contrato que le es totalmente extraño.

Entonces la subrogación legal del asegurador, que le capacita para promover acción contra el responsable de los hechos, entra a solucionar el problema. No es otra la tesis predominante en la doctrina, en las legislaciones y en la vida comercial.

La solución precedente, cuyo análisis conduce a un segundo enunciado, parte de la base de que el pago de la indemnización reporta un quebranto pecuniario en el patrimonio del asegurador, motivo por el que tiene derecho a reclamar del tercero la reparación de ese perjuicio.

Esta última proposición es rechazable o a lo menos, muy discutible. Si la prima representa el pago completo del seguro y consiguientemente la contraprestación de la obligación del asegurador no hay razón para que reciba una segunda, en este caso, del autor del daño.

Dicho contratante, según opinión del profesor Isaac Halperin, traída por el doctor Ossa Gómez (Obc. cit. Pág. 312), "no sufre perjuicio alguno, por ser cada contrato de seguro la pieza de un sistema orgánico, inspirado en la mutualidad, en que las primas han sido calculadas para hacer frente a las pérdidas" y a las reservas, inversiones, gastos de administración y utilidades, podría agregarse.

Por último, su obligación tiene un origen contractual como lo reconoce la comisión redactora del código y el mismo Halperin. Si no procede, pues, de la actividad del responsable del hecho, en qué fundamento jurídico o filosófico descansa la acción subrogatoria?

Estas apreciaciones conducen a concluir que los derechos reconocidos al asegurador engendrán, para beneficio suyo, un enriquecimiento sin causa, contrario a la ética del derecho y que el ejercicio de la acción corresponde al asegurado como única víctima del daño, quien puede, por ello, recibir dos prestaciones, la primera que tiene como motivo determinante el contrato de seguros y la otra, los ordenamientos legales sobre responsabilidad común por los delitos y las culpas.

Ambas tesis ofrecen indiscutiblemente argumentos valederos pero las posiciones, por lo menos la que hace referencia al enriquecimiento sin causa, que se adoptan en defensa de una de ellas, también son procedentes para sostener la validez de la contraria, lo que priva de eficacia doctrinaria a las dos, en concepto de quien esto escribe. En efecto, el asegurador no tiene por qué recibir una suma diferente a la prima y el asegurado, una prestación distinta a la originada en el contrato. Principios de moralidad jurídica impiden que las partes, después de haber sido satisfechas en sus respectivas prestaciones, se favorezcan con el contenido económico de la obligación a cargo del autor de los daños pues de lo contrario se incurriría en un aumento patrimonial que por torticero sería ilícito.

Entonces, cómo proceder para evitar la consecuencia igualmente antijurídica de liberar al tercero de la sanción civil en que incurre por su conducta culposa o delictiva?

Como el debate se mueve en torno a dos tesis, en que la aprobación de una implica el rechazo de la otra, es necesario, para quien encuentre censurable que la acción contra el autor del daño se radique en cualquiera de los contratantes del seguro, la celebración de un enunciado nuevo. Podría pensarse, quizá, en la subrogación del estado, pronunciamiento que aquí se formula con las debidas reservas, solamente como una mera iniciativa, puesto que carece de todo respaldo conceptual diferente del que pueden darle los presentes comentarios.

Con ello quiere decirse que el autor ignora si la tesis ha sido expuesta con anterioridad, ya que lamentablemente no han estado a su alcance las obras donde se encuentran consignadas las exposiciones sobre la subrogación y las observaciones hechas se han inspirado únicamente en el libro del doctor Ossa Gómez, en que no aparece la solución que aquí se está insinuando.

Se parte de que no es posible negar la obligación de resarcir perjuicios; de que se conoce el sujeto pasivo de la misma y de que se excluyen el asegurador, el tomador y el autor de los daños, como titulares del correlativo derecho. Surge entonces el estado, en su remplazo, como titular activo de la acción contra el responsable de los perjuicios ya cubiertos al asegurado. La organización estatal, como primera interesada en la conservación del orden social y en el logro de los postulados del bien común, está revestida de la función de imponer penas a los transgresores de los reglamentos jurídicos y ningún principio se opone a que en el ejercicio de su poder sancionador se beneficie económicamente con la satisfacción debida por el tercero.

Recuérdese, por otra parte, que todo delito y toda culpa, además de lesionar directamente el patrimonio en particular de la víctima, quebranta la organización social en cuyo mantenimiento y custodia se invierten apreciables sumas de dinero, consideración que contribuye a justificar el derecho del estado a ser reparado.

## CAPITULO XVII

### OBLIGACIONES DEL TOMADOR O DEL ASEGURADO REFERENTES AL RIESGO

#### 195. CONCEPTOS PREVIOS SOBRE LOS DEBERES DE LOS CONTRATANTES

Los siguientes capítulos comprenden un rápido análisis de la vida del contrato manifestada a través del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones que en virtud de la ley o del contrato adquieren asegurador y asegurado.

Para delimitar su extensión es bueno recordar que el seguro engendra, además de las obligaciones comunes a todos los tipos del contrato, otras peculiares a cada modalidad de aseguramiento. Se dejan de un lado aquí los deberes específicos propios de cada una de las subclases del contrato, impuestos bien por la ley o bien por las llamadas condiciones particulares de la póliza, para examinar únicamente los de carácter general, relativos a los seguros de daños y a los de personas.

Al analizar las prestaciones correspondientes al asegurado los tratadistas distinguen entre obligaciones propiamente tales y simples cargas. El fundamento de la diferenciación, radica en el mayor o menor grado de perjuicio que su comportamiento tiene frente a los derechos y obligaciones del asegurador.

Cuando su incumplimiento conlleva serio quebranto del equilibrio contractual, por ejemplo el no pago de prima, se está ante una verdadera obligación pero, en cambio, si es el derecho mismo del asegurado el que puede disminuirse o perderse con la inobservancia del deber,

la infracción del contrato se denomina carga, como sucede cuando, producido el siniestro, no contribuye a evitar su extensión o maliciosamente omite declarar los seguros coexistentes.

La distinción carece de aplicación práctica y de sólido fundamento jurídico. Lo primero, porque la transgresión de los deberes del asegurado, llámense de una u otra manera, produce un mismo resultado como es de afectar de algún modo sus derechos. Lo segundo porque tanto las obligaciones como las denominadas cargas son efectos del contrato, esto es, obligaciones. Conviene observar, además, que la resolución del asegurador de no pagar la indemnización o la suma pactada o de reducir su cuantía no puede tener otro apoyo que la infracción de una obligación por parte del tomador, asegurado o beneficiario.

Corresponde al asegurado, como es elemental, dar cumplimiento a los deberes que el estatuto legal o las estipulaciones de la póliza le imponen pero merece destacarse las previsiones de la nueva codificación mercantil cuando dispone que tales obligaciones "se entenderán a cargo del tomador o beneficiario cuando sean estas personas las que estén en posibilidad de cumplirlas" (art. 1041) y que, tratándose de un seguro contratado por cuenta de un tercero, incumben al tomador pero las que no puedan ser atendidas más que por el asegurado competen a éste (art. 1039).

## 196. OBLIGACIONES RELATIVAS AL RIESGO

### 1ª) Declaración del estado del riesgo.

Es una obligación precontractual de información que incumbe al asegurado o al tomador cuando éste no reúne ambas calidades. Se encuentra consignada en el art. 680 del código vigente y en el art. 1060 de la reciente codificación.

La individualización de la persona o del objeto amparados contribuye eficazmente a determinar la naturaleza y extensión del riesgo y a calcular de manera adecuada la prima correspondiente. Dado el interés inmediato del asegurado en la protección que le otorga el contrato y el conocimiento directo que del bien posee, es la persona mejor capacitada para suministrar al asegurador la información que le permita formarse un cabal juicio acerca de la obligación que asume al momento del contrato, circunstancias que explican el fundamento del deber que recae en el primero.

La declaración de asegurabilidad debe comprender, al menos doctrinariamente, tanto los aspectos subjetivos del riesgo como los objetivos. Es fundamental para el asegurador conocer la personalidad del asegurado ya que su conducta debe ejercer alguna o mucha influencia en la prevención o en la realización del siniestro; también la calidad en que actúa, informe que le brinda la oportunidad de medir el interés asegurable de que es titular el asegurado.

Igualmente ha de contener todos los hechos y circunstancias necesarios para determinar el riesgo, propios de la naturaleza misma de la persona o del objeto cubiertos, como el estado actual de salud, los antecedentes clínicos, la verdadera edad, la profesión o el trabajo a que se dedica etc., en los seguros de personas y la calidad del bien, su ubicación y vecindades, los usos a que se destina, los elementos que lo forman, etc. en los seguros de daños.

Pero aunque los informes del asegurado han de ser completos, no es posible olvidar que la suya no pasa de ser una colaboración para determinar el estado del riesgo; como de ordinario carece de conocimientos especializados y técnicos para apreciarlos, corresponde al asegurador una intervención muy activa en el estudio del mismo y con tal fin debe presentar interrogatorios al tomador, realizar inspecciones directas sobre el bien y solicitar exámenes médicos, entre otros medios aptos para formar conciencia del riesgo.

El asegurado debe emitir sus manifestaciones sinceramente, empleando en máximo grado la buena fe, de modo que su conducta no vicie el consentimiento del asegurador. De no proceder así, podría callar circunstancias agravatorias o dar de las mismas una visión falseada y deficiente o disminuir la peligrosidad de algunas o aparentar otras que aminoran el riesgo, con lo que el asegurador al consentir el contrato estaría asumiendo una responsabilidad derivada de hechos ignorados o de informaciones inexactas. Vale decir, sería víctima de la mala fe del asegurado quien de tal manera rompería injustamente el equilibrio contractual.

## 197. VIOLACION DE LA OBLIGACION SEGUN EL ACTUAL CODIGO

La legislación vigente pena la infracción del deber de declarar el riesgo con la rescisión o nulidad relativa del seguro según lo prescrito en el art. 681, texto que autoriza el ejercicio de la acción "por las de-

claraciones falsas o erróneas o por las reticencias del asegurador acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato, o producir alguna modificación en sus condiciones" (ordinal 1º).

De no existir el anterior texto, el asegurador también podría instaurar la misma acción apelando a las normas del derecho común que tiene establecido igual procedimiento para invalidar los contratos cuando se han presentado vicios en el consentimiento de una de las partes.

La disposición transcrita es censurable porque castiga de manera igual la falsedad y la reticencia que de suyo implican mala fe, y el error que muchas veces es excusable. Este debería sancionarse en forma menos drástica, con "la reducción proporcional de la indemnización", tal como opina el doctor Ossa Gómez (ob. cit. pág. 388).

En cambio, el dolo resulta castigado muy moderadamente con la nulidad relativa, instituida en beneficio exclusivo del asegurador quien al no alegarla viene a renunciar a ella, lo que no constituye más que una tolerancia del fraude, en perjuicio de los intereses de los demás asegurados. Ciertamente es que en virtud del art. 682, el asegurador puede exigir la prima o retenerla una vez pronunciada la nulidad del contrato por dolo del asegurado pero no lo es menos que dicho evento depende de la posición que adopte aquél, único que puede demandar la rescisión.

Quiere decirse con lo anterior que en los casos de reticencia o falsedad que previamente conocidos por el asegurador lo hubieran llevado a rechazar el seguro o a celebrarlo mediante una prima mayor, proporcionada al verdadero riesgo, la sanción adecuada debería ser la nulidad absoluta, no solo para impedir su posible renuncia sino para permitir que otras personas distintas del asegurador pudieran impetrar su declaración en bien del interés público, representado en este caso por el conjunto de asegurados, quienes tienen legítimo derecho de impedir que su asegurador, por efectos de una declaración dolosa, pueda verse abocado al pago de una indemnización.

## 198. EN LA RECIENTE LEGISLACION

Las fallas anteriores aparecen corregidas en la nueva codificación pero solamente en forma parcial porque la nulidad establecida en el art. 1058 continúa siendo la relativa.

El aludido precepto reglamenta cuatro casos:

1º) La reticencia o la inexactitud que, de haber sido conocida por el asegurador, lo hubiera retraído de celebrar el contrato o inducido a estipular condiciones más onerosas, produce la nulidad del mismo cuando el asegurado declara en base a cuestionario propuesto por el asegurador (inciso primero).

2º) Pero cuando declara sin sujeción a determinado formulario sus manifestaciones reticentes o inexactas también producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo (inciso segundo).

Repárese en la distinción que el legislador hace en los dos incisos. Cuando el tomador declara sobre cuestionario la reticencia o la inexactitud acerca de las modalidades tanto objetivas como subjetivas del riesgo influye en su apreciación y hace anulable el seguro; en otros términos, los referidos vicios surten efecto cuando al asegurado le falta sinceridad en la determinación material del riesgo y también en la información sobre las condiciones referentes a su propia personalidad.

En cambio, si declara por iniciativa suya, porque el asegurador no lo somete a interrogatorio, sus manifestaciones reticentes o inexactas engendran la nulidad del contrato únicamente cuando ocultan elementos que de por sí agravan físicamente el riesgo; presume la ley que si el asegurador no le presenta un cuestionario es porque tiene especial confianza en su declaración espontánea y, por lo tanto, asume las consecuencias que de tal omisión puedan sobrevenirle como efectos del comportamiento moral del asegurado.

En ambos casos, rescindido el contrato, "el asegurador tendrá derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena" según el art. 1059, disposición que reproduce parcialmente, el art. 682 del actual código que, además de consagrar la retención, faculta al asegurador para exigir la prima si aún no la había percibido.

3º) De conformidad con el tercer inciso, si la inexactitud o la reticencia proviene del error inculpable del tomador, el contrato no se sanciona con la nulidad porque produce sus efectos indemnizatorios aunque limitados; "el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo".

La sanción es, indudablemente, más justa que la del régimen vigente porque guarda debida proporción con la falta del asegurado que al declarar inexacta o reticentemente lo hizo de buena fe, apoyado en un terror del que no es culpable.

La norma precedente tiene una excepción en el seguro de vida, respecto al cual la conducta errónea del asegurado al manifestar el estado del riesgo no afecta el seguro con tal de que haya corrido determinado tiempo después de su celebración. Así lo dispone el art. 1160.

“Transcurridos dos años en vida del asegurado, desde la fecha del perfeccionamiento del contrato, el valor del seguro de vida no podrá ser reducido por causa de un error en la declaración de asegurabilidad”.

4º Tanto la nulidad relativa del contrato como la reducción de la prestación constituyen beneficios establecidos por la ley para proteger los derechos del asegurador; por eso solamente él puede pedir la primera y aplicar la segunda.

De ahí que si se celebra el contrato, a pesar de haber conocido o debido conocer las reticencias, inexactitud o errores en las manifestaciones del asegurado o si ya celebrado se allana a subsanar los vicios que en principio invalidan su consentimiento o si los acepta expresa o tácitamente, no hay lugar a ninguna de las dos sanciones (inciso final).

Es conveniente analizar, por último, la procedencia de las sanciones en el seguro colectivo. Llamado así por asegurar un grupo de personas o de intereses (art. 1064). Si el seguro puede considerarse como un conjunto de contratos, en que cada persona o interés protegido está debidamente identificado, es procedente la acción de nulidad o aplicable la reducción de la prestación pero únicamente respecto del asegurado que ha incurrido en reticencia, inexactitud o error; en relación a los demás, por ser extraños a la infracción, el seguro continúa produciendo todos sus efectos.

Por el contrario, cuando no es posible hacer la anterior distinción, porque entre las personas o intereses sobre que versa el seguro existe una comunidad tal que permita considerarlos como un solo riesgo, la nulidad o la reducción afecta a todos los asegurados y, por lo tanto, estas sanciones inciden sobre la integridad del contrato (art. 1064).

## 199. 2ª CONSERVACION DEL ESTADO DEL RIESGO

El asegurado debe mantener el estado del riesgo e informar los hechos que lo agraven. A esta obligación se refieren el art. 662 del código del 87 y el art. 1060 del código del 71.

Perfeccionado el contrato, la lealtad del asegurado observada en la declaración del riesgo tiene que continuar reflejándose en la ejecución del seguro.

Dos razones explican la obligación: a) generalmente el asegurador toma el riesgo basado en los informes que acerca de su naturaleza, extensión y ubicación le suministra el tomador y a fin de que su responsabilidad no se vuelva más onerosa al cubrir hechos o circunstancias no comprendidas inicialmente, resulta apenas consecuente mantener el estado del riesgo declarado al formalizarse el seguro.

b) La prima se calcula proporcionalmente al riesgo asumido y si éste se agrava, también el precio del seguro debe aumentarse porque de lo contrario se rompería el equilibrio contractual en forma injusta para el asegurador quien vendría a percibir una prestación inferior a la que se obliga a pagar en caso de siniestro.

Es al asegurado o al tomador a quien incumbe el cumplimiento del deber de no variar el riesgo dado que uno u otro, mucho más que el asegurador, permanece en contacto directo con el bien y su interés en conservarlo lo lleva a una constante vigilancia del mismo.

No basta al asegurado abstenerse de modificar el riesgo; debe además comunicar al otro contratante los hechos o circunstancias que tengan lugar con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación de aquél o variación de su identidad local. Es, pues, doble su obligación.

Pero no está en el deber de informar todas las variaciones que se presenten en la persona o en los objetos asegurados sino únicamente las modificaciones no previsibles. No es necesario, por ello, dar a conocer el aumento de edad del asegurado, los viajes que realice, ni sus cambios de dirección, ni sus quebrantos de salud, ni la mutación de su estado civil, etc., en los seguros de personas; ni el demérito, ni la vetustez derivados del uso de las cosas o del transcurso del tiempo, ni las alteraciones procedentes de la refacción de los objetos.

Así mismo no tiene por qué informar todos los cambios imprevisibles; solamente los que entrañen un aumento en la probabilidad o en la peligrosidad del riesgo considerado subjetiva y objetivamente.

Por ejemplo, debe dar a conocer, en la oportunidad legal, las modificaciones producidas en el derecho de propiedad del interés o del objeto a que está vinculado el seguro cuando se transmite por causa de muerte del asegurado (art. 1106) y cuando la transferencia tiene lugar por acto entre vivos si subsiste un interés asegurable en cabeza del asegurado (art. 1107).

En estos dos eventos se presenta sustitución del contratante y sería inaceptable que el asegurador, para quien es fundamental conocer previamente las calidades personales del asegurado, quedare vinculado, sin su consentimiento, al nuevo propietario.

Por la misma razón en los seguros colectivos de vida se requiere comunicar los ingresos y retiros de las personas incluidas en la póliza y en los individuales el cambio de beneficiario.

Igualmente es obligatorio poner en conocimiento del asegurador, porque constituyen circunstancia agravatoria del riesgo objetivo, las alteraciones en la composición de los objetos, su cambio de ubicación o destinación, la instalación de vecindades peligrosas, etc.

¿A quien atañe apreciar la gravedad de los hechos sobrevivientes?

La legislación aún vigente nada dispone. Tampoco la reciente. Doctrinariamente incumbe al asegurador, que es la parte especializada en la selección de los riesgos y cuya experiencia en la administración de seguros lo capacita para formarse conciencia acerca de si las modificaciones implican aumento de su responsabilidad y de si el riesgo agravado o el nuevo riesgo es asegurable.

Por sola precaución el asegurado no debe entrar a calificar tales circunstancias sino limitarse a informarlas al asegurador y solicitarle, con anterioridad a su ejecución, su consentimiento cuando las modificaciones dependan de él. Protege mejor así sus propios derechos.

## 200. PLAZOS PARA NOTIFICAR SUS CAMBIOS Y EFECTOS DE LA INFORMACION

Las alteraciones agravatorias del riesgo tienen dos causas: pueden originarse en la voluntad del tomador o del asegurado o en hechos que les son extraños provenientes de la misma naturaleza o de la actividad de terceros.

En el primer caso, uno u otro debe hacer la notificación siempre por escrito, con antelación no menor de diez días a la fecha del cambio. En el segundo, con posterioridad no mayor de los diez siguientes al en que tenga conocimiento de él; se presume que lo tiene una vez transcurridos treinta días desde el momento de la modificación, presunción que puede desvanecerse (inciso segundo del art. 1060).

La notificación deja abiertas las puertas al asegurador ora para revocar el contrato porque no le interesa continuar asumiendo una mayor responsabilidad u ora para reajustar el valor de la prima (inciso tercero).

Cualquiera de las dos decisiones es equitativa; la primera porque la revocación surte efectos diez días después de comunicada por escrito (art. 1071), plazo dentro del que el asegurado puede concertar nuevo contrato; la segunda, porque el precio del seguro debe ser equivalente al riesgo cubierto.

Existe un vacío en la legislación porque ninguna norma legal establece el término en el cual debe el asegurador ejercer la opción de revocar el contrato o de cobrar una prima mayor y mientras no manifieste su determinación viene un período de incómoda expectativa para el asegurado.

## 201. SANCION PARA EL INCUMPLIMIENTO

En la actual codificación, según el inciso segundo del art. 662, la variación ejecutada sin el consentimiento del asegurador autoriza la rescisión del contrato si, a juicio de autoridad competente, extendiere o agravare los riesgos pero esta sanción ha sido sustituida en el nuevo ordenamiento.

En efecto, la falta de notificación, que implica una violación contractual, es penada con la terminación del seguro. Igual castigo recibe la notificación inoportuna. Así se desprende del inciso cuarto del artículo 1060.

De acuerdo con lo anterior, cuando el tomador o el asegurado no avisa dentro de la oportunidad antes indicada la modificación del riesgo que depende de su arbitrio o simplemente no la comunica, el asegurador no está obligado a indemnizar los siniestros posteriores al momento de la infracción porque desde que ésta ocurre ha terminado el contrato.

Del mismo modo, cuando no informa la modificación que es ajena a su voluntad o solamente la da a conocer corrido el plazo ya expresado, el asegurador queda exonerado de responsabilidad por la misma razón.

Sin perjuicio de la terminación del seguro, puede haber lugar a una sanción adicional: la mala fe del asegurado o del tomador da derecho al asegurador a retener la prima no devengada conforme al inciso últimamente aludido.

La pena no es aplicable, por expresa prescripción de la parte final del precepto comentado, "a los seguros de vida, excepto en cuanto los amparos accesorios, a menos de convención en contrario".

Por consiguiente, siempre que la póliza no consigne pacto diferente el seguro subsiste a pesar de que no se dé cuenta de las variaciones que durante su ejecución se presenten con relación a la persona del asegurado y que entrañen aumento del riesgo, como el cambio de ocupación por un oficio de mayor peligrosidad, la realización de viajes, el traslado de residencia a climas nocivos, las consecuencias permanentes o transitorias de las enfermedades padecidas, etc. Es que las pólizas de seguros individuales de vida se consideran exentas de condiciones de profesión, domicilio y viajes, lo que indudablemente las rodea de mayor firmeza y atracción.

Tampoco procede la sanción cuando el asegurador ha conocido oportunamente la modificación y consentido en ella.

Conviene reparar en la norma del art. 1064 que reglamenta los efectos de la infracción en el seguro colectivo, el cual se concibe, en principio, como un conjunto de contratos que siguen una suerte distinta frente al incumplimiento de los asegurados.

Gracias a tal disposición el seguro termina únicamente respecto de las personas o intereses vinculados a la violación y continúa con plenos efectos en relación a los demás que son extraños a la infracción.

La anterior es la regla general que se ve excepcionada si entre las personas o intereses sobre que versa el seguro existe una comunidad que permita considerarlos como un solo riesgo a la luz de la técnica aseguradora; en tal evento la terminación incide sobre todo el contrato.

Es útil también no olvidar la regla del art. 1125, en virtud de la cual el tomador o el asegurado no queda obligado a mantener el estado del riesgo. Ni uno ni otro permanece en contacto con los bienes transportados. El asegurador asume el riesgo no por un determinado plazo sino durante el trayecto convenido.

Cabe ahora preguntar si la terminación constituye una sanción adecuada para el asegurado que deja de cumplir con la obligación de notificar la agravación del riesgo. Tal pena resulta inapropiada algunas veces porque no guarda la proporción condigna a la falta; sucede así en los casos en que la conducta del asegurado está despojada de todo fraude y en que simplemente ha omitido el aviso por un error de apreciación al estimar honestamente que el cambio presentado no entraña aumento en la peligrosidad del riesgo. Bastaría entonces, para restablecer el equilibrio contractual quebrantado, reajustar, técnicamente la prima si el siniestro no ha ocurrido o reducir la prestación en un porcentaje igual a la diferencia entre la prima pagada y la adecuada, cuando la omisión es conocida por el asegurador después del siniestro.

De modo que la terminación debería aplicarse únicamente cuando la alternación resulta de tal magnitud que conocida desde un principio el asegurador no hubiera asumido el riesgo y cuando el asegurado ha procedido dolosamente o con manifiesta mala fe.

## 202. DISMINUCION DEL RIESGO

Se ha hablado hasta aquí de la agravación del riesgo pero cuáles son los efectos de su disminución? Será indiferente, por ejemplo, que las paredes de madera de un inmueble cubierto contra incendio se sustituyan por muros de concreto o que el transporte de dineros cumplido de a pie continúen realizándose en vehículo acorazado?

Aunque no es obligatorio avisar estos cambios el asegurado tiene el derecho de hacer saberlos del asegurador y éste, la obligación de reducir la prima estipulada, según la correspondiente tarifa.

Es una razonable innovación que el nuevo código trae en su art. 1065. De no ser así el asegurador obtendría un enriquecimiento injusto al retener la integridad de una prima que ha venido a sobrepasar la adecuada al riesgo.

Pero así como en los seguros de vida no es sancionable el silencio del asegurado acerca de los hechos o circunstancias que aumenten el riesgo, tampoco la notificación de los que lo mermen o reduzcan lo hace acreedor a una rebaja en la prima, según previsión legal consagrada en el mismo precepto, que además de lógica obedece posiblemente a los pocos cambios favorables que en el riesgo pueden presentarse en el transcurso de dichos seguros y al carácter generalmente vitalicio de los mismos.

### 203. 3º) NOTIFICACION DE LOS SEGUROS COEXISTENTES

El artículo 1093 ordena al asegurado "informar por escrito los seguros de igual naturaleza que contrate sobre el mismo interés, dentro del término de diez días a partir de su celebración".

Al considerar el carácter indemnizador del contrato y especialmente el tema de la concurrencia de seguros sobre los mismos riesgos quedó expresado que al asegurado no le es dado derivar o pretender derivar un cúmulo de indemnizaciones porque toda ganancia o enriquecimiento procedente del seguro se opone, por ministerio de la ley y por la misma naturaleza de la institución, a los fines exclusivamente reparadores de la relación de aseguramiento.

Por lo dicho, resulta imperativo para él tener que notificar los seguros coexistentes celebrados simultánea o sucesivamente y que reúnan las condiciones de "pluralidad" analizada anteriormente, con el objeto de que los aseguradores, llegado el caso, contribuyan al pago de la compensación de los daños, según el sistema organizado por la ley.

El inciso segundo de la disposición sanciona la inobservancia de esta obligación con "la terminación del contrato, a menor que el valor conjunto de los seguros no exceda el valor real del interés asegurado". En este último evento no hay posibilidad de quebrantar el principio de la indemnización y por lo tanto la omisión del asegurado en suministrar el informe no produce efecto alguno.

### 204. 4º CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTIAS

Vinculada a las anteriores obligaciones se encuentra la de observar las garantías.

Las manifestaciones del tomador, hechas en la solicitud del contrato o en uno de los anexos, son de capital importancia para el asegurador, porque, se repite, constituyen factor determinante de su consentimiento, no sólo para otorgar el seguro sino para ejecutarlo. Ello explica que la doctrina le reconozca el derecho de acordar con el tomador que el incumplimiento de lo prometido o la falsedad de las respuestas al interrogatorio constituyan causales de nulidad o de terminación del seguro.

Pero estos efectos no operan automáticamente. Es necesario expresar la voluntad inequívoca de dar tal alcance a sus declaraciones.

La actual codificación no formula ninguna referencia al tema. Es un asunto que queda regulado por la voluntad de las partes, quienes gozan de facultad para convenir la constitución de garantías.

La nueva legislación las define, en el primer inciso del art. 1061, como "la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determina cosa o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho".

El inciso segundo ordena que "la garantía debe constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella", lo que indica que debe mirarse como una estipulación del contrato.

El quebrantamiento de una garantía que haya influido en la apreciación del riesgo asumido origina la nulidad del seguro como sucede, por ejemplo, cuando el tomador, a la pregunta de si el bien que quiere amparar contra incendio ha sufrido siniestros, contesta de modo negativo cuando en realidad había sido objeto del fuego.

En cambio, si la infracción versa sobre una circunstancia que puede agravar o dificultar la ejecución del seguro constituye motivo de terminación del contrato; cuando el asegurado ha garantizado la vigilancia del inmueble o la dotación de ciertas seguridades físicas, el incumplimiento lo hace acreedor a la sanción.

Este es el significado de la última parte de la disposición comentada según la cual "la garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato se-

Más concisa es la definición del doctor Ossa Gómez. "Prima pura es la estimación en dinero de la probabilidad estadística de la pérdida" (ob. cit. 58). "De la combinación de la prima pura y el recargo comercial, resulta la prima comercial" (pág. 64).

Como retribución o precio del seguro la define el art. 635 del código actual y para referirse a ella el artículo 1045 del nuevo emplea la segunda expresión. Pero quien esto escribe considera que la prima no representa todo el precio del seguro. Este precio es de un mayor contenido que la prima; se compone de varias prestaciones a cargo del asegurado, de las que la prima solamente es una; cuando actúa para mantener el estado del riesgo, para evitar la propagación del siniestro, para proveer al salvamento, etc., el asegurado también está "pagando" el seguro; de no cumplir tales obligaciones su derecho a la indemnización puede perderse o disminuirse.

Como enunciado que hace parte esencial del contrato, la póliza debe expresar la prima o el modo de calcularla y la forma de pago, punto examinado en los capítulos referentes al estudio de aquel documento.

#### 206. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR

Ser determinada, es decir, estar representada en un guarismo; o determinable, cuando se acuerda la forma de establecerla, por ejemplo, estipulando que el asegurado pagará la suma que los otros aseguradores cobran por amparar el mismo hecho durante tiempo y condiciones iguales o la que resulte de un estudio posterior a la asunción del riesgo, convenio desusado para el primer supuesto dado que los aseguradores mantienen debidamente actualizados sus tarifas, pero posible para riesgos de reciente aparición o de una particularidad muy específica y contra los cuales se desea una inmediata protección.

Ser real. Catalogado el seguro como contrato oneroso es inadmisibles la cláusula que permita concluir que el asegurado no está obligado en verdad a cubrir la prima o que el asegurador no tenga derecho a ella. Dicha cláusula equivaldría a una donación y despojaría el seguro de su calidad de tal.

Ser común. Se prohíben por la ley las rebajas de prima que no tengan carácter general.

Ser seria. Aunque la aludida prohibición no existiera, la prima no podría ser exigua o irrisoria porque entonces podría llegar a faltar y el contrato sería nulo a la luz de la actual legislación o inexistente bajo el imperio de la nueva codificación.

No es forzoso, legalmente, convenir su pago en dinero aunque en la costumbre comercial y también en defecto de estipulación, la prima en dinero es la única utilizada. Pero no puede desconocerse que, además de ésta, son admisibles las primas consistentes en la prestación de una cosa o de un hecho, estimables también en dinero, según el art. 667, texto que por lo ya anotado carece de importancia práctica y que no encuentra precepto concordante en la nueva codificación.

#### 207. REGLA DE LA UNIDAD DE LA PRIMA

Actualmente es indivisible. La prima se considera una e indivisible para todo el período acordado como duración del seguro y, consecuentemente, el asegurador la hace totalmente suya desde cuando principia a asumir el riesgo y, por ello, en caso de cancelación anticipada del contrato, no se ve en el deber de reintegrar la parte correspondiente al no corrido.

Para explicar la tesis anterior se ha afirmado, en primer término, que el siniestro puede sobrevenir en cualquier momento, aún al comienzo mismo de la vigencia del contrato, por lo que apenas es lógico que el asegurador la adquiriera en su integridad tan pronto como ha contraído la obligación indemnizatoria. En segundo lugar, el principio es defensible porque técnica y financieramente la prima, una vez satisfecha, queda vinculada definitivamente al fondo común necesario para el pago de los siniestros y de ser devuelto el importe correspondiente al período en que el riesgo no se cubre, aquel fondo sufriría disminuciones inconvenientes y talvez peligrosas para los derechos de los demás asegurados.

Esta doctrina se manifiesta legislativamente en el art. 666, según el cual "El asegurador gana irrevocablemente la prima, desde el momento en que los riesgos comienzan a correr por su cuenta".

Pero es el art. 671 la disposición que muestra mejor cómo el período del contrato, considerado como una unidad de tiempo no divisible, determina la unidad de la prima. Cuando caduca el seguro celebrado por meses o por años, el asegurado no deberá cantidad alguna

por los meses o años que no hubieren principiado a correr pero en el caso de un período ya iniciado no podrá repetir porción alguna de la prima pagada, por la parte del mes o año que no hubiere corrido, vale decir, por el tiempo en que el asegurador no hubiere cubierto el riesgo.

El art. 672 reafirma la regla de la indivisibilidad y la extiende a varios períodos cuando el asegurado, para aprovecharse del beneficio de un descuento, paga con anticipación el total de las primas correspondientes a lapsos futuros; en este supuesto se "extingue la división mensual o anual del pago; y en tal caso, se presume que las partes han sustituido al seguro primitivo un seguro único por una sola prima y un número determinado de años". En el evento de revocación anticipada, no hay devolución de la prima por el tiempo no transcurrido; castiga así la actual legislación al asegurado que satisface adelantadamente su compromiso.

Mas la costumbre imperante es bien diferente porque el clausurado de los contratos contempla de ordinario la división de la prima y el consiguiente reintegro de la parte no causada, práctica que ha sido recogida por la nueva codificación.

## 208. CONSAGRACION DE SU DIVISIBILIDAD

El régimen vigente confiere al asegurador una ventaja económica a todas luces inequitativa. La extinción prematura del contrato no tiene por qué beneficiarlo. Si antes del tiempo previsto queda exonerado de su responsabilidad el equilibrio contractual, que también ha de funcionar a la finalización del seguro, le exige como contraprestación la devolución proporcional de la prima. Su cálculo técnico y económico no es incompatible, frente a los progresos de la estadística y de la ciencia actuarial, con una justa reducción, la que puede contemplarse desde un principio.

Para adoptar una regulación de estricta justicia hay que considerar si el contrato ha cumplido, total o parcialmente, su finalidad protectora.

En el primer supuesto la prima corresponde en su integridad al asegurador como sucede cuando la vigencia del seguro ha transcurrido en forma completa o si el siniestro indemnizable ha sido total. En el segundo la prima se hace divisible entre los contratantes.

En este doble criterio, acogido ya por muchas legislaciones modernas, se inspira la reciente codificación colombiana, que introduce una verdadera reforma al reglamento de la prima.

El art. 1070, que puede modificarse únicamente en favor del tomador, asegurado o beneficiario, consagra como regla general la divisibilidad de la prima.

El texto permite formular cuatro reglas:

a) Si es contrato termina antes del plazo estipulado y antes de que se presente el siniestro, el asegurador no puede retener la totalidad de la prima porque tan sólo devenga definitivamente la parte proporcional al tiempo corrido del riesgo.

b) Cuando el contrato se extingue por siniestro total, indemnizable al tenor del contrato, la prima se entiende totalmente devengada.

c) Si el siniestro ha sido parcial, se tiene por devengada la correspondiente al valor de la indemnización, sin consideración al tiempo corrido del seguro.

d) En los contratos en que se ampare a más de una persona o más de un interés, sean colectivos o múltiples, se aplican las mismas normas pero exclusivamente respecto a la persona o interés afectado por el siniestro, con independencia de los demás.

Son varios los eventos en que el principio de la división de la prima se manifiesta en la nueva legislación.

Hay lugar a la devolución de la parte no devengada en los casos de disminución del riesgo (art. 1065); de revocación del contrato (art. 1071); de extinción del mismo en caso de transferencia por acto entre vivos del interés asegurado o de la cosa a que esté vinculado el seguro (art. 1107); de destrucción del objeto asegurado por hecho o causa extraños a la protección derivada del contrato (art. 1109); de terminación del contrato por falta de notificación oportuna, no atribuible a mala fe del tomador o del asegurado, de las circunstancias no previsibles que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local (inciso 4º del art. 1060) y en los demás contractualmente contemplados en la póliza.

## 209. DISTINCION ENTRE LA DIVISION DE LA PRIMA Y SU PAGO FRACCIONADO

Son dos conceptos diferentes. El primero corresponde a la regla de que el justo equilibrio contractual impide que la prima convenida para un período sea ganada irrevocable e íntegramente cuando el seguro expira anticipadamente. El segundo, en cambio, se refiere a que el pago de la misma, pactada también por un término previamente fijado, se recaude por cuotas para mayor facilidad del asegurado.

Se hace la distinción porque las normas anteriores no se alteran por la llamada prima fraccionaria; así, cuando el asegurador revoca el contrato y los pagos parciales que ha percibido no completan la prima a que tiene derecho por el tiempo en que ha cubierto el riesgo, puede exigir la parte faltante.

Esta conclusión se infiere del art. 1069 que dispone que el pago fraccionario de la prima no afecta la unidad del seguro ni la de los amparos individuales accesorios, merced a la cual las renovaciones no engendran nuevos contratos ya que el inicialmente celebrado continúa siendo uno solo, no obstante que su vigencia se prorrogue una o varias veces.

Si es cierto que la aludida modalidad de pago no desvirtúa la concepción unitaria del seguro, la división de la prima tampoco la quebranta porque sus efectos no son otros que justificar el derecho a la prima únicamente por el tiempo en que el asegurador asuma el riesgo; la división de ella comienza cuando termina prematuramente la unidad del tiempo del contrato.

## 210. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA PRIMA DIVISIBLE

Se mencionó anteriormente que si el siniestro destruye íntegramente el bien, la prima tiene carácter indivisible ya que no hay lugar a recuperar la parte que corresponde al período comprendido entre la fecha de la realización del riesgo y la del vencimiento inicialmente pactado, regulación plenamente aceptable debido a que el asegurado recibe la protección que al contratar se propuso.

Otra excepción se presenta en el seguro de transportes. La responsabilidad del asegurador concluye con la entrega de las mercancías al destinatario porque el contrato se celebra en consideración al trayecto

del viaje y no a su duración y de ahí que no se le aplique la regla de la división de la prima. Este contrato se gobierna, pues, por la norma de que "el asegurador ganará irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta" (art. 1119).

## 211. QUIEN PUEDE PAGAR, DONDE, CUANDO Y COMO

La obligación incumbe al asegurado conforme al ordinal segundo del art. 680 del código vigente.

De mayor precisión jurídica resulta el precepto del art. 1066 del nuevo código al imponer el deber al tomador, quien al contratar el traslado del riesgo se obliga a cumplir los compromisos derivados del seguro.

Carece de importancia la anterior distinción cuando ambas calidades concurren en una misma persona.

¿Pueden otras personas satisfacer la obligación? Ningún texto especial de la legislación de seguros impide que un tercero, en virtud de facultad que le concede el derecho común, atienda el pago de la prima a nombre del deudor, y por dicha razón pueden hacerlo todos los interesados en la vigencia del seguro como el beneficiario, los llamados a suceder al asegurado y sus acreedores pero ha de tenerse en cuenta que cuando proceden de tal manera no se entienden subrogados en los derechos del tomador o del asegurado ya que únicamente los sustituyen en la satisfacción de su obligación.

El régimen imperante nada dispone acerca del lugar del pago. Se limita a exigir que la póliza lo exprese (art. 640) pero si las partes no acuerdan lugar se recurre a la práctica de que la aludida obligación se cumple en el domicilio del asegurador o de sus representantes o agentes debidamente autorizados.

La nueva legislación recoge la anterior regla del derecho consuetudinario (art. 1067), la que por pacto explícito admite variación en sentido favorable al tomador a fin de que la recaudación de la prima se realice en su propio domicilio.

La época en que ha de pagarse forma parte del contenido de la póliza según el art. 640 de la actual codificación. Del art. 668 se colige

que debe cubrirse "al vencimiento del plazo convencional o legal" pero la verdad es que la ley no otorga término porque, a falta de estipulación, "será exigible desde que el asegurador empiece a correr los riesgos", conforme al art. 667, lo que significa que debe cubrirse de contado.

El art. 670 autoriza que se conceda un término de gracia, siempre de corta duración porque "el otorgamiento expreso o tácito... de plazos mayores de 30 días... constituye un acto de competencia desleal para con los demás aseguradores y, en consecuencia, está prohibido por la ley. (art. 21 de la ley 105 de 1927)", según opinión muy atinada de la Superintendencia Bancaria (ob. cit. pág. 117).

La nueva legislación apunta más claridad. Establece su art. 1066 que, salvo disposición legal o contractual distinta, el pago deberá hacerse "a más tardar dentro de los diez días siguientes a la fecha de la entrega de la póliza o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella". Como el precepto acepta modificación convencional, subsiste la posibilidad de los términos de gracia, con la salvedad ya formulada acerca de su extensión.

Se examinó en otro aparte que no existe la necesidad legal de cubrir la prima en dinero, principio que no aparece expresamente derogado en el reciente estatuto pero lo cierto es que la técnica y las conveniencias comerciales exigen la mencionada forma de pago. No se conoce en el país empresa aseguradora que haya convenido primas consistentes en prestación diferente a la de dar una suma de dinero ni póliza aprobada por la Superintendencia Bancaria que las contemple.

## 212. CONSECUENCIAS DE NO PAGO SEGUN EL CODIGO DEL 87

En el seguro, como contrato bilateral, va sobreentendida la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado pero esta regla del derecho común solamente se refleja para el incumplimiento de la obligación de pagar la prima. La infracción de los demás deberes se sanciona de modo distinto, como se analizará en su oportunidad.

El no pago "al vencimiento del plazo convencional o legal" confiere al asegurador la opción de demandar o la entrega de ella, evento en que el seguro subsiste y si entre tanto se produce el siniestro

debe indemnizarse, o la terminación del contrato, caso en que el riesgo cesa de correr por su cuenta desde que se instaura la acción y, entonces, el asegurado no podrá en ningún caso exigir la reparación del siniestro ocurrido con posterioridad. En uno y otro supuesto procede "la indemnización de daños y perjuicios" (art. 668).

Goza el asegurador de tres años desde el vencimiento del plazo para ejercer sus derechos "y no haciéndolo, el seguro se reputará vigente para todos sus efectos, y el asegurador sólo podrá perseguir la entrega de la prima" (art. 669).

Para que surjan los efectos en mención se requiere, lógicamente, que el término para el pago, aún el de gracia, haya corrido y por lo tanto el siniestro anterior a su vencimiento es reparable, no así el posterior (art. 670).

## 213. SEGUN LA COSTUMBRE COMERCIAL

Las pólizas reglamentan de otra manera las consecuencias del incumplimiento. El asegurador no hace uso de su derecho opcional. En la práctica se estipula la finalización automática del contrato en los seguros de daños y la caducidad en los seguros de personas, la que funciona a manera de suspensión de los efectos del contrato puesto que permite su posterior rehabilitación mediante la cancelación de las primas retardadas.

La rehabilitación debe ser consentida por el asegurador si las primas debidas pertenecen al primer bienio del seguro pero cuando ellas han sido oportunamente pagadas, "las pólizas de vida de cualquier clase no podrán declararse caducadas después de que se hayan pagado los dos primeros años, salvo el caso de que las primas atrasadas o préstamos hechos sobre la póliza con sus intereses corridos, exceden al valor de la reserva correspondiente a dicha póliza", según prescribe el art. 23 de la ley 105 de 1927.

## 214. SEGUN EL CODIGO DEL 71

Esta obra consigna dos reglamentaciones para cuando el asegurado ha faltado a su obligación; una aplicable en los seguros de daños y otra en los de vida.

Primera. Al tenor del artículo 1068, una vez transcurrido el plazo, el no pago produce la terminación del seguro y la consiguiente pérdida de la indemnización en caso de siniestro y, además, da derecho al asegurador a exigir la parte devengada de la prima y a cobrar los gastos causados en el proceso de formalización del contrato.

No basta, sin embargo, la mora en el pago. Para que dichas sanciones tengan operancia, se requiere el "envío de la respectiva comunicación por el asegurador a la última dirección conocida del tomador".

Es suficiente el envío y desde su fecha surte efecto la terminación. Dada la redacción del texto no es necesario esperar la llegada de la comunicación ni tampoco demostrar su recibo por el destinatario. Es bueno llamar la atención acerca de la fecha en que termina el contrato. Es la del envío de la nota y no la en que ésta fue escrita.

Por la importancia que el legislador da a la indicada fecha, que viene a definir la suerte del seguro, debió haber exigido "carta certificada", requisito que prevendría conflictos, labor que demandaba de aquél mayor previsión.

El pago de la prima parcial se calcula no en proporción al tiempo de cobertura del riesgo sino "conforme a la tarifa de seguros", es decir, su valor se establece teniendo en cuenta no sólo el período en que el contrato estuvo vigente sino los gastos hechos con motivo de su preparación y celebración.

Segunda. La reciente legislación se orienta por el principio, ya codificado en otros países, de que la acción judicial no es procedente para reclamar las primas en los seguros de vida, del cual se colige que su pago es potestativo del asegurado.

Existe la obligación pero su cumplimiento no puede exigirse porque depende de un hecho voluntario del deudor, modalidad que no la invalida de conformidad al derecho común (inciso 2º del art. 1535 del código civil).

Para explicar la incorporación de la doctrina precedente en los cánones del nuevo código, comenta la comisión redactora que "el asegurado contrae un compromiso a plazo indefinido. No sabe, no puede saber, si estará siempre en condiciones de responder por el pago de

las primas. Es justo, por tanto, que no quede maniatado. De ahí también los derechos que le otorga la ley, que no son otros que los que le reconocen las pólizas de las compañías colombianas, de ceder, saldar o prorrogar el seguro".

Pero la prohibición de demandar judicialmente la entrega de las primas que los arts. 1151 y 1152 imponen al asegurador no tiene otro significado que privar de exigibilidad el pago de las mismas y jamás el de artibuirle la virtud de dejar subsistente el contrato.

En efecto, la no cancelación de las primas dentro del mes siguiente a la fecha de cada vencimiento (plazo de gracia) produce la terminación del seguro, conforme al segundo precepto mencionado y en dicho caso el asegurador tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados con miras a la celebración del contrato si la falta de pago comprende la primera prima o su primera cuota mas en el evento contrario carece de tal derecho puesto que el valor de rescate, cuyo breve análisis se hizo al considerar la fuerza ejecutiva de la póliza, se destina a cubrir las aludidas erogaciones.

Cuando las primas no cubiertas corresponden al primer bienio la terminación se causa ipso facto pero cuando el tomador cesa en el pago de las primas posteriores a las de las dos primeras anualidades la sanción no opera en forma automática porque la reserva del seguro neutraliza los efectos de las primas insolutas. El contrato únicamente termina "cuando el valor de las primas atrasadas y el de los préstamos efectuados con sus intereses, excedan del valor de cesión o rescate" (art. 1153).

Se concluye, pues, que el contrato continúa en vigor mientras dicha reserva, que después de corrido el bienio inicial permanece a disposición del asegurado, sea suficiente para constituir la prima única de un seguro reducido bien en su cuantía (seguro saldado) o bien en su vigencia (seguro prorrogado), a menos que el contratante opte por solicitar su devolución en dinero, temas examinados cuando se habló del cobro ejecutivo del valor de rescate.

Las anteriores consideraciones, legalmente confirmadas en los arts. 1151 y siguientes, vienen a desarrollar y complementar el principio incorporado en la legislación desde 1927 por el referido art. 23 de la ley 105.

Para cerrar estos comentarios conviene anotar que si es cierto que el asegurador carece de facultad para obtener judicialmente el pago de la prima, también lo es que la ley no lo priva del derecho de requerir su cancelación del asegurado y de prevenirlo sobre las consecuencias que le puede acarrear su falta de cumplimiento, las que en definitiva se concretan en la pérdida del seguro, y que tampoco lo obliga la ley a devolver las primas ya percibidas sino únicamente las sumas disponibles del fondo de reserva.,

## CAPITULO XIX

### OBLIGACIONES RELATIVAS AL SINIESTRO Y OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA SUBROGACION

#### 215. 1ª) PREVENCIÓN DEL SINIESTRO

Propiamente al asegurado no le compete impedir el siniestro sino procurar evitarlo. Su deber es meramente de medio y no de fin.

Según el ordinal tercero del art. 680 del código vigente está obligado "a emplear todo el cuidado y celo de un diligente padre de familia para prevenir el siniestro", lo que permite concluir, con apoyo en el inciso cuarto de lart. 63 del código civil, que la ley lo exonera de la culpa levísima en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que coincide con la norma de que el deudor (el asegurado en este caso) es responsable hasta de la culpa leve en los contratos que benefician recíprocamente a las partes, con las excepciones específicamente establecidas en el seguro de incendio y comentados en el primer capítulo dedicado al riesgo.

Pero el reciente estatuto comercial no reproduce el texto anterior. Cabe entonces examinar si la obligación desaparece en el nuevo régimen.

De un lado hay que recordar que el seguro debe ejecutarse de muy buena fe y que el justo equilibrio entre las partes ha de mantenerse siempre. El asegurado no puede variar el riesgo agravando las circunstancias de orden objetivo que faciliten su realización; tampoco puede, una vez celebrado el contrato, cambiar a la conducta de prudencia y cautela que antes observaba por un proceder negligente. El seguro le

ofrece protección contra el riesgo pero no lo libera de la obligación de vigilar y conservar el objeto asegurado y la lealtad debida al otro contratante lo coloca en el deber de colaborar en la prevención del siniestro.

Pero, de otra parte, hay que recordar que el código recientemente promulgado hace asegurables las culpas leve y levísima del asegurado, por lo cual únicamente pierde el derecho a la indemnización cuando el siniestro es provocado por hechos personales suyos atribuibles a dolo, culpa grave o actos meramente potestativos.

#### 216. 2ª) EVITAR LA AGRAVACION DEL SINIESTRO Y PROCEDER AL SALVAMENTO

Tal es la obligación impuesta por el art. 1074 de la nueva codificación que establece que "ocurrido el siniestro, el asegurado está obligado a evitar su extensión y propagación y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas". No obstante su diferente redacción, el texto equivale a la norma del art. 680, ordinal 4º del actual código, por la que el asegurado debe "tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada o para conservar sus restos".

Es claro, pues, que tiene que procurar, por los medios normales y razonables que estén a su disposición, evitar que los daños se aumenten o agraven e inclusive tratar de impedirlos o de reducirlos.

El salvamento incluye no sólo la recuperación de los objetos o de sus partes no destruidas sino también la conservación de éstas en el estado en que hayan quedado después del siniestro, a no ser que la limitación de los daños aconseje que es necesario o conveniente introducirles alguna modificación.

El fundamento de esta obligación, como el de las otras originadas con motivo de la producción del siniestro, es el mismo mencionado hace poco, o sea, la buena fe que en grado máximo va implícita en el contrato y que, en el caso particular del deber en referencia, hace que el interés del asegurado por conservar el objeto se extienda hasta después del siniestro, pues sería desleal abandonar el bien a las consecuencias del riesgo ya realizado por estimar que de ellas lo libera el contrato.

No siempre el cumplimiento de la obligación es imperativo; el asegurado puede hallarse en imposibilidad absoluta o en dificultades ra-

zonables para atenderla como sucede cuando muere en el siniestro o ignora su ocurrencia o se accidenta con ocasión del mismo o es privado de su libertad o se encuentra en viaje. En tales circunstancias su conducta pasiva no incide en sus derechos. Es de observar que algunos de los hechos enumerados y otros similares también justifican la inobservancia de otras obligaciones que con relación al riesgo le incumben.

#### 217. 3ª AVISO DE LA OCURENCIA DEL SINIESTRO

Dispone el art. 1075 que "El asegurado o beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes. El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro".

Es la misma obligación que empleando otros giros gramaticales establece el ordinal 5º del art. 680 del régimen vigente.

¿Ha de ser escrito el aviso? Ninguno de los dos preceptos lo exige textualmente pero la conveniencia probatoria así lo aconseja.

No hace falta indicar la importancia que para el asegurador conlleva la oportuna notificación del siniestro. Le facilita la rápida adopción de medidas para disminuir los daños o para intervenir en el salvamento y le permite adquirir conciencia de las causas y circunstancias del hecho antes de que puedan desaparecer algunos elementos de juicio.

#### 218. 4ª) DELARACION DE LOS SEGUROS COEXISTENTES

Según el art. 1076 "el asegurado estará obligado a declarar al asegurador, al dar noticia del siniestro, los seguros coexistentes, con indicación del asegurador y de la suma asegurada".

Igual deber establece el ordinal 6º del art. 680 pero con la diferencia de que esta disposición impone su cumplimiento "al tiempo de exigir el pago de un siniestro" y aquélla "al dar noticia del del siniestro", vale decir, dentro de los tres días que siguen a la fecha en que haya tenido o debido tener conocimiento del hecho.

No es lícito al asegurado ocultar que tiene celebrados dos o más seguros porque se coloca en la posibilidad de acumular varias prestaciones, una de cada asegurador, conducta violatoria de la regla legal de que el contrato está destinado con exclusividad a compensar los daños sufridos y nada más. Al crear este deber, quiere la ley establecer una medida de control que impida el quebrantamiento del aludido principio.

, Es bueno advertir que en el nuevo ordenamiento legal son dos las oportunidades en que el asegurado debe notificar los seguros coexistentes: 1º) "Dentro del término de diez días a partir de su celebración" (art. 1093) tiene que informar por escrito al asegurador los seguros de igual naturaleza que celebre sobre el mismo interés so pena de producirse la terminación del contrato, de conformidad con lo visto en líneas precedentes. Y 2º) "al dar noticia del siniestro" (art. 1076).

La inobservancia maliciosa de la última obligación, de acuerdo a lo que dispone el inciso segundo, acarrea la pérdida del derecho a la prestación pero si el asegurado omite de buena fe la información, sin propósito de lucro, por ejemplo cuando el total de los seguros es inferior al valor real del objeto o cuando la considera innecesaria en vista de que al momento de su contratación la había suministrado, la sanción ya no es la privación de la suma indemnizatoria sino su reducción ya que de la misma se resta el valor de los perjuicios que el asegurador haya causado el incumplimiento (inciso 1º del art. 1078).

#### 219. 5ª) PRUEBA DEL SINIESTRO Y DE LA CUANTIA DE LA PERDIDA

Con arreglo al art. 1077 "corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso", texto de mayor precisión que el del ordinal 7º del varias veces citado art. 680, de acuerdo con el cual el asegurado está obligado "a probar la coexistencia de todas las circunstancias necesarias para establecer la responsabilidad del asegurador".

Quien reclama una prestación debe aportar la correspondiente prueba según principio general del derecho probatorio, en que se inspiran las anteriores disposiciones al gravar al asegurado con carga del elemento probatorio.

La obligación consiste, en primer lugar, en comprobar la realización física del riesgo mas no sus causas. Acreditado el hecho contemplado en la póliza, no es necesario demostrar sus consecuencias que, en principio, constituyen la responsabilidad del asegurador; aquél supone éstas y sólo por excepción, cuando el asegurador presenta "hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad" (inciso 2º del art. 1077), incumbe al asegurado aducir la respectiva prueba.

Situación análoga acontece en el régimen vigente donde "el siniestro se presume ocurrido por caso fortuito, pero el asegurador puede acreditar que ha sido causado por un accidente que no le constituye responsable de sus consecuencias" (art. 663).

En el seguro de accidente, por ejemplo, basta que el asegurado haga presentación de los certificados médicos y clínicos para poder reclamar el importe indemnizatorio mas si el asegurador considera que se trata de una lesión que aqué se infligió voluntariamente debe acreditar este hecho para eximirse del pago.

Así también en el seguro de vida la partida de defunción es suficiente para solicitar el capital pactado pero si el asegurador estima que no está en el deber de pagarlo, porque el fallecimiento se causó por riesgos no cubiertos en la póliza o excluidos legalmente, como el suicidio intencional o la muerte en duelo, es a él a quien compete aportar la prueba.

Igual aseveración se hace tratándose de un seguro en que el siniestro es promovido por dolo o culpa grave del asegurado. No hay lugar a pagar la prestación si el asegurador demuestra que la causa del hecho fue el comportamiento doloso o gravemente culposo del otro contratante.

En segundo término la obligación comprende la comprobación de la cuantía de la pérdida, dato indispensable para regular la indemnización dentro de los límites de la suma asegurada (art. 1079), del valor real de linterés protegido y del monto efectivo del perjuicio patrimonial (art. 1089), de la regla proporcional (art. 1104) y dentro de los demás elementos que restringen dicha cuantía, de acuerdo con las disposiciones de orden legal concordantes con las citadas y también con las de carácter convencional incorporadas en la respectiva póliza.

El asegurado no sólo debe probar, al tiempo del siniestro, la suma del daño efectivamente experimentado sino la existencia y el valor del interés o del objeto asegurado (último inciso del art. 1085). Estos tienen que existir en todo momento porque su desaparición o su destrucción por hecho distinto al riesgo cubierto produce la extinción del seguro, según los arts. 1086 y 1109 de la reciente codificación, afirmación que también encuentra respaldo legal en el código vigente, tal como fue comentado al abordar el tema referente al interés asegurable.

Esta prueba, por lo demás, es una consecuencia de la obligación de acreditar la pérdida y su cuantía. Si al acaecer el siniestro no existe el bien, ningún daño se produce, por lo que se hace indispensable demostrar su identidad material. La responsabilidad indemnizatoria se regula, entre otros factores, por el valor actual y real del interés asegurado (art. 689 del código vigente y art. 1089 del código nuevo), el cual se requiere también para determinar si la pérdida es total o parcial y para definir si el seguro es adecuado o si por el contrario hay exceso de protección (art. 656 inciso 1º y art. 1091) o insuficiencia (art. 656, inciso 2º y art. 1102), lo que explica suficientemente la necesidad de comprobar el valor del interés siniestrado.

La norma de que la prueba incumbe al asegurado se modifica cuando las partes estipulan la cláusula de valor admitido o presunto (art. 658 del código vigente y art. 1089 inciso 2º del código nuevo). El asegurador puede controvertirlo afirmando que excede del verdadero valor del interés pero entonces él debe allegar el elemento probatorio del exceso.

Ninguno de los dos códigos señala plazo para ejecutar la obligación, por lo cual ha de cumplirse dentro del término indicado en la póliza o, en su defecto, en cualquier tiempo pero, naturalmente, antes de exigir el pago del siniestro.

Tampoco establecen una prueba determinada, de donde se colige la admisibilidad de los medios probatorios autorizados por las reglas del código de procedimiento civil (art. 182 del código vigente y art. 822 del código nuevo).

## 220. INFRACCIÓN DE LOS DEBERES REFERENTES AL SINIESTRO EN EL ORDENAMIENTO ACTUAL

De acuerdo con la legislación aun en vigor (art. 681), el seguro se rescinde por el incumplimiento de las obligaciones en referencia y,

por ello, el asegurador tiene la facultad de instaurar la acción de nulidad relativa del contrato.

Al explicar esta sanción, el doctor Ossa Gómez (Ob. cit. pág. 403 y siguientes) la califica muy atinadamente de inadecuada. Y en verdad que lo es, porque el fundamento de las nulidades se encuentra no en la infracción de una obligación por parte del contratante sino en la falta de los requisitos o formalidades legalmente prescritos para la validez de las convenciones (art. 1740 y 1741 del código civil).

El mismo autor afirma categóricamente que "la intención del legislador no pudo ser otra que sancionar al infractor con la pérdida de su derecho a la indemnización, dejando intacto el contrato mismo. Y ésta es una sanción menos drástica que la rescisión que invalida retroactivamente el acto jurídico en sí mismo considerado". "El legislador no pudo tener en mientes la rescisión, sino la pérdida del derecho principal del asegurado, esto es, la caducidad que hemos definido en otro aparte" (págs. 428 y 249).

## 221. EN EL NUEVO ESTATUTO

Pero la caducidad tampoco constituye, en opinión de quien esto escribe, el castigo apropiado para la infracción. Como sanción general resulta demasiado severa y talvez injusta.

Una cosa es que el asegurado, cuando deja de atender sus compromisos o los quebranta, proceda de manera maliciosa, con el ánimo de defraudar al asegurador, por ejemplo si no declara los seguros coexistentes para tratar de procurarse dos o más prestaciones o si colabora por acción o por omisión en la extensión del siniestro o si daña aun más los objetos siniestrados o si presenta una relación inexacta o exagerada del monto de los daños sufridos. Y otra, muy diferente, ocurre cuando omite el cumplimiento por simples ligerezas o descuidos exentos de mala fe.

De ahí que el reciente estatuto comercial, inspirado en un criterio más justo y técnico, deroga la sanción vigente y, en su lugar, establece en favor del asegurador el reconocimiento de los perjuicios que le ocasione la infracción, conforme al art. 1078 cuyo primer inciso prescribe que "si el asegurado o beneficiario incumpliere las obligaciones que le corresponde en caso de siniestro, el asegurador sólo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento".

La redacción del precepto no es muy afortunada al emplear el vocablo "deducir" y su aplicación literal puede motivar frecuentes conflictos porque o se aplaza el pago del siniestro mientras se determinan judicialmente la existencia y la cuantía de los perjuicios, lo que parece estar fuera del propósito del legislador, o se deja en manos del asegurador definir si los hubo y establecer su valor, lo que indudablemente entraña arbitrariedad porque dicho contratante pasaría a ser fallador de su propia causa.

Sin vacilación puede afirmarse que el legislador quiso únicamente acoger la doctrina incorporada en las normas del derecho común por la cual toda persona que con sus hechos u omisiones infiere daño a otro debe ser condenada al resarcimiento de perjuicios. No otra interpretación cabe dar al texto transcrito.

Es bueno registrar que la medida punitiva que allí se consigna no puede sustituirse por otra de mayor gravedad aunque sí por una más benigna o derogarse convencionalmente. La norma no admite pacto contrario desfavorable al asegurado (art. 1162).

Cuando éste infringe maliciosamente los deberes a que está sometido con motivo del siniestro y que no son más que presupuestos para obtener el reconocimiento del importe indemnizador, se hace acreedor a un castigo diferente. En este caso su transgresión lo priva del derecho a la indemnización, conforme al inciso final que estatuye que "la mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro, causará la pérdida de tal derecho".

## 222. OBLIGACIONES ORIGINADAS EN LA SUBROGACION

### 1ª) No renunciar derechos contra terceros.

Al analizar la finalidad exclusivamente compensatoria de daños que caracteriza al seguro, quedó establecido que una vez pagada la indemnización por el asegurador, éste se subroga, hasta concurrencia de la misma, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro.

De este principio es fácil colegir que el asegurado no puede disponer de su eventual derecho a ser reparado por los autores del hecho,

conforme a las reglas consignadas en el código civil. Su deber es conservar tal derecho porque, por ministerio de la ley, se destina para el asegurador, razón por la que la cesión que del mismo haga se vuelve contra él.

Dicha obligación aparece consagrada en el art. 1097 de la nueva legislación: "El asegurado no podrá renunciar en ningún momento a sus derechos contra terceros responsables del siniestro".

En la actual legislación también se encuentra estatuida aunque de modo implícito en el art. 677, merced al cual "el asegurador que pague la cantidad asegurada podrá exigir del asegurado cesión de los derechos que por razón del siniestro tenga contra terceros... Aun sin necesidad de cesión, el asegurador puede demandar daños y perjuicios a los autores del siniestro, en su carácter de interesado en la conservación de la cosa asegurada".

La infracción, entendida no sólo como el acto que directamente entraña renuncia del derecho sino todo pacto que revestido de otras formas conduce a privar del mismo al asegurador, "acarreará la pérdida del derecho a la indemnización" (inciso 2º del art. 1097), sanción que en el ordenamiento aun en vigencia es diferente y que consiste en responsabilizar al asegurado de los actos que puedan perjudicar la acción del asegurador (art. 677).

## 223. FACILITAR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBROGADOS

2ª) No basta la subrogación; hácese necesario colaborar con el asegurador a fin de que éste pueda ejercitar sus acciones sin dificultades por parte del asegurado.

Es un deber que impone la lealtad contractual. Si los daños fueron reparados nada más justo que contribuir a que quien los pagó pueda resarcirse del responsable de ellos.

Pero es una obligación cuya prestación se condiciona a la solicitud del asegurador quien, juzgadas las circunstancias de cada caso, está en capacidad de definir si la colaboración del asegurado indemnizado le es o no conveniente.

El nuevo texto legal dice que "A petición del asegurador, el asegurado deberá hacer todo lo que esté a su alcance para permitirle el ejercicio de los derechos derivados de la subrogación" (art. 1098). En el régimen actual esta obligación se entiende incluida en el art. 677.

Al tenor de lo dispuesto en los dos aludidos preceptos, sobre el asegurado gravitan los perjuicios que con su incumplimiento cause al asegurador, mas cuando obra de mala fe sufre la pérdida de la prestación, conforme a la parte final de la segunda disposición.

## 224. OTRAS OBLIGACIONES

Las presentes líneas no han querido agotar el tema. Contienen tan sólo una referencia a los principales compromisos que la ley impone al asegurado.

A más de los numerosos deberes que las pólizas suelen imponer, existen otras obligaciones de orden legal no examinadas aquí.

Algunas son las siguientes: El asegurado tiene que informar al asegurador, cuando el interés o el objeto asegurado se transmite por acto entre vivos, si en cabeza suya subsiste un interés asegurable so pena de que el contrato también se extinga para él (art. 1107).

A menos de convenio en contrario, no puede abandonar o hacer dejación de las cosas aseguradas, con ocasión del siniestro (art. 687 del código vigente y art. 1112 del código nuevo), como regla general, prohibición que no es aplicable en la actualidad al seguro de transportes (inciso 3º del art. 688 y art. 728 del código vigente) pero que lo será cuando se inicie la vigencia de la reciente codificación (art. 1123).

Cuando se estipula que el asegurado soporta una cuota en el riesgo o en la pérdida o afronta la primera parte del daño permanece obligado a no protegerse contra tales cuotas. El incumplimiento produce la terminación del contrato original (art. 1103).

## CAPITULO XX

### OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR

#### 225. CONTROVERSIAS DOCTRINARIAS SOBRE SU CONTENIDO

Definir cuál es la obligación del asegurador ha constituido entre los expositores tema de debate, de valor simplemente especulativo.

El doctor Ossa Gómez (ob. cit., pág. 410) narra que en el Congreso Internacional del Derecho de Seguros (Roma 1962) el profesor Hans Möller hizo alusión a la teoría de la pretación pecuniaria y a la teoría de la asunción del riesgo. Según la primera, "la del asegurador será una obligación sujeta a la condición suspensiva" y conforme a la segunda "sería una prestación sucesiva que con la ocurrencia del siniestro pasaría de su estado latente a su estado activo".

Lo cierto es que bajo el aspecto doctrinario, y aquí se entra a esbozar algunas consideraciones que bien podrían sustentar la formulación de una tercera posición o una teoría mixta, ambas corrientes de opinión encuentran fundamento jurídico. Aquella es defensible porque el compromiso de indemnizar, que es su contenido, sirve de causa al deber del asegurado, quien entrega la prima impulsado exclusivamente por la reparación que recibe al siniestrarse el bien amparado. Y la última también lo es. El asegurador, desde que se obliga a tomar sobre sí el riesgo, está dispuesto a responder de una prestación que viene a materializarse con el siniestro; el deber de reparar los daños eventuales se adquiere al perfeccionamiento mismo del contrato pero su exigibilidad depende de la ocurrencia y gravedad del hecho contemplado en la póliza.

Por ello no resulta exacto hablar de la primacía de una o de otra. A ambas hay que reconocerles igual grado de importancia. En términos absolutos ninguna es superior. Lo será desde un punto de vista práctico. Pero las dos se entrecruzan sin que sea fácil hallar factores que gradúen de modo inobjetable su trascendencia. Más todavía. Es tal su interrelación que aparece difícil separarlas. La confusión se ha originado quizá en desdoblarse lo que de por sí acusa unidad. La obligación del asegurador es una pero susceptible de manifestarse en etapas. De un estado potencial iniciado con la asunción del riesgo, se desarrolla para quedar en estado actual, representado en la prestación indemnizatoria.

## 226. POSICION ADOPTADA POR EL CODIGO

Dejando al margen la tercera tesis que acaba de insinuarse y circunscribiendo el debate a las normas del derecho positivo colombiano reguladoras del seguro, ha de afirmarse con el doctor Ossa Gómez, página 411, que la primera tesis está suficientemente respaldada en el código.

Haciendo referencia al asegurador, el art. 634 habla de "obligándose a indemnizar". Cuando la suma contratada es insuficiente frente al verdadero valor del objeto asegurado, "el asegurador sólo estará obligado a indemnizar el siniestro, a prorrata..." de acuerdo a la segunda regla estatuida por el art. 656.

Según el art. 670 "los aseguradores quedan obligados a la reparación del siniestro...". El art. 674 dispone que el asegurador contrae principalmente "la obligación de pagar al asegurado la suma asegurada o parte de ella..." y el art. 689 que "la indemnización a que se obliga el asegurador se regula..."

Similares expresiones, de donde también se deduce dicha teoría, se consignan en otras disposiciones tales como los arts. 675, 676, 677 y otros, todos referentes a la regulación del importe reparador como obligación del asegurador.

Con iguales argumentos puede decirse que la nueva legislación incorpora en sus cánones la doctrina de la prestación pecuniaria. Basta fijar la atención en la primera parte del art. 1080: "el asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro..."

Las frases "pero el asegurador sólo estará obligado... a pagar un porcentaje de la prestación..."; "los aseguradores deberán soportar la indemnización..."; la indemnización a cargo de los aseguradores..."; "el asegurador sólo estará obligado a indemnizar el daño..." y "el asegurador responde del valor de la indemnización...", incorporadas en su orden en el inciso 3º del art. 1058 y en los arts. 1092, 1101, 1102 y 1075, suministran suficiente razón para afirmar que el reciente estatuto acoge, como el anterior, la tesis de la prestación pecuniaria.

## 227. ¿CONSAGRA LA LEGISLACION LA TEORIA MIXTA?

De una vez se da respuesta afirmativa. Para comprobar este aserto cabe examinar, en primer lugar, el código de 1887 y luego el de 1971.

a) A más del articulado ya señalado que prescribe que el asegurador se obliga a la prestación indemnizatoria siempre y cuando se presente el siniestro, con lo que se satisface el primer presupuesto de la teoría mixta, existen algunos preceptos que acreditan el segundo.

En efecto, el art. 634 declara que el asegurador "toma sobre sí... todos o algunos de los riesgos", vale decir, los pone bajo su protección o en sus manos. Como la persona "toma de su cuenta el riesgo" lo define el art. 635, expresión que significa que él asume la responsabilidad del hecho.

La póliza debe contener, según el ordinal quinto del art. 640, "los riesgos que el asegurado toma sobre sí".

Con arreglo al art. 646, pueden asegurarse "todas las cosas... con tal que... se hallen expuestas a perderse por el riesgo que tome sobre sí el asegurador".

"Los riesgos principiarán a correr, por cuenta del asegurador, desde que...", conforme al art. 661.

b) Al igual que el vigente, el nuevo estatuto incorpora normas que dan contenido pecuniario condicional a la obligación mencionada antes, y también reglas que configuran la teoría de la asunción del riesgo, esto es, el segundo enunciado de la tesis mixta.

Las primeras acaban de citarse. Entre las segundas, se encuentran las siguientes: El asegurador es la persona jurídica que "asume los riesgos" (art. 1037). "Los riesgos que el asegurador toma a su cargo" deben expresarse en la póliza (art. 1047, numeral 9). Con las restricciones legales podrá "asumir todos o algunos de los riesgos..." (art. 1056). "Los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador..." (art. 1057).

## 228. OBLIGACION DE ADQUIRIR Y CONSERVAR LA CAPACIDAD DE PAGO DE LOS SINIESTROS Y DE LAS SUMAS PACTADAS

El tratadista Luis Benítez de Lugo manifiesta que "la obligación fundamental y primordial del asegurador consiste en que a consecuencia de haber asumido el riesgo, caso de que el siniestro se produzca o llegue el término previsto, debe proceder al pago de las indemnizaciones o capitales correspondientes a favor del asegurado o beneficiario, de acuerdo con las condiciones fijadas en la póliza" y agrega que conforme a lo anterior "se afirma que el asegurador está obligado a adquirir y mantener su capacidad técnica económica para afrontar las eventuales obligaciones del resarcimiento, con la formación oportuna de reservas, austera administración y adecuada y segura inversión de los capitales formados por la acumulación de las primas" (ob. cit., volumen 1º, pág. 388).

Alrededor del planteamiento que precede tampoco existe consenso entre los expositores. Según el autor transcrito, no lo aceptan algunos, porque el asegurado no tiene acción para hacer cumplir la obligación y únicamente el estado puede exigirla. Otros, en cambio, entre quienes se cuenta precisamente Luis Benítez de Lugo, defienden la tesis; "si un asegurador incumpliere sus obligaciones sobre constitución e inversión de reservas, estimamos existiría incluso acción en los asegurados para demandar judicialmente la salvaguarda y conservación adecuada de su derecho supeditado a la condición suspensiva del siniestro previsto y protegido en la póliza" (ob. cit., pág. 389).

Muy acertadamente el doctor Ossa Gómez consigna en la página 409 de su obra un rechazo al anterior punto de vista. Estas son sus palabras: "Ya no como asegurado, sino como ciudadano puede cualquiera poner en conocimiento de la Superintendencia Bancaria las fallas que afecten la solidez financiera de las organizaciones aseguradoras. Al arbitrio de aquel organismo está la solución del pro-

blema, de acuerdo con las leyes y con los elementos de juicio de que puede disponer cuando a bien tenga. No puede ser, pues, la capacitación técnico-económica la principal obligación a cargo del asegurador en el contrato de seguros".

Sin duda alguna, el asegurador soporta dicha obligación cuya existencia reclaman los intereses del conjunto de asegurados mas se trata de un deber que no se origina en el contrato del seguro. Procede de los estatutos oficiales que gobiernan la actividad del empresario de seguros.

La debida ejecución de la relación contractual demanda de la industria aseguradora un funcionamiento dentro de programas técnicos, estadísticos y financieros cuyo régimen de inversiones garantice la satisfacción de los siniestros.

Tal es el sentido de la frase que utiliza la nueva legislación en el art. 1073, numeral 1º, cuando dice que la persona que asegura debe estar "autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos". Pero la capacidad para el pago de los eventuales compromisos no constituye presupuesto jurídico para el perfeccionamiento del contrato, doctrina que ciertamente recibe acogida en la legislación colombiana. Ningún texto del código del 87 la considera como elemento necesario del contrato mismo y el art. 1045 de la codificación del presente año la excluye implícitamente de los enunciados esenciales del seguro.

## 229. OBLIGACION DE PAGAR EL SINIESTRO

El deber del asegurador viene a concretarse, en definitiva, a pagar el seguro, o sea, la indemnización pactada en los seguros de daños y el capital estipulado en los de personas. Por ahora se va a hacer referencia a la obligación con respecto a los primeros.

Ordena el art. 674 que "El asegurador contrae principalmente la obligación de pagar la suma asegurada o parte de ella, siempre que el objeto asegurado se pierda total o parcialmente, o sufra algún daño por efecto del caso fortuito que hubiere tomado a su cargo", esto es, por efecto del riesgo.

Y el art. 1080 del último estatuto prescribe que "el asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro..." vale decir, "la realización del riesgo asegurado" que es como el art. 1072 define aquél y que al tenor del art. 1054 "da origen a la obligación del asegurador".

Aunque es cierto que desde la celebración del contrato el asegurador se compromete a reparar, no lo es menos que la suya es una obligación condicionada a la producción del riesgo, según se deduce de los textos aludidos y también del numeral 4º del art. 1045. Es que el siniestro entraña un hecho fundamental en la ejecución del contrato. Con él adquiere el asegurado el derecho a percibir la indemnización; su derecho de protección se materializa en una compensación del daño efectivamente sufrido.

El art. 636 entiende como siniestro la "pérdida o el daño de las cosas aseguradas"; la misma disposición denomina siniestro mayor la pérdida total o casi total, y menor el simple daño, clasificación que no reporta ninguna importancia práctica en la regulación del importe indemnizador.

Se dijo que el nuevo código describe el siniestro como la realización del riesgo asegurado, definición que es suficientemente amplia para comprender no sólo la pérdida o el deterioro del objeto (seguros reales) sino los hechos que comprometen económicamente la responsabilidad del asegurado (seguros patrimoniales) y los sucesos que causan la enfermedad, el accidente, la muerte o la supervivencia de la persona protegida (seguros personales).

Es elemental anotar que no todos los siniestros otorgan el derecho de la indemnización. Ante todo, deben tener como origen riesgos asegurables cuyas consecuencias se hayan cubierto expresamente en la póliza y no hechos extraños al amparo. También hácese necesario que la conducta del asegurado o del beneficiario en el cumplimiento de sus deberes no conlleve la pérdida del derecho.

### 230. CUANTIA DE LA INDEMNIZACION

Jamás la indemnización puede superar la cantidad asegurada, según se colige del art. 674, inciso 2º del código actual y de su equivalente en el nuevo, conforme al cual el asegurador no responde sino hasta concurrencia de la suma asegurada (art. 1079). Tal es su límite máximo.

Tampoco puede exceder del verdadero valor que al tiempo del siniestro tenga el bien amparado, conforme lo disponen los arts. 656 inciso 1º y 689.

Como el seguro es un contrato exclusivamente de reparación, de acuerdo con el art. 641, el asegurado no puede percibir una compensación cuya cuantía sobrepase el daño patrimonial real y efectivamente sufrido.

Estas dos últimas limitaciones objetivas de la responsabilidad del asegurador se hallan confirmadas por la reciente codificación en sus arts. 1088 y 1089.

Pero, además de las normas precedentes, existe otra también llamada a determinar el monto de la indemnización y es la regla proporcional, establecida por ambos códigos en sus arts. 656, inciso 2º y 1102, respectivamente.

En vista de que el tema fue largamente examinado en los capítulos referentes al seguro como contrato de indemnización resulta redundante consignar de nuevo las consideraciones entonces expuestas.

### 231. FORMA DE PAGO

a) ¿A quién debe hacerse? El valor de la reparación debe pagarse al asegurado (art. 674) y es lo lógico dentro de la terminología del código vigente que desconoce la palabra aunque no exactamente el concepto de beneficiario. Este, generalmente, es el mismo contratante pero sucede a veces que el seguro se celebra en provecho de otro y en tal evento es al tercero a quien debe efectuarse el pago.

El nuevo código aporta la necesaria precisión sobre el particular. Cuando el tomador estipula el seguro por cuenta de un tercero a éste corresponde el derecho a la prestación, según principio del art. 1039.

Del contenido de otras disposiciones como los arts. 1053, inciso 3º, 1078, inciso 2º y 1080 fluye la norma de que el asegurado o el beneficiario, cuando éste es distinto de aquél, es quien goza de la facultad de reclamar el pago del siniestro. Según el supuesto que se ofrezca pueden ejercer tal derecho no sólo el propietario sino el comunero, el usufructuario, el nudo propietario, el acreedor, el arrendatario, el depositario, etc.

b) ¿Dónde debe realizarse?

Ninguna norma específica de las dos codificaciones señala lugar para satisfacer el pago.

Las partes acostumbra designarlo en la póliza pero si nada estipulan entran en juego las disposiciones del estatuto mercantil; en el nuevo ordenamiento, ese lugar será el domicilio del acreedor de la prestación según regla general del art. 876.

c) ¿Cuándo debe cumplirse?

Este punto como también el referente a su incumplimiento se analizó al tratar de la fuerza ejecutiva de la póliza. De aquí que sea suficiente recordar que el asegurador goza actualmente de un plazo de noventa días dentro del cual debe cubrir el siniestro (art. 25 de la ley 105 de 1927) y de sesenta una vez entre en vigor la reciente legislación (art. 1080).

Este término legal es largo. Piénsese que se cuenta a partir no desde el siniestro sino del día en que el asegurado o el beneficiario o el representante de uno o de otro formule la reclamación acompañada de los comprobantes que según la póliza son indispensables (ley 105) o desde la fecha en que acredite su derecho ante el asegurador (art. 1080). Se tiene, por lo tanto, que el plazo en la práctica resulta superior a los 90 o 60 días después de acaecer los hechos.

Podrá decirse que no conviene apremiar al asegurador con un tiempo más corto. Está bien que no sea tan breve como el que existe para pagar la prima (art. 1066) pero la reducción a 60 establecida en la reforma todavía no consulta los intereses del asegurado quien, además de ser la víctima del daño, soporta los perjuicios subsiguientes, distintos a los cubiertos por la indemnización. Bien podría disminuirse legalmente a 30.

Al tenor del art. 1162, el término estatuido en la ley es modificable pero únicamente para sustituirlo por otro más corto, en favor del asegurado o del beneficiario, lo que fuera de acrecentar el prestigio del asegurador no le reporta problemas de tesorería ya que sus activos deben estar dotados de la liquidez y disponibilidad necesarias para atender con prontitud el valor de las indemnizaciones.

d) Cómo debe hacerse el pago

Lógicamente debe hacerse de conformidad a lo previsto en la póliza y no puede obligarse al asegurado a recibir cosa distinta de

la convenida. De modo que si, con arreglo al contrato, la obligación del asegurador consiste en una prestación de dar, como una suma de dinero u otro objeto diferente, se paga haciendo tradición de ella y si implica una prestación de hacer, como la reconstrucción del bien o el suministro de servicios, se cumple con la realización del hecho debido.

No es, legalmente, de la ausencia del contrato que la indemnización se pacte o se cubra en dinero. Puede ser algo diferente. Aunque el art. 674 del actual código expresa que "El asegurador contrae la obligación de pagar al asegurado la suma asegurada o parte de ella", esta norma es sustituible por la facultad de las partes, quienes acostumbra estipular la obligación de pagar en efectivo o reemplazar o reparar los objetos siniestrados, según lo prefiera el asegurador.

La nueva legislación (art. 1110) recoge la práctica anterior al otorgar opción al asegurador para pagar "en dinero o mediante la reposición o reconstrucción de la cosa asegurada".

Al asegurador que opte por lo segundo no puede exigírsele que los objetos repuestos o reconstruidos sean absolutamente idénticos a los siniestrados pero tampoco le es dado proceder a su arbitrio porque su deber es restablecerlos en forma racionalmente equivalente al estado anterior al siniestro, dentro de los límites que regulan el importe indemnizatorio.

Este derecho opcional se establece en beneficio del asegurador y, en consecuencia, el asegurado carece de la facultad, a menos de acuerdo en contrario, de abandonar el objeto para exigir su reemplazo, conforme al art. 1112, porque el fin del contrato no es otro que indemnizar el daño que en caso de realización parcial del riesgo viene a estar representado por la diferencia entre el verdadero valor del bien al momento del siniestro y el valor del remanente salvado, que sigue siendo de propiedad del asegurado. No obsta lo dicho para acordar que el asegurador pueda vender o disponer libremente de los objetos procedentes del salvamento, caso en que debe cubrir el siniestro total.

## 232. PAGO DEL CAPITAL EN LOS SEGUROS DE VIDA

Varias de las reglas anteriores son de carácter general tales como las referentes a la calidad condicional de la obligación, plazo

Cuando así procede, después de corridos dos años del seguro, se le presentan respecto a la reserva de su póliza, denominada valor de cesión o rescate, las opciones de recibirla en dinero, convertirla en prima única de un seguro saldado o aplicarla a la prórroga del inicial, según el art. 1155.

Goza el asegurado de un mes de gracia, contado desde la fecha del vencimiento de cada prima, para optar bien por recibir el saldo disponible del seguro o bien por continuar en el contrato (art. 1156). Mientras el plazo esté corriendo, el asegurador debe esperar la elección del asegurado, vale decir, que el uso que éste resuelva dar al valor de la reserva contractual tiene carácter obligatorio para aquél.

Los aludidos textos le imponen, pues, otra obligación cuyo incumplimiento compromete su responsabilidad.

#### 236 d) DERECHOS DE LOS BENEFICIARIOS Y HEREDEROS

El nuevo estatuto en los arts. 1142 y siguientes, cuyas normas no admiten pactos derogatorios por mandato del art. 1162, reglamenta la forma como los beneficiarios (institución examinada cuando se trató de las personas que participan en el contrato) y los herederos del asegurado reciben el valor del seguro y el orden de prelación en que son llamados.

Cabe, en primer lugar, un comentario fundamental, que se desprende del art. 1148. El beneficiario a título gratuito carece, en vida del asegurado, de un derecho propio sobre el contrato. Lo tiene el tercero cuyo beneficio procede de título oneroso pero su ejercicio requiere el consentimiento escrito del asegurado. Con la muerte de éste, nace o se consolida, según el caso, el derecho del tercero. Y luego, el correspondiente corolario: Si el beneficiario instituido por mera liberalidad fallece antes que el asegurado, nada transmite a sus herederos pero si lo ha sido por causa onerosa, por ejemplo para compensar los servicios o garantizarle deudas y de esto hay expresa constancia, el derecho sobre seguro contratado a favor suyo se transfiere a sus asignatarios.

Cuando el asegurado ha designado específicamente, como suele hacerlo, titular del beneficio, éste, con exclusión de los herederos del suscriptor y a la muerte del mismo, es el llamado a percibir el capital.

Únicamente él adquiere la calidad del acreedor de la prestación pero si son dos o más los nombrados su participación en la suma se regula por las prescripciones de la póliza, ya que el estatuto legal nada ordena para el caso de pluralidad de beneficiarios. Mas si el contrato no contiene distribución alguna, el valor se divide en partes iguales entre ellos; la cuota del beneficiario fallecido acrece a las de los sobrevivientes cuando el título de la asignación ha sido gratuito y entra a favorecer a sus herederos en los demás casos.

La anterior solución es justa, lógica y práctica, a no ser que hayan sido instituidos para recibir en forma sustitutiva, evento en que el principal prefiere al suplente.

Si la designación ha sido hecha genéricamente en favor de los herederos, es decir, sin individualizar las personas de los beneficiarios, el cónyuge y los herederos del asegurado adquieren la calidad de tales, el primero con derecho a la mitad del seguro y los últimos a la otra mitad.

Hay lugar a aplicar la misma regla y, por lo tanto, tienen derecho al capital en la proporción mencionada el cónyuge del asegurado y los herederos de éste, cuando no se designa beneficiario y también cuando la designación se hace ineficaz o queda sin efecto por cualquier causa, por ejemplo si el elegido por gratuidad muere antes que el asegurado.

Al presentarse el fenómeno de los concurrientes, esto es, cuando el asegurado y el beneficiario mueren simultáneamente o se ignora el orden de los fallecimientos, el derecho a recibir el capital pasa, de por mitad, al cónyuge y a los herederos del primero si el título del beneficio ha sido gratuito y si oneroso a los herederos del segundo en su totalidad.

En los seguros sobre la vida del deudor, que pueden celebrarse por éste o por el acreedor, la calidad de beneficiario es inherente al último pero únicamente hasta la concurrencia de su derecho y, por lo tanto, presentada la oportunidad no puede reclamar todo el capital sino una parte igual al monto no pagado de la deuda. El saldo pertenece a los demás beneficiarios porque se trata de un seguro que aprovecha conjunta pero proporcionalmente al acreedor y a los restantes titulares del beneficio.

Norma similar rige en relación con el valor de rescate cuando se ha atribuído el beneficio en garantía de un crédito. El beneficiario puede solicitarlo hasta por una suma igual a la de que es acreedor, directamente del asegurador, al hacerse exigible el crédito.

Es útil recordar que se está hablando del seguro privado donde se reconoce al asegurado el derecho de libre nombramiento de beneficiarios. En el seguro de vida obligatorio necesariamente se llega a conclusiones diferentes porque se trata de una institución de derecho social en la que concurren beneficiarios forzosos, nombrados por las leyes laborales y en que únicamente en defecto de ellos se hace el pago a las personas designadas por el trabajador.

Para terminar los comentarios acerca de los derechos del beneficiario, que rebosan ya los marcos de este trabajo, se anota que los numerales 85 y 86 contienen algunas observaciones pertinentes al tema.

#### 237. e) EL VALOR DEL SEGURO NO FORMA PARTE DEL ACERVO HEREDITARIO DEL ASEGURADO

Sobre el particular nada dispone el código vigente. La nueva codificación, aunque prescribe que "los valores de cesión o de rescate, se excluirían de la masa" (art. 1154), carece de suficiente claridad y precisión.

La práctica de las empresas aseguradoras corresponde a la tesis enunciada. El capital se entrega directamente al beneficiario porque las partes lo han estipulado en su exclusivo provecho y es que esta norma del derecho consuetudinario, además de coincidir con expresos preceptos de varias legislaciones extranjeras, explica una doctrina de sólido fundamento legal, como pasa a verse.

El principio es de trascendental utilidad. Gracias a él el beneficiario recibe el capital con la necesaria rapidez, en la época prevista por el asegurado, sin tener que someterse a los trámites del juicio sucesorio. Su valor, por no integrarse al activo del causante, no se ve disminuído por su pasivo ni por ninguna deuda hereditaria.

Por la misma razón, los herederos y acreedores del asegurado carecen del derecho de participar en la suma pactada y de acción para reclamarla, tal como fue la intención del estipulante al contratar el seguro.

Recogiendo las observaciones del connotado civilista doctor Fernando Carrizoza Pardo (Las sucesiones, cuarta edición, 1959, páginas 218 y 219) y la no menos autorizada opinión del doctor Ossa Gómez (Ob. cit., páginas 448 y 449), el seguro de vida es un contrato a favor de terceros, cuya naturaleza descansa en la doctrina de la estipulación para otro, consagrada en el art. 1506 del Código Civil.

En efecto, cuando se celebra el contrato el asegurador contrae la obligación de pagar a la muerte o a la supervivencia del asegurado la cantidad pactada al beneficiario, quien adquiere, desde la fecha de la convención, una expectativa o derecho potencial al capital que, en el supuesto de que la designación no sea revocada, pasa a ser pleno, actual y exigible con el fallecimiento del estipulante o con la llegada del término contemplado. Tal derecho es diferente a los del heredero porque éstos "nacen en el momento de morir el causante, mientras que los del beneficiario han nacido desde que se ajustó el contrato, pero su consolidación ha estado pendiente durante toda la vida del estipulante asegurado" (Carrizoza Pardo).

Agrega el mismo autor que "lo que ha difundido tanto el contrato de seguro de vida es la posibilidad legal de favorecer directamente al beneficiario. La preocupación del asegurado, que lo lleva a contratar, es proveer para personas a quienes su muerte dejará desvalidas. Si el valor del seguro fuera a parar a la sucesión y se confundiera con el caudal hereditario, de tal valor se aprovecharían los acreedores del de cujus, haciéndose frustránea la previsión del causante".

De igual manera en la bibliografía extranjera encuéntrase exposiciones acordes con la precedente tesis. Acogiendo las palabras de Garrido y Comas (Ob. cit., página 288) puede afirmarse que "cuando el asegurado muere sin alterar la designación inicial, surge un derecho efectivo e irrevocable en favor del beneficiario contra la empresa aseguradora, que es deudora personal y directa suya como si la suma garantizada no hubiese pertenecido jamás al patrimonio del asegurado.

El derecho generado es rigurosamente personal, por lo que, si es además heredero del de cujus, adquirirá el beneficio del seguro con independencia de cuál sea su conducta respecto a la aceptación de la herencia, quedando por ende libre de cualquier reivindicación de los acreedores o herederos del asegurado, actuaba sobre la masa sobre la

que ejerzan sus derechos, ya que el capital del seguro es completamente ajeno a esta última. En suma, el beneficiario adquiere jure proprio y no jure hereditario”.

Luis Benítez estudia también el tema y afirma “la autonomía del derecho del beneficiario”. La fuente de este derecho “se fundamenta en la doctrina de que el seguro de muerte en favor de tercero es un caso típico de estipulación para otro” (Ob. cit., volumen 3º, pág. 72).

Palabras del mencionado tratadista son las siguientes: “Cuando el seguro se suscribe en provecho de uno o varios beneficiarios el capital asegurado queda afecto exclusivamente en su provecho, pudiendo el heredero renunciar a la sucesión y conservar el capital asegurado; esto es, según la jurisprudencia universal, que el capital asegurado sale del patrimonio del contratante para entrar en el de los beneficiarios, no figurando, por consiguiente, en la sucesión (página 67).

Anota el referido autor que, muerto el asegurado, su acreedor puede dirigirse “contra los herederos y contra la masa, jamás puede exigir nada directamente contra el beneficiario en seguro instituido por el causante, que, naturalmente, no asume las obligaciones y responsabilidades de éste” (página 74).

#### 238. f) EFECTO DE LA FALTA DE BENEFICIARIO

Cuando faltan beneficiarios, porque no se han asignado o porque su elección no surte efectos, finalmente, porque se ha nombrado genéricamente a los herederos, el contrato no se considera ya como estipulación para otro sino para el mismo asegurado. De aquí que el derecho al capital se transmite a sus herederos, quienes lo adquieren como tales, es decir, como continuadores de la persona del causante y, por ello, el valor del seguro está llamado a incorporarse al acervo sucesoral.

Lo anterior es la solución que en la doctrina se da para los expresados eventos pero el nuevo código prescribe otra, muy diferente. En tales casos, según el art. 1142, el cónyuge y los herederos del asegurado adquieren la calificación de beneficiarios. “Tendrán la calidad de tales” dice la disposición de la que se infiere que su participación en el capital se deriva no propiamente del derecho a suceder sino del beneficio al seguro que la misma ley les asigna.

#### 239. g) CREDITO PRIVILEGIADO DEL BENEFICIARIO

En favor del ordenamiento vigente no se establece ninguna clase de privilegio en favor del asegurado o del beneficiario para exigir que la indemnización en los seguros de daños o el capital en los de personas sea cubierto con preferencia a otros créditos.

Este régimen se mantiene en el nuevo código, excepto para los seguros de vida, respecto a los cuales tiene plena justificación el establecimiento de un privilegio que garantice el pago real y efectivo de la suma convenida porque ésta, a más de protección, representa el esfuerzo de un ahorro continuado, formado a base de sacrificar una parte de los ingresos periódicos del contratante.

En tal criterio se inspira el art. 1164 al ordenar que “los créditos del beneficiario contra el asegurador, en los seguros de vida tendrán el orden de preferencia asignado a los créditos de primera clase, a continuación de los del fisco”.

El texto habla en general de créditos, por lo que ha de entenderse que son privilegiados, al momento de su exigibilidad, tanto el capital pactado como el valor de cesión o rescate.

#### 240. h) EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION NO DA DERECHO A LA SUBROGACION

En estudio anterior sobre la subrogación, se observaba que ésta se califica como una consecuencia derivada del principio de la indemnización pero también como uno de los efectos del pago de la prestación resarcitoria.

Los seguros de vida, por las razones entonces explicadas, no se gobiernan por la regla indemnizatoria, por lo que es forzoso concluir que al beneficiario le es legalmente reconocido el derecho a acumular dos prestaciones, una procedente del asegurador y otra del tercero que con su conducta compromete la responsabilidad de aquél.

La anterior excepción al principio de la subrogación se encuentra prevista en el art. 1139 del nuevo código y, aunque el actual no la consagra, ella se impone dada la naturaleza peculiar del contrato en la modalidad contemplada

## 241. OBLIGACION DE PAGAR LOS GASTOS DEL SALVAMENTO

Ya se examinó el deber que la ley impone al asegurado, una vez acaecido el siniestro, de evitar su agravación y de proveer al salvamento de los cubiertos por el seguro.

Pero su obligación no comprende la asunción de los gastos en incurra en cumplimiento de la misma. La equidad exige que corresponda soportarlos al asegurador, en cuyo nombre y provecho actúa el asegurado al tomar las medidas destinadas a reducir los efectos del siniestro. Lo prescriben así el último inciso del art. 680 del código vigente y el segundo del art. 1074 del nuevo.

Es de advertir que el asegurado no goza de libertad para efectuar erogaciones sin discriminación. Ha de limitarse, en su proceder, a las que razonablemente puedan contribuir al fin que se quiere, no importa que luego resulten infructuosas. Cualquier gasto notoriamente inconducente no compromete al asegurador.

El importe de ellas es independiente a la reparación. Ambos obedecen a distintas causas. De aquí que las limitaciones de la cantidad indemnizatoria (suma asegurada, valor real del objeto, monto efectivo del perjuicio, regla proporcional, etc.) no entran a funcionar respecto a tales gastos y, por tanto, su pago no puede válidamente negarse al asegurado cuando agregados al valor del daño excedan los mencionados límites. Una correcta y ecuaníme interpretación de los arts. 1079 y 1089 respalda este juicio.

Es bueno anotar que si se ha estipulado que el asegurado conserva una cuota en el riesgo o afronta la primera parte del daño (art. 1103) o si el seguro es insuficiente, las erogaciones afectan proporcionalmente a los dos contratantes. Y aunque la ley no contempla el supuesto, esta solución es la más justa en vista de que el asegurado no solamente procede en beneficio del asegurador sino además en su propia utilidad.

Lamentablemente ninguno de los dos códigos sanciona el no pago de los gastos en mención, por lo que en tal evento el asegurado puede utilizar los procedimientos judiciales ordinarios para lograr el cumplimiento por parte del asegurador.

## 242. OBLIGACION DE ENTREGAR LA POLIZA Y EXPEDIR DUPLICADOS

Cronológicamente es el primer deber del asegurador. Descansa su razón de ser en la importancia misma de la póliza, indispensable para perfeccionar y probar el contrato. Su entrega permite al asegurado conocer mejor y consultar el alcance y la oportunidad de sus obligaciones y además mantener a su disposición el único medio probatorio de sus derechos.

En el régimen actual dos preceptos hacen referencia a esta obligación. El art. 638 ordena extender "dos ejemplares para resguardo recíproco de las partes" y el art. 673 prescribe que el asegurador "deberá entregar" al asegurado "la póliza firmada, dentro de veinticuatro horas contadas desde la fecha del ajuste" del contrato.

El nuevo estatuto amplía el plazo. "Deberá... entregarse en su original", al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su expedición" según el art. 1046.

Es indemnizable el siniestro ocurrido antes de vencerse el término pero después de haberse emitido y suscrito por el asegurador. Es que su entrega constituye la prestación con que se da cumplimiento a la obligación pero no es requisito previo para la formación del contrato. Este se perfecciona con la emisión y firma del documento.

Los textos anteriores únicamente consagran la obligación de entregar la póliza y nada establecen acerca del deber de expedir copias o duplicados de la misma, de manifiesta utilidad para casos de pérdidas del original, ocurrida por cualquier motivo. El carácter bilateral del seguro y la lealtad que mutuamente se deben los contratantes constituyen suficientes razones para afirmar que el asegurador también está obligado a su expedición.

El párrafo del art. 1048 extiende la obligación a los documentos que hacen parte de la póliza y al efecto dispone que "el tomador podrá en cualquier tiempo exigir que, a su costo, el asegurador le de copia debidamente autorizada de la solicitud y de sus anexos, así como de los documentos que den fe de la inspección del riesgo".

## 243. EFECTOS DE LA INFRACCION

La inobservancia "confiere al asegurado el derecho de reclamar daños y perjuicios al asegurador" conforme al inciso final del art. 673.

Se hace responsable a esta indemnización el asegurador que, por no entregar la póliza o por entregarla una vez corrido el término, ha impedido al asegurado deudor la formalización de un contrato de crédito respaldado en el seguro o le ha imposibilitado la posesión de un empleo cuyo correcto desempeño debe garantizar mediante una póliza.

Pero si el incumplimiento no causa daño alguno, lógicamente el asegurado carece de derecho para proponer la acción.

Merece destacarse que la nueva legislación no pena al asegurador que quebranta su obligación como tampoco, según se apuntó, establece una sanción especial cuando deja de pagar los gastos de salvamento. Es curiosa la conducta del legislador porque contrasta con la previsión y diligencia que emplea para sancionar al asegurado incumplido.

Mas el silencio del estatuto mercantil no deja impune la falta del asegurador quien, con fundamento en las reglas del derecho común, puede ser condenado a resarcir perjuicios.

Además, la tardanza en entregar la póliza produce el efecto de ampliar el plazo para pagar la prima porque los diez días que el asegurado tiene para satisfacer esta obligación empiezan a contarse desde el siguiente a la entrega de dicho documento (art. 1066).

## CAPITULO XXI

### SANCION DEL CONTRATO DE SEGUROS

#### 244. CONCEPTO DE SANCION

La validez del seguro y, consecuentemente, la eficacia de sus prestaciones son resultado del cumplimiento de las normas que lo rigen.

Si se celebra y ejecuta conforme a ellas el contrato recibe la protección legal, de la cual emana la obligatoriedad de los compromisos del asegurador y el tomador. Pero, en cambio, cuando en su perfeccionamiento o durante su transcurso se quebrantan tales reglas, el seguro no produce efectos o lleva consigo la causa de su propia destrucción y, en caso de que adquiera la solidez de un acto válido, la transgresión a *minora* o aniquila la protección debida por el asegurador.

El anterior concepto corresponde a lo que el derecho común denomina sanción legal que "no es sólo la pena" derivada de la infracción sino "la recompensa" al acatamiento de la ley (art. 6º del código civil), tanto la que formula el estado como la que procede de la relación contractual legalmente ajustada.

Se limitan los siguientes capítulos al estudio de la sanción en su primer significado, esto es, a las causales de inexistencia y disolución del seguro en sí y a los motivos de exclusión, limitación y pérdida de la suma indemnizadora o pactada. En su segunda acepción, ha quedado suficientemente analizada a lo largo del presente trabajo.

Conviene diferenciar los fenómenos que disuelven el contrato de seguros, como la expiración del plazo, la desaparición del riesgo

o del interés asegurable, la revocación unilateral, etc., de los hechos que tienen por finalidad reducir o hacer perder la prestación del asegurado, como el incumplimiento de algunas de sus obligaciones y la prescripción de su derecho. Mas esta distinción no impide tratarlas bajo el común denominador de causas que afectan el seguro porque atentan o contra su misma estructura jurídica o contra sus efectos.

Antes de entrar en el análisis individual de tales hechos es muy útil formular dos observaciones.

a) Al seguro, como a todos los demás contratos, le son aplicables las normas generales del derecho mercantil relativas a su disolución y a las sanciones previstas para el incumplimiento de las obligaciones de los contratantes, con tal de que no contraríen su reglamentación específica, que establece causales propias para la finalización del contrato. Las líneas siguientes se contraen principalmente a estas últimas.

b) El código del 87, al estatuir las diferentes sanciones, emplea una terminología defectuosa y confusa; en varias oportunidades habla de rescisión para sancionar hechos que frente a la técnica jurídica dan lugar a la terminación de la relación contractual y otras veces establece penas diferentes para el mismo hecho. El tema ha sido tratado con maestría insuperable por el doctor Ossa Gómez (Ob. Cit., págs. 403, 404, 432 a 443) pero la confusión es tan impresionante que conviene destacar los dos siguientes ejemplos:

a) El seguro "se rescinde" por la extinción de los riesgos, conforme al art. 681 pero este hecho, más que motivo de nulidad, lo es de "terminación". b) Según el inciso final del art. 646 "es nulo de pleno derecho", vale decir, está afectado de "nulidad absoluta" el seguro de las cosas que no se hallen expuestas a perderse por el riesgo o que ya lo hayan corrido, circunstancias que pueden suceder por la falta o la finalización del mismo, sucesos que con arreglo al aludido art. 681 originan la "nulidad relativa" del contrato.

#### 245. INEXISTENCIA DEL SEGURO

Se considera inexistente el seguro cuando no concurren todos los elementos esenciales para su formación.

Ninguna norma establece esta sanción en la actual codificación, la que considera como causal de nulidad la falta de uno de los enun-

cidos fundamentales del seguro. No obstante, tratándose de la emisión de la póliza, esto es, de la solemnidad del acto escrito, ha de decirse que el art. 638 reconoce de manera implícita la inexistencia del contrato porque la omisión de dicho documento no puede suplirse por otra prueba y el seguro debe tenerse no como tal sino como una promesa (art. 639).

Por el contrario, la reciente legislación, con mayor técnica jurídica, la consagra expresamente en varias disposiciones.

El inciso final del art. 1045 dispone que en ausencia de cualquiera de los requisitos de fondo, cuya presencia es necesaria para que el contrato llegue a tener existencia, como son el riesgo asegurable, el interés asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador, el seguro "no producirá efecto alguno", lo que es lógico porque el acto no alcanza a formarse.

Se sabe que el seguro pertenece a la categoría de los contratos formales (art. 1036) y que se perfecciona por medio de la póliza (art. 1046). En defecto de la misma, es inexistente porque "cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito especial del negocio jurídico, éste no se formará mientras no se llene tal solemnidad (art. 824).

En tales casos "se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración", consecuencia prevista en el art. 897 del que se colige que la inexistencia no es materia de tramitación o de controversia ante los jueces y que, por ello, el asegurado o el tomador carece de acción para invocar como fuente de derechos un seguro que no llega a estructurarse por faltarle uno de sus presupuestos fundamentales de fondo o de forma; ante el siniestro, el asegurador puede obrar como si el contrato no se hubiere acordado y en caso de demanda de la indemnización puede defenderse con éxito alegando que el acto no existe ni existió.

A manera de ratificación de lo expresado, resulta oportuno citar el art. 898. Prescribe su inciso segundo que "será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales".

En cuanto a la inexistencia proveniente de la omisión de la póliza debe anotarse que no impide de manera definitiva el nacimiento del seguro porque la voluntad posterior de los contratantes puede hacerlo surgir pero sin efectos retroactivos, como es natural, de conformidad al primer inciso del referido artículo, en virtud del cual "la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfecciona el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, sin perjuicio de terceros de buena fe exentos de culpa".

#### 246. OTROS CASOS DE INEXISTENCIA

##### 1º) OMISIONES EN LA POLIZA

Además de la falta de la póliza y de la ausencia de uno de los presupuestos esenciales, la nueva codificación trae otros casos de inexistencia del seguro.

Ordena el art. 1046 que el mencionado documento "deberá ser firmado por el asegurador", con base en lo que es admisible sostener que la solemnidad no sólo es el acto escrito sino la firma de dicho contratante, de modo que el seguro no se forma mientras la póliza permanezca sin suscribirse. Según las enseñanzas del aludido precepto y de los arts. 826 y 898 la omisión de la firma del asegurador impide la existencia del contrato.

Cuando no se expresa la razón o denominación social del asegurador o el nombre del tomador, el contrato no existe porque al omitirse los titulares de los derechos y las obligaciones se desconocen las partes, necesarias a todo contrato.

La falta de identificación de la persona o cosa respecto a las cuales se contrata imposibilita los efectos del acto porque dentro de un criterio objetivo se confunden con el interés asegurable y éste es sustancial al seguro.

#### 247. 2º) SEGUROS SOBRE RIESGOS O INTERESES INASEGURABLES

El riesgo es materia de protección si reúne las condiciones de asegurabilidad examinadas en capítulos anteriores. No constituye riesgo un hecho que mirado a la luz de los preceptos legales se considera como no asegurable y, por ello, puede decirse que jurídicamente es inexistente como también lo sería el seguro acordado para protegerse contra sus consecuencias.

Tampoco puede tenerse como interés el que no agrupe en torno suyo las calidades que lo hacen asegurable o apto como objeto del contrato, conforme se analizó en el capítulo dedicado al estudio de este elemento estructural del seguro.

El seguro suscrito sobre la vida de un incapaz absoluto debe entenderse como inexistente porque "el contrato no producirá efecto alguno"; en este caso para obtener la restitución de las primas percibidas por el asegurador, no es necesario sustentar la petición en la inexistencia del acto; basta demostrar el hecho que configura la incapacidad

Con arreglo a la primera norma del art. 899, que sanciona todo contrato con la nulidad absoluta "cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa", podrá pensarse que son nulos, por contradecir los preceptos obligatorios de los arts. 1054 y 1055 que privan de asegurabilidad ciertos sucesos, los seguros que amparan hechos ciertos, menos la muerte; hechos futuros pero físicamente imposibles; hechos cumplidos o no respecto a los cuales se tiene una incertidumbre subjetiva (riesgo putativo); el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario y las sanciones de carácter penal y policivo.

Pero en tales casos "la ley dispone otra cosa", la inexistencia. De acuerdo con la doctrina codificada en el art. 1045, texto que por especial y posterior prevalece sobre el art. 899, no es suficiente que el riesgo exista porque debe también revestir la condición de asegurabilidad y en ausencia del "riesgo asegurable" o "del interés asegurable" el seguro no produce efecto alguno.

#### 248. NULIDAD DEL CONTRATO

Alude esta sanción no a la formación del seguro sino a la validez del mismo. Este se perfecciona y puede producir sus efectos pero su existencia es incierta y débil pues puede destruirse por decisión judicial que tiene por objeto deshacer el contrato y aniquilar sus efectos, liberando a las partes de las prestaciones no cumplidas y obligándolas a restituirse las ya satisfechas.

Teniendo presente varios criterios, entre ellos el hecho de donde procede, la nulidad es absoluta o relativa. En ambas codificaciones se contemplan las dos clases, de acuerdo con las enumeraciones que

siguen mas es necesario anotar que, fuera de las causales de nulidad establecidas en los textos peculiares de la legislación del seguro, las disposiciones generales del derecho comercial y del civil contienen otras que también le son aplicables en cuanto consulten su naturaleza específica.

#### 249. RELACION DE NULIDADES ABSOLUTAS EN EL CODIGO VIGENTE

##### 1) Omisiones en la póliza.

El contrato es nulo cuando en la póliza no se establece el nombre del asegurador o del asegurado porque en este evento se ignora uno de los sujetos de las obligaciones, presupuesto necesario de toda relación contractual.

Cuando no se designa el objeto asegurado también se presenta la nulidad porque aquél, mirado con un criterio objetivo, constituye el equivalente del interés asegurable.

Juicio similar ha de emitirse, conforme el art. 659, cuando no se enuncia expresa o tácitamente la suma asegurada ni el modo de fijarla pero ésta es una previsión legal innecesaria, que no aparece reproducida en el nuevo estatuto, ya que si se guarda silencio sobre dicho particular no se quebranta el principio de la indemnización porque de todas maneras la reparación no podrá exceder el valor real del interés al momento del siniestro ni tampoco al monto efectivo del daño. Tal omisión, la del monto del seguro, tendría como resultado práctico liberar al asegurado de los efectos de un posible infraseguro, circunstancia en la que acaso se inspiró el legislador para establecer la aludida sanción.

##### 2º) Falta de los enunciados de fondo.

El seguro se sanciona con la nulidad absoluta si la póliza no contiene todos los presupuestos sustanciales del contrato o si de sus cláusulas se deduce que el interés o el riesgo no existen realmente o que son inasegurables o que el seguro es gratuito o irrisoria la prima o que el asegurador contrae obligaciones diferentes a las de asumir el riesgo e indemnizar el siniestro o pagar el capital pactado.

Esta pena se consagra para cuando el asegurado no está interesado en la conservación del objeto, en la última parte del art. 642 que previene que "el seguro en que falte ese interés es nulo y de ningún valor".

Para la ausencia del riesgo, se establece en el inciso final del art. 646 al disponer que "es nulo de pleno derecho" el seguro de cosas si no existen al tiempo del contrato o si al comenzar los riesgos para el asegurador no tienen un valor estimable en dinero o si no pueden ser objeto de una especulación lícita o si no se hallan expuestas al riesgo asumido.

Para el contrato sin precio, en el art. 665 por el cual "el seguro contratado sin estipulación de prima es nulo y de ningún valor".

La falta de validez por carencia de la obligación de pagar al asegurado, una vez acaecido el daño o el hecho, se deduce no sólo del art. 634 que define el seguro sino del art. 674 que grava con dicho pago al asegurador como principal deber suyo.

En el primero de los dos capítulos relativos al riesgo se comentan los seguros celebrados sobre los riesgos que carecen de asegurabilidad como los provenientes de actos personales del asegurado, del vicio propio del objeto, de las ganancias o beneficios esperados, de los objetos del ilícito comercio, de las cosas íntegramente aseguradas y de las que han corrido el riesgo, de las sanciones penales y administrativas, de la muerte del asegurado por suicidio o en empresas criminales o en manos de sus herederos o beneficiarios, etc. Igualmente el capítulo dedicado al interés asegurable contiene algunas observaciones sobre el mismo tema. En todos estos casos la ilicitud de la causa o del objeto del seguro origina la nulidad absoluta, salvo las excepciones explicadas en dichos capítulos.

##### 3º) Seguro celebrado por agente oficioso.

No presta eficacia este contrato cuando el titular del interés asegurable o su mandatario, ignorando su existencia, hubiere hecho asegurar el mismo objeto, según el art. 645, disposición que se explica porque el amparo de un riesgo contratado por el asegurado lo priva de asegurabilidad y por lo tanto el primer seguro invalida el segundo pero adviértase que la sanción adecuada debería ser la inexistencia y no la nulidad del contrato ya que si ésta no fuere declarada podría quebrantarse el principio de la indemnización.

#### 4º Seguros concurrentes.

Al analizar los seguros concurrentes de carácter sucesivo se anotó que únicamente vale el primero siempre que cubra la suma del objeto protegido, que no cubriéndola son válidos también los inmediatamente posteriores hasta concurrencia de la cantidad descubierta y que los restantes quedan anulados por comprender un interés ya suficientemente amparado, al tenor de las reglas consignadas en el art. 649.

#### 5) Seguros subsidiarios.

En la misma oportunidad se comentó que el art. 652 consagra la legalidad del seguro contra el riesgo del no pago de la indemnización por parte del asegurador obligado a satisfacerlo con arreglo a un contrato anterior.

“En este caso, prescribe la misma disposición, el contrato o contratos anteriores serán claramente descritos en la nueva póliza, so pena de nulidad” del nuevo.

#### 6º) Nuevo seguro por cancelación del anterior.

Igualmente se dijo que hallándose en vigor un seguro puede contratarse otro para proteger el mismo bien con una cobertura exactamente igual, siempre que se desista en forma legal del primero, según autorización del art. 653.

“En la nueva póliza se hará mención, so pena de nulidad, tanto del seguro anterior como del desistimiento”.

#### 7º) Seguro de bienes sobre un riesgo subjetivo.

En el seguro terrestre esta clase de riesgo es inasegurable; conforme al art. 690 el contrato “se tendrá como no celebrado, aunque el asegurador y asegurado hayan procedido con ignorancia de la pérdida o salvación del objeto asegurado”, texto que dada su redacción parece sancionar la inexistencia del seguro más que su nulidad absoluta.

#### 8º) Seguro de vida sobre un riesgo subjetivo.

El seguro de vida, como se colige del art. 693, exige al momento de su celebración la existencia del asegurado, norma que por analogía es extensiva a los demás seguros personales.

Cuando no existe, el contrato no presta validez de acuerdo con el art. 698 según el cual “es nulo el seguro si al tiempo del contrato no existe la persona cuya vida es asegurada, aun cuando las partes ignoren su fallecimiento”.

#### 250. LA NULIDAD ABSOLUTA EN EL NUEVO CODIGO

Dado que la reciente legislación sanciona con la inexistencia del contrato los casos de nulidad absoluta consignados en el código aun en vigencia, son pocos los eventos en que esta causal de disolución se presenta en la nueva codificación.

Piénsese, además, que la ilicitud del riesgo o la del interés como también la falta de la formalidad de la póliza, que en el ordenamiento vigente entrañan la nulidad absoluta, pasarán a generar la inexistencia, conforme a los principios del inciso final del art. 1045 y del art. 1046. Para que el contrato se constituya se requiere, además del riesgo y del interés, la asegurabilidad de los mismos, condición que no se da al faltarles la nota de licitud. Naturalmente que si estas tesis no se acepta, habrá que afirmar la nulidad absoluta del seguro al tenor de lo dispuesto en el numeral segundo del art. 899.

De conformidad al numeral tercero de esta última disposición, el seguro celebrado por una persona absolutamente incapaz origina su nulidad absoluta, tema comentado al estudiar los requisitos necesarios para actuar como tomador, en el capítulo relativo a las personas que participan en el seguro.

Para dos casos de seguro de responsabilidad profesional el art. 1129 prescribe expresamente la misma sanción. Cuando la profesión y su ejercicio no gocen de la tutela del estado y cuando, al momento de su celebración, el asegurado no sea legalmente hábil para ejercer la profesión.

#### 151. LA NULIDAD RELATIVA EN LA LEGISLACIÓN DEL 87

El código del 87 alude con frecuencia a la rescisión o nulidad relativa del seguro pero al sentir del doctor Ossa Gómez (Ob. cit. página 434), quien fundamenta su opinión en la inadecuada y confusa terminología empleada por el legislador, solamente un evento de los expresamente citados en la codificación puede considerarse penado de esta manera. En los demás opera la nulidad absoluta o la terminación del contrato.

Hace referencia dicho caso al vicio en el consentimiento del asegurado, producido "por las declaraciones falsas o erróneas o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato, o producir alguna modificación en sus condiciones" (ordinal primero del art. 681). Este comportamiento del asegurado en la declaración del estado del riesgo hace rescindible el contrato.

## 252. EN LA RECIENTE CODIFICACION

El nuevo código trae las siguientes causas especiales de nulidad relativa.

1º) La reticencia o la inexactitud del asegurado para declarar el riesgo.

Cuando una u otra versa sobre hechos o circunstancias que, de haber sido conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato o inducido a estipular condiciones más onerosas, produce la nulidad del mismo si el tomador declaró con base en un cuestionario propuesto por el asegurador (art. 1058, inciso primero).

Cuando el asegurado ha emitido su declaración sin sujeción a dicho formulario, sus manifestaciones reticentes o inexactas también dan lugar a igual sanción pero únicamente si con ellas encubrió por culpa circunstancias que impliquen agravación objetiva del riesgo (art. 1058 inciso segundo).

El cotejo de las dos normas precedentes permite concluir que cuando el tomador expuso sobre cuestionario su conducta desleal en la identificación de las modalidades tanto objetivas como subjetivas del riesgo hace anulable el seguro; en cambio, cuando el asegurador ha dejado la declaración a la iniciativa de aquél sus manifestaciones reticentes o inexactas engendran la nulidad solamente si con ellas ocultó elementos que de suyo agravan físicamente el riesgo, tal como se explicó con mayor amplitud al tratar de las obligaciones del asegurado.

Procede la sanción en el seguro colectivo cuando puede considerarse como un conjunto de contratos, en que cada persona o interés protegido está debidamente identificado pero tan sólo respecto del asegurado que ha incurrido en reticencia o inexactitud; en relación a los demás, el seguro continúa produciendo todos sus efectos por ser extraños a la infracción.

De no ser posible la anterior distinción, porque las personas o intereses sobre que versa el seguro representaban un solo riesgo, la nulidad afecta todo el contrato (art. 1064).

2º) Incumplimiento de las garantías.

Al comentar la cuarta obligación que incumbe al asegurado se analizó el concepto doctrinario y legal de las garantías y los efectos de su quebrantamiento que no son otros que la nulidad relativa del seguro o su terminación según la garantía incumplida haga relación al riesgo o a un hecho posterior a la celebración del contrato (art. 1061).

3º) El sobreeseguro.

Prescribe el art. 1091 que el exceso del seguro sobre el valor real del interés asegurado produce la nulidad del contrato siempre que "de parte del asegurado haya habido intención manifiesta de defraudar al asegurador".

La mala fe del contratante daña el consentimiento del asegurador y contradice uno de los pilares jurídicos del régimen del seguro, lo que justifica plenamente su anulabilidad en el supuesto aludido.

4º) Coexistencia de seguros.:

Así mismo y por idéntica razón la validez de la contratación de seguros coexistentes se supedita a la rectitud y total ausencia de malicia con que haya obrado el asegurado porque su mala fe engendra la nulidad de los contratos (art. 1092).

5º) Seguro de vida.

Contempla el art. 1158 un caso particular de nulidad en el seguro de vida. El hecho de que el asegurador prescinda del examen médico a la celebración del contrato no exime al asegurado de declarar con toda sinceridad y verdad completa el estado del riesgo, es decir, de su salud.

La reticencia o la inexactitud sobre un hecho relativo a su estado corporal afecta de nulidad el seguro según reglas ya analizadas del art. 1058.

6º) Inexactitud en cuanto a la edad declarada.

Los aseguradores gozan de autonomía para establecer los límites máximos de edad fuera de los cuales la técnica aseguradora no aconseja otorgar el amparo. Corrida determinada edad la vida no representa riesgo asegurable a no ser que al cumplirla ya esté protegida.

Si el contrato se celebra con base en una declaración inexacta sobre la edad del asegurado, la inexactitud da lugar a la nulidad relativa si la verdadera sobrepasa los límites autorizados por el asegurador, según lo ordenado en el numeral primero del art. 1161.

7º) Nulidad procedente de la incapacidad relativa.

Conviene recordar lo expresado en el capítulo sobre las personas que participan en el seguro, acerca del contrato concertado por los menores adultos no habilitados de edad y por los disipadores en interdicción de administrar sus bienes.

La validez de los seguros por ellos celebrados está viciada de nulidad salvo si los han pactado "los menores no habilitados de edad que hayan cumplido dieciocho años y tengan peculio profesional" quienes "pueden ejercer el comercio y obligarse en desarrollo del mismo hasta concurrencia de dicho peculio" (art. 12 del nuevo código).

## 253. REVOCACION DEL SEGURO

Este modo de hacer finalizar el seguro y, en consecuencia, de extinguir las obligaciones contraídas, constituye una excepción a la regla general de que los contratos, por ser un acuerdo de dos o más voluntades, se disuelven por la mutua avenencia de las partes, norma que tampoco es extraña al seguro y a la que en forma expresa alude la nueva codificación en el art. 1071, parte final del segundo inciso.

El actual código no acepta la cancelación unilateral; conforme al inciso segundo del art. 687 "la rescisión", debe entenderse la revocación, es inadmisibles por la mera voluntad del asegurado, aun pagando una indemnización. Y según el art. 688, cuando ella fuere causada por un hecho inculpable del asegurado, el asegurador podrá solicitar indemnización de daños y perjuicios.

La práctica comercial contradice los cánones legales porque generalmente los contratantes acuerdan en la póliza la retractación unipersonal con los mismos efectos que han sido recogidos en el reciente estatuto mercantil.

Con arreglo a su art. 1071 el seguro puede ser revocado unilateralmente por el asegurador, mediante noticia escrita enviada a la última dirección conocida del asegurado, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha del envío, y por el asegurado, en cualquier tiempo, por medio de aviso escrito al asegurador.

El segundo inciso regula los efectos de la revocación, los cuales comienzan corrido el plazo con que el asegurador debe comunicar su decisión o el día que el asegurado ejerza su poder disolutorio.

Este tiene derecho a recuperar parte de la prima; cuando es el asegurador quien toma la iniciativa de finalizar el seguro, la devolución comprende la prima no causada, vale decir, la correspondiente al lapso comprendido entre la fecha en que comienza a operar la revocación y la del vencimiento del contrato; y cuando es el asegurado, la devolución equivale también a la prima no devengada pero reducida por el valor de los gastos de emisión de la póliza, esto es, se calcula tomando en cuenta lo que en la industria aseguradora se llama tarifa de seguros a corto plazo.

Las reglas de la disposición estudiada pueden modificarse únicamente en sentido favorable al asegurado (art. 1162), por ejemplo, para reintegrarle la prima no ganada sin afectarla con la aludida reducción.

Al tenor del art. 1062, una vez notificada por el asegurado o el tomador la modificación del riesgo, ocurrido con posterioridad a la celebración del convenio, "el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima".

Cuando opta por lo primero lógicamente su decisión, aunque el texto no lo expresa, debe hacerse en la misma forma y surtir los mismos efectos ya analizados, es decir, comunicarse por escrito, dejar subsistente el seguro durante los siguientes diez días y reconocer al asegurado el importe de la prima no causada, conclusión que se colige de las normas del mencionado art. 1071 que son de carácter general.

Por mandato del art. 1159, inmodificable en cualquier sentido, la revocación por parte del asegurador no tiene aplicación, en ningún caso, en el contrato de seguro de vida. Solamente el asegurado puede

darlo por finalizado y, en tal evento, no hay lugar a la recuperación de la prima no corrida sino a la devolución del saldo del valor de cesión o rescate.

En el anterior texto encuentra su fundamento legal la irrevocabilidad del seguro de vida, beneficio concedido al asegurado para garantizarle que la vigencia del contrato no quede supeditada al arbitrio del asegurador pero esta afirmación no excluye que pueda finalizar por otras razones causantes de la nulidad o de la terminación o que el derecho a la prestación pueda reducirse o perderse por los motivos previstos en la ley o en el contrato.

#### 254. TERMINACION DEL SEGURO

Es otra manera de disolver el seguro, derivada de la condición resolutoria, tanto de la que va implícita en todo contrato bilateral como de la pactada y concretamente de la infracción de algunas de las obligaciones que incumben al asegurado.

Aquí conviene advertir que la regla del derecho común de que el incumplimiento de uno de los contratantes autoriza al otro para pedir, a su arbitrio, o la terminación o la ejecución del contrato, con indemnización de perjuicios en ambos casos, no está expresamente consagrada en la legislación de seguros más que para el caso del no pago de la prima en el seguro de daños (art. 663). Y aunque no habría obstáculo de orden legal para ejercer este derecho optativo, el sentido práctico aconseja, en muchas ocasiones, revocar unilateralmente el seguro cuando una de las partes no satisface sus deberes y, otras veces, normas especiales señalan el procedimiento más expedito y adecuado como la terminación del contrato, la pérdida o la reducción de la prestación o el cobro judicial de la misma, según sea el evento presentado.

La terminación es característica de los contratos de ejecución sucesiva como el seguro y la resolución, nota de los contratos de realización instantánea. Interesa la distinción porque los primeros se disuelven con efectos para el futuro puesto que las prestaciones ya cumplidas, por ejemplo la protección dada por el asegurador o la notificación de las circunstancias agravatorias del riesgo hecha por el asegurado, no pueden destruirse o deshacerse; en cambio los últimos se disuelven retroactivamente como ocurre en la compraventa cuya resolución obliga a restituir el precio y la cosa enajenada.

#### 255. CASOS DE TERMINACION EN AMBAS LEGISLACIONES

Al revisar la legislación patria se encuentran los siguientes casos de terminación, a varios de los cuales se aludió más ampliamente al tratar de las obligaciones de los contratantes.

##### 1) Extensión o agravación del riesgo.

El asegurado no puede variar "el lugar del riesgo, ni cualquiera otra de las circunstancias que se hayan tenido en vista para estimarlo", según el art. 662.

La infracción de esta prohibición constituye causal de terminación cuando a juicio de autoridad judicial competente extendiere o agravare el riesgo y siempre que el asegurado haya procedido sin el consentimiento del asegurador. Esta es la conclusión deducida del inciso final del referido precepto.

El nuevo ordenamiento en su art. 1060 obliga también al asegurado o al tomador, según el caso, a mantener el estado del riesgo y, consecuentemente, a comunicar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles, posteriores al contrato y que significan la gravación del riesgo o la variación de su identidad local.

El informe debe darse con no menos de diez días de anticipación a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende de la voluntad del asegurado o del tomador y, en caso contrario, dentro de los diez días siguientes a su conocimiento.

"La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada" (inciso cuarto).

La pena no es aplicable, por prescripción del inciso quinto, a los seguros de vida, excepto en los amparos accesorios, a menos de convención en contrario. Por consiguiente, siempre que la póliza no consigne pacto diferente, el seguro subsiste a pesar de que no se informen las variaciones que durante su ejecución se presenten en relación a la persona del asegurado y que entrañen aumento del riesgo, como el cambio de ocupación por un oficio de mayor peligrosidad, la realización de viajes, el traslado de residencia a climas nocivos, etc. Es que el legislador quiere rodear de mayor firmeza los seguros de vida.

Tampoco procede la sanción cuando el asegurador ha conocido oportunamente la modificación y consentido en ella, según lo señalado en el inciso final.

## 2) Inobservancia de la obligación de pagar la prima.

Conforme al art. 668, que constituye clara aplicación de la condición resolutoria, el no pago de la prima confiere al asegurador la opción de demandar su entrega, caso en que el seguro subsiste y si entre tanto el siniestro se produce debe indemnizarse, o la rescisión del contrato, término que ha de entenderse como terminación ya que el seguro viene a afectarse no por un vicio en su nacimiento sino por un hecho posterior, y entonces el riesgo cesa de correr por cuenta de aquél y el asegurado no puede exigir la reparación del siniestro ocurrido con posterioridad a la demanda. En uno y otro supuesto procede la indemnización de daños y perjuicios.

Naturalmente que se requiere que el término para el pago, aun el de gracia, haya corrido y, por lo tanto, el siniestro anterior a su vencimiento es indemnizable, no así el posterior (art. 670).

Goza el asegurador de tres años, desde la finalización del plazo, para pedir la terminación "y no haciéndolo, el seguro se reputará vigente para todos sus efectos, y el asegurador sólo podrá perseguir la entrega de la prima" (art. 669).

Se trata del no pago de la prima, que no debe confundirse con la falta de estipulación de la misma, omisión que al tenor del art. 665 produce la nulidad absoluta del seguro y, de acuerdo con la doctrina, acogida en el art. 1045 del nuevo régimen, su inexistencia.

La norma del art. 668 es peculiar a los seguros de daños porque la terminación de los seguros de vida no puede declararse "después de que se hayan pagado los dos primeros años, salvo el caso de que las primas atrasadas o préstamos hechos sobre la póliza con sus intereses corridos, excedan al valor de la reserva correspondiente a dicha póliza" (art. 23 de la ley 105 de 1927).

Se infiere del texto transcrito que la no cancelación de las primas del primer bienio sí autoriza la terminación del contrato.

Consigna el nuevo código dos reglamentaciones para cuando el tomador o el asegurado ha faltado a su obligación.

La primera, de aplicación a los seguros de daños, dispone que "la mora en el pago de la prima producirá la terminación del contrato a partir de la fecha del envío de la respectiva comunicación por el asegurador a la última dirección conocida del tomador, y dará derecho a aquél para exigir que se le paguen la parte devengada de dicha prima y los gastos causados en el proceso de formalización del contrato. Tal pago se hará conforme a la tarifa de seguros a corto plazo" (art. 1068).

No basta la mora en el pago. Se precisa la citada comunicación, la que surte sus efectos desde la fecha del envío, sin que sea necesario esperar o demostrar su llegada al asegurado. Es una terminación ipso facto.

La segunda, propia de los seguros de vida, ha sido recogida del principio ya codificado en otros países y aceptado por la costumbre colombiana, de que la acción judicial es improcedente para reclamar las primas, de lo cual se infiere que su pago es potestativo del asegurado. La obligación existe pero su cumplimiento depende de un hecho voluntario del deudor, modalidad que no invalida al tenor del derecho común (inciso segundo del art. 1535 del código civil).

La no cancelación, dentro del mes siguiente a la fecha de cada vencimiento, de las primas correspondientes al primer bienio genera la terminación del contrato pero el asegurador no tiene derecho a exigir las ni a cobrar los gastos efectuados con miras al perfeccionamiento del seguro, salvo cuando el incumplimiento comprende la primera prima o la primera cuota de ésta, en que sí puede reclamar tales gastos (art. 1151 y 1152).

Igualmente puede haber lugar a la terminación, pero ya no en forma automática como en el caso anterior, cuando el tomador o el asegurado cesa en el pago de las primas posteriores a las de los dos primeros años. No se entiende terminado "sino cuando el valor de las primas atrasadas y el de los préstamos efectuados con sus intereses excedan del valor de cesión o rescate..." (art. 1153).

En conclusión, el contrato continúa en vigencia mientras dicho valor o reserva sea suficiente para constituir la prima única de un seguro reducido, bien en su cuantía (seguro saldado) o bien en su duración (seguro prorrogado), a menos que el contratante opte por solicitar su pago en dinero (art. 1155).

## 3) Falta de declaración de los seguros coexistentes.

Conforme al ordinal sexto del art. 680, el asegurado está obligado a declarar "al tiempo de exigir el pago de un siniestro" los seguros coexistentes, obligación que en la nueva codificación debe cumplir no sólo "dentro del término de diez días a partir de su celebración", al tenor del art. 1093, sino también "al dar noticia del siniestro", con arreglo al art. 1076, todo lo cual obedece al deseo del legislador de tutelar el principio indemnizatorio que gobierna el seguro.

En el régimen imperante, la falta de tal declaración se sanciona con la nulidad (art. 681 ordinal segundo), pena que resulta excesiva en caso de que el incumplimiento obedezca a mera inadvertencia, exenta de mala fe.

En cambio, en el reciente estatuto la sanción es diferente porque la inobservancia del deber impuesto por el art. 1093 causa la terminación del contrato, a menos que el valor conjunto de los seguros no exceda el valor real del interés asegurado, según el inciso segundo de la misma disposición, y el incumplimiento de la obligación consagrada del art. 1076 acarrea la pérdida del derecho a la prestación, únicamente si la inobservancia es "maliciosa".

#### 4) Incumplimiento de otros deberes.

La infracción por parte del asegurado de las demás obligaciones origina la rescisión según el ordinal segundo del art. 681; pero por lo ya anotado, también aquí debe interpretarse dicha sanción como terminación del seguro y, en consecuencia, como pérdida del derecho a la prestación, posible si al momento de la infracción no ha corrido el riesgo y cierta en los demás casos.

El nuevo código ofrece mayor técnica jurídica al respecto porque, en lugar de sancionar con la nulidad un contrato que nace a la vida jurídica con plena validez, establece para los hechos irregulares, posteriores a su celebración, la pérdida o la reducción de la prestación asegurada o la terminación o la extinción del seguro, como se ve a lo largo de éste y del siguiente capítulo.

#### 5) Otros eventos.

Tres casos más de terminación se contemplan en el reciente estatuto, actualmente extraños a la legislación aunque no a la práctica comercial vigente en el país:

La estipulación por la cual el asegurado soporta una cuota en el riesgo o en la pérdida o afronta la primera parte del daño, implica la prohibición de protegerse mediante un seguro adicional, norma cuyo quebrantamiento hace terminar el seguro original (art. 1103).

El incumplimiento de una garantía referente a un hecho posterior a la celebración del contrato otorga derecho al asegurador para darlo por terminado desde el momento de la infracción, según lo dispone el inciso final del art. 1061.

El art. 1130 considera otro evento al estatuir que el seguro de responsabilidad profesional válidamente contratado terminará cuando el asegurado sea legalmente inhabilitado para el ejercicio de su profesión. Pero quien ésto escribe estima que más que la terminación se produce la extinción porque la causal prevista no entraña incumplimiento de las obligaciones propias del seguro sino de aquellas inherentes a la profesión o, mejor, desaparición de la asegurabilidad del riesgo.

### 256. EXTINCION DEL CONTRATO

Bueno es aclarar, ante el título de este comentario, que la nulidad del seguro, su revocación y su terminación engendran como resultado común la disolución del contrato pero tales sanciones se originan en causas que bien podrían llamarse voluntarias porque dependen, con exclusividad, de la conducta del tomador o del asegurado como son, por ejemplo, el vicio creado en el consentimiento del asegurador, el querer de uno solo de los contratantes o el quebrantamiento de algunas obligaciones. Pero existen otros motivos de finalización que podrían denominarse causas naturales, que producen la extinción del contrato cuando éste ha cumplido su objetivo de protección, como el vencimiento del plazo, la desaparición del riesgo, la desaparición del interés, la transmisión del interés o de la cosa asegurada y la presencia del siniestro.

### 257. CASOS DE EXTINCION

#### 1) Vencimiento del plazo.

El seguro finaliza por expiración del tiempo señalado para su duración inicial, el que debe expresarse en la póliza, o para sus prórrogas indicadas en los anexos.

Los preceptos de ambas codificaciones permiten concluir que el contrato puede tener una duración generalmente de una o más anua-

lidades, como ocurre en los seguros de daños y en los de vida denominados a término o temporales o conservarse vigente por la vida del asegurado (seguro ordinario o de vida entera). Pero siempre es el factor tiempo el que limita su vigencia: el tiempo convenido en muchos casos, el tiempo del viaje en los seguros de transporte y de vuelo y el tiempo de la existencia del asegurado.

## 2) La desaparición del riesgo.

Si desaparece el riesgo después de celebrado el seguro, el contrato no continúa surtiendo efectos porque ha perdido su causa.

Este juicio explica que se extinga totalmente "por falta absoluta o extinción de los riesgos" y parcialmente si "la falta o extinción de los riesgos fuere parcial", conforme a la interpretación más adecuada a las normas contenidas en el art. 681, ordinal tercero e inciso final, pero el asegurado pierde toda la prima, aun la no causada, porque el asegurador la gana irrevocablemente desde que aquellos corren por su cuenta (art. 666).

Esta causal es la misma que, con un criterio muy objetivo del riesgo, trae el nuevo código en su art. 1109, en el que se hace justicia al asegurado al reconocerle derecho sobre la parte de la prima correspondiente al período no transcurrido.

De conformidad con dicho precepto "se producirá igualmente la extinción del contrato, con la obligación a cargo del asegurador de devolver la prima no devengada, si la cosa asegurada a la cual está ligado el seguro, se destruye por hecho o causa extraños a la protección derivada de aquél. Si la destrucción es parcial, la extinción se producirá parcialmente y habrá lugar asimismo a la devolución de la prima respectiva".

Ilustra la doctrina del primer texto el ejemplo de un inmueble que se ampara contra el riesgo de incendio procedente de una estufa o una caldera que permanece encendida en su interior y la cual en determinado momento se retira definitivamente y la del segundo el caso del mismo inmueble que, protegido contra incendio, se destruye por un temblor de tierra. El riesgo deja de existir por un motivo ajeno al siniestro o por un hecho diferente al asumido en la póliza.

## 3º) La desaparición del interés.

Igualmente el seguro pierde su objeto por la falta del interés, ocurrida con posterioridad a su celebración, como sucede cuando el

acreedor hipotecario recibe el pago de su crédito; en tal evento deja de tener interés real y actual en la conservación del bien en el cual descansaba su derecho.

Cuando los arts. 642 y 646 del código del 87 dicen que el derecho a asegurar y las cosas que se van a proteger tienen que existir "al tiempo del contrato" únicamente están haciendo énfasis en la necesidad de su existencia en dicho momento, pero de modo alguno están negando el principio de que deben mantenerse durante la vigencia del contrato o, a lo menos, en la fecha de la realización del riesgo.

Si el asegurado, al presentarse el siniestro, no es titular de aquél o de éstas carece de la facultad para reclamar la indemnización ya que el hecho en nada le perjudica. La misma doctrina ha sido sancionada por el nuevo estatuto en su art. 1086, según el cual "el interés debe existir en todo momento, desde la fecha en que el asegurador asuma el riesgo. La desaparición del interés llevará consigo la cesación o extinción del seguro".

## 4) Transmisión del interés o de la cosa asegurada.

Dispone el art. 654 que transmitida por título universal o singular la propiedad de la cosa asegurada, el seguro correrá en provecho del adquirente, desde que los riesgos le correspondan, "a menos que conste evidentemente que el seguro fue consentido por el asegurador, en consideración a la persona asegurada", a quien ya brindó su protección, vale decir, que en este último supuesto se extingue desde el momento del traslado.

El reciente estatuto distingue el título de la transmisión. Si el interés asegurado o la cosa a que está vinculado el seguro se transfiere por muerte del asegurado, el contrato subsiste a nombre del adquirente mas éste debe comunicar su adquisición al asegurador, dentro de los quince días que siguen a la fecha de la sentencia aprobatoria de la partición, so pena de "la extinción del contrato" (art. 1106).

Cuando la transferencia tiene lugar por acto entre vivos "producirá automáticamente la extinción del contrato, a menos que subsista un interés asegurable en cabeza del asegurado", caso en que continuará en la medida necesaria para proteger tal interés, siempre que el asegurado informe de esta circunstancia al asegurador dentro de los diez días siguientes a la fecha de la transferencia" (art. 1107).

La extinción obliga al asegurador a devolver la prima no devengada, conforme al inciso segundo de la disposición citada.

Bien podría hablarse, en los dos eventos anteriores, de terminación del seguro en lugar de extinción porque la subsistencia del contrato depende del cumplimiento de la obligación de comunicar al asegurador la adquisición respectiva, en el primero, y la continuación de un interés en el asegurado, en el segundo.

#### 5) La presencia del siniestro.

El siniestro realiza el riesgo, que es exactamente el hecho que condiciona la obligación de pagar la indemnización o la suma pactada y que una vez satisfecha hace que el seguro pierda su razón de subsistir.

Aquí el riesgo desaparece, no por una causa extraña a la protección contratada, como en el caso antes visto, sino simplemente porque el hecho previsto en la póliza se ha cumplido.

Según sea total o parcial el siniestro, el seguro se extingue completamente o en parte y la prestación a cargo del asegurador también será total o parcial, dentro de las limitaciones legales o contractuales.

Cuando la realización del riesgo reviste la segunda modalidad "la suma asegurada se entenderá reducida, desde el momento del siniestro, en el importe de la indemnización pagada por el asegurador" (art. 1111) pero una sana previsión aconseja reintegrar aquélla en su valor inicial mediante el pago de una prima adicional a fin de evitar los efectos del infraseguro en posteriores siniestros.

En cuanto a la prima es menester advertir que el asegurador la gana totalmente en caso de siniestro total o proporcionalmente al valor de la reparación, sin consideración al tiempo corrido del seguro, cuando el siniestro ha sido parcial (art. 1070).

## CAPITULO XXII

### EXCLUSION, PERDIDA Y REDUCCION DE LA PRESTACION

#### 258. CONCEPTO

Han quedado vistas hasta aquí las medidas de punición que en virtud de la legislación especial sobre el seguro tienen el poder de impedir la formación del contrato, por la no concurrencia de los elementos necesarios para su constitución, como la inexistencia; el de permitir su nacimiento jurídico pero dándole una existencia débil e incierta por la falta de algún requisito para su validez, circunstancia que conlleva el principio de la destrucción del contrato, como las nulidades absoluta y relativa; el de disolverlo por la voluntad de las partes, en cualquier tiempo anterior al siniestro, como la revocación unilateral; el de darlo por extinguido cuando el tomador o el asegurador cae en la infracción de algunas de sus obligaciones, como la terminación y, por último, el de finalizarlo por aquellas causas denominadas naturales.

En orden a completar una visión del tema, conviene formular una mención muy breve de otros fenómenos que si bien no afectan la figura contractual, la que subsiste como garantía de futuros siniestros, inciden en uno de sus efectos como es la prestación a cargo del asegurador. Son las denominadas causales de exclusión, de pérdida y de reducción de la obligación de indemnizar en los seguros de daños o de pagar el capital pactado en los de personas.

#### 259. LA EXCLUSION DEL DERECHO

Puede sentarse la regla de que el asegurador no está obligado a reparar todo siniestro porque sólo responde de los siniestros expresamente especificados o consignados en la póliza, siempre que los daños producidos con su realización tengan por causa hechos que lo obliguen en los términos de la ley o del contrato.

Así, por ejemplo, en el amparo de incendio, no todo incendio es indemnizable. El seguro cubre únicamente la pérdida o el deterioro causados por el fuego hostil o por sus efectos inmediatos como el calor, el humo o el vapor (art. 708, ordinal 2º del código vigente y art. 1113 del nuevo código) mas no los daños resultantes del incendio originado por vicio propio del objeto como sería su combustión espontánea (art. 676, inciso 2º y art. 1104) o del fuego derivado de circunstancias que implican quebrantamiento por parte del asegurado de las leyes o los reglamentos de policía, que tienen por objeto prevenir el accidente. (art. 710) o de actos suyos meramente potestativos (art. 1055) como tampoco indemniza la pérdida de los objetos extraviados con ocasión del incendio, durante él o después del mismo.

No se trata propiamente de que el asegurado o el beneficiario pierda el derecho a la indemnización. Sucede que tal derecho no existe. Así como en la inexistencia del seguro no surge la entidad contractual, en la exclusión tampoco aflora el beneficio reparador.

El código del año 87 acoge la doctrina anterior en su art. 660, aplicable a los seguros reales, al establecer el principio de que "El asegurador puede tomar sobre sí todos o algunos de los riesgos a que está expuesta la cosa asegurada. No estando expresamente limitado el seguro a determinados riesgos, el asegurador responde de todos, salvo las excepciones legales".

Y, para los seguros de vida, en el art. 696 por el cual el riesgo cubierto "puede ser el de muerte del asegurado, dentro de un determinado tiempo o en ciertas circunstancias previstas por las partes, o el de la prolongación de la vida más allá de la época fijada por la convención".

El mismo criterio aparece como inspirador de la nueva legislación. Conforme al art. 1056 "Con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado".

Merece destacarse la precisión del último texto porque responde a un concepto claro de la libertad de que el consabido contratante goza para seleccionar y cubrir los riesgos en toda clase de seguros.

Tal autonomía se proyecta en la póliza, como es natural; forma parte de su contenido la expresión de los riesgos asumidos y de las demás estipulaciones o condiciones particulares que acuerden los contratantes, según el art. 640 del código vigente y art. 1047 del nuevo estatuto.

Se colige de los preceptos aludidos que las causas de exclusión tienen su origen en las disposiciones legales o en las cláusulas del contrato. En anteriores capítulos se comentaron los preceptos relativos al riesgo, tanto los consignados en el código del 87 como los incorporados en la reciente codificación. Todo lo que entonces se dijo acerca de los riesgos no asegurables, en cuyo acaecimiento no puede sustentar el asegurado la reclamación a la prestación, no obstante haya experimentado menoscabo patrimonial, y que resulta redundante repetir ahora, no es más que el desarrollo de la teoría de las exclusiones de orden legal, de aplicación general a todos los contratos de seguros y que, por ello mismo, pueden modificarse, restringirse o ampliarse en las regulaciones específicas que la ley establece para las distintas modalidades del contrato.

Bueno es advertir que las empresas aseguradoras, orientadas por una rigurosa política selectiva de los riesgos, acostumbran incluir en las pólizas toda una serie de motivos que excepcionan su obligación, eventos que se gobiernan por el régimen de exclusiones contractuales, tema ajeno a los propósitos de este trabajo.

## 260. PERDIDA DEL DERECHO AL SEGURO

Al contrario de lo que acontece en las exclusiones, aquí el siniestro compromete la responsabilidad del asegurador pero éste queda liberado de dar cumplimiento a su obligación como sanción impuesta al asegurado o al beneficiario que en la satisfacción de sus compromisos derivados del siniestro ha observado una conducta desleal.

No se contempla expresamente en la actual legislación esta medida pero en la práctica puede darse porque la infracción de los deberes referentes al siniestro se castiga, conforme a lo estipulado contractualmente, con la pérdida de la indemnización, que es la interpretación que se ha dado al art. 681 que establece la rescisión del seguro. Aun recurriendo a esta sanción, el asegurador tiene el derecho de instaurar la acción de nulidad realtiva del contrato que, de progresar, produce, entre otros resultados, el de exonerarlo del pago de la prestación.

Al analizar las obligaciones que incumben al asegurado con motivo de la realización del riesgo, se comentó que la rescisión no constituye la pena adecuada porque el fundamento de las nulidades no se encuentra en el incumplimiento de un deber contractual sino en la falta de uno de los elementos legalmente prescritos para la validez de las convenciones.

He ahí la razón para que los aseguradores colombianos hayan recogido, como sustitución de la nulidad relativa, la doctrina de la caducidad, que consiste precisamente en la pérdida del derecho a la prestación asegurada.

Más la caducidad como castigo para todos los casos de infracción de los citados deberes, tal como aparece consignada en muchas pólizas, tampoco representa el castigo apropiado ya que no distingue si el asegurado o el beneficiario ha procedido con ánimo de defraudar o engañar al asegurador o si ha omitido sus compromisos por mera inadvertencia o por tener la sana convicción de que su proceder en nada perjudica los intereses del otro contratante.

El nuevo estatuto, orientado en un criterio de mayor equidad, viene a enmendar tal situación que sin duda rompe el equilibrio contractual en detrimento del asegurado de buena fe. Sin utilizar la denominación de caducidad, la consagra en varios textos, que exigen, como presupuesto necesario para su viabilidad, que el comportamiento del titular de la compensación haya contrariado los postulados de la buena fe.

Cuando él ha quebrantado maliciosamente las obligaciones que le competen en razón del siniestro y cuyo cumplimiento es condición indispensable para obtener el reconocimiento del seguro, se hace merecedor a la privación del mismo, conforme al inciso final del art. 1078 que estatuye que "la mala fe del asegurado o del beneficiario en la reclamación o comprobación del derecho al pago de determinado siniestro causará la pérdida de tal derecho".

Del mismo modo, la última parte del art. 1076 dispone que la inobservancia maliciosa de la obligación de declarar, al comunicar el siniestro, los seguros coexistentes le acarrea "la pérdida del derecho a la prestación asegurada".

Esta previsión legal es plenamente justificable puesto que no es lícito al asegurado ocultar que tiene celebrados dos o más seguros iguales, con el propósito de procurarse varias prestaciones, una de cada asegurador, conducta violatoria del principio de que el contrato compensa los daños experimentados y nada más.

Los artículos 1097 y 1098 extienden la sanción al quebrantamiento de las obligaciones que, como consecuencia de la subrogación, corresponden al asegurado como son la de abstenerse de renunciar en cualquier momento a sus derechos contra terceros responsables del siniestro y la de facilitar al asegurador, a petición del mismo, el ejercicio de los derechos subrogados.

Su desacato al primer deber le "acarreará la pérdida del derecho a la indemnización" pues supone la ley que la renuncia se hace con la intención de inferir daño al asegurador. Y la desobediencia al segundo se sanciona "en los términos del art. 1078", esto es, con la privación de la prestación, si de parte suya hubo mala fe, y en caso contrario, deduciendo de la indemnización los perjuicios causados por el incumplimiento.

#### 261. LA PRESCRIPCIÓN DA LUGAR A LA PERDIDA DEL VALOR DEL SEGURO

Constituye la prescripción extintiva otra causa de pérdida del derecho al valor del seguro.

Su fundamento no radica ya en la infracción de las obligaciones originadas del siniestro o de la subrogación sino en la no solicitud de la prestación por el asegurado o el beneficiario durante un determinado tiempo, conducta que el legislador entiende como un desistimiento que libera al asegurador.

Es menester recordar que la prescripción no tiene como único efecto extinguir el derecho al pago de la indemnización o del capital pactado. Su alcance es general porque el transcurso del tiempo, siempre que concurren las demás exigencias señaladas en la ley, también extingue los otros derechos del asegurado o del asegurador, no ejercidos dentro de la oportunidad legal, y libera a la contraparte de las correlativas obligaciones.

Es la anterior una necesidad de la organización social, interesada tanto en garantizar la solidez y la certeza de los derechos por el tiem-

po suficiente para su ejercicio como en redimir al deudor de sus compromisos, transcurrido dicho plazo, por no ser equitativo dejarlo indefinidamente vinculado a los resultados del contrato.

En la legislación todavía en vigor la prescripción de las acciones procedentes del seguro se gobierna por los términos del derecho común (artículos 692 y 958), vale decir, si la acción puede ejercerse por la vía ejecutiva se prescribe en diez años y si por el procedimiento ordinario, en veinte (art. 2536 del C. C.).

Como de acuerdo con el art. 25 de la ley 105 de 1927 la póliza presta fuerza ejecutiva para obtener el pago del seguro cuando el asegurador no objeta, dentro de los noventa días siguientes a su presentación, los comprobantes acompañados a la solicitud, el término extintivo del ejercicio de la acción es de diez años.

Si antes de vencerse aquel plazo formula reparos, la acción pasa a ser ordinaria. Igualmente lo será por diez años más, corridos los cuales se pierde el derecho a exigir judicialmente el pago de la prestación cuando, sin haber objetado tales comprobantes, se dejan transcurrir los primeros diez.

Dos excepciones establece el mismo código en cuanto a los plazos anotados: en el seguro terrestre de transportes, al que les es aplicable, por mandato del art. 729, la prescripción de cinco años imperante en el seguro marítimo, y en el cobro de la prima cuando es 'pagadera por cuotas en épocas fijas y periódicas', caso en que la acción para hacer efectiva cada cuota se prescribe igualmente en cinco años (art. 692, inciso final).

La reciente codificación fija un régimen especial y novedoso. Regula la prescripción del seguro mediante términos cortos, siguiendo el criterio moderno de definir con prontitud toda situación jurídica; le reconoce aplicabilidad en las acciones emanadas no sólo del contrato de seguro sino también de las disposiciones que lo rigen y prohíbe la disminución y la ampliación de sus plazos, todo lo cual está expresamente previsto en el artículo 1081.

Este mismo precepto la clasifica en ordinaria, que es de dos años y en extraordinaria, de cinco, según pueda o no ejercerse ejecutivamente la acción y ordena que la primera comienza a contarse desde

el momento en que el interesado haya conocido o debido conocer el hecho que da base a la acción y la segunda, que corre contra toda persona, a partir del nacimiento del respectivo derecho.

Cuando la acción ejecutiva que el art. 1053 otorga contra el asegurador para cobrar el seguro dotal, el valor de cesión y en general la prestación no se ejerce dentro de los dos años siguientes al conocimiento del suceso que la hace viable pierde aquella calidad y se convierte en ordinaria por tres más ya que el plazo máximo es de cinco años.

Nada disponen los dos códigos acerca de la suspensión y la interrupción del mencionado modo de extinguir los derechos en el contrato de aseguramiento, por lo que han de observarse las reglas del derecho civil, conforme a lo previsto en el artículo 182 del primer estatuto mercantil y en el artículo 822 del recientemente promulgado.

## 262. REDUCCION DE LA PRESTACION

Tiene lugar esta acción cuando el tomador, el asegurado o el beneficiario, según el evento que se presente, incurre en una conducta activa o pasiva que compromete su responsabilidad pero siempre extraña a la mala fe. Su falta no tiene como impulso determinante el ánimo de defraudar los intereses del asegurador.

La legislación de los años 87 no la consagra en ningún texto aunque ciertamente puede surgir como corolario de otra sanción en que el titular de la prestación sea condenado a indemnizar perjuicios, circunstancia que en la práctica viene a limitar la cuantía del derecho.

Por el contrario, la nueva ley orgánica comercial la incorpora de manera expresa en los siguientes preceptos:

1º) Declaración inexacta o reticente del riesgo, proveniente de error inculpable.

Incumbe al asegurado o al tomador, cuando éste no reúne ambas calidades, declarar sinceramente el estado del riesgo, es decir, los hechos y circunstancias que lo configuran.

La reticencia o la inexactitud en su declaración genera la nulidad relativa del seguro, a menos que provenga de error suyo inculpable, supuesto en que el contrato produce sus efectos indemnizatorios pero limitados.

Corroborar esta afirmación el tercer inciso del artículo 1058 cuando previene que "el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipula en el contrato respectivo de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160".

Crea este último canon una excepción a la anterior norma cuando dispone que "transcurridos dos años en vida del asegurado, desde la fecha del perfeccionamiento del contrato, el valor del seguro de vida no podrá ser reducido por causa de un error en la declaración de asegurabilidad".

### 2º) No declaración de seguros plurales.

Al dar noticia del siniestro, el asegurado debe declarar los seguros coexistentes. Si de buena fe omite esta información, por ejemplo cuando la suma de todos los contratos no supera el valor real del objeto asegurado o cuando la considera innecesaria porque días antes, al momento de su contratación, la había suministrado, la cantidad indemnizatoria puede sufrir una disminución puesto que el asegurador está facultado para restar de ella los perjuicios que haya experimentado por la omisión.

Se llega a tal conclusión al reparar en el art. 1076, mirado en concordancia con el primer inciso del art. 1078

### 3º) Incumplimiento de otras obligaciones.

Determina el precepto últimamente citado que la infracción de las obligaciones que en caso de siniestro atañen al asegurado o al beneficiario, como las de avisar su ocurrencia, evitar su agravación y proceder al salvamento, confiere poder al asegurador para "reducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento".

La redacción del texto en cita no es afortunada y su aplicación literal podrá motivar conflictos entre los contratantes, cuya prevención es precisamente una de las finalidades de todo estatuto legal.

Ante los términos utilizados por el legislador es menester preguntar si el pago del siniestro se aplaza mientras se fijan judicial o extrajudicialmente la existencia y la cantidad de dichos perjuicios, lo que

parece estar fuera del propósito del legislador, o se deja en manos del asegurador definir si los hubo y establecer su valor, lo que sin duda entraña arbitrariedad ya que dicho contratante se convertiría en fallador de su propia causa?

Quiso únicamente el legislador, y ésta es la conclusión más jurídica, acoger la doctrina incorporada en las normas del derecho común por la cual toda persona que con sus actos u omisiones infiere daño a otra debe ser condenada a la reparación de perjuicios.

De conformidad con el art. 1162, es lícito cambiar la sanción por otra de menor gravedad para el asegurado pero nunca reemplaza por una más onerosa.

Bueno es aclarar que si la inobservancia es maliciosa, la pena, tanto para el caso en estudio como para el anterior, consiste en la pérdida del derecho a la prestación (art. 1075 e inciso 2º del art. 1078).

### 4º) Violación del deber de colaborar con el asegurador subrogante.

El asegurado debe colaborar activamente, a petición del asegurador, para permitirle el ejercicio de los derechos que deriva de la subrogación (art. 1098).

El incumplimiento de esta obligación se sanciona "en los términos del art. 1078", vale decir, deduciendo de la indemnización el valor de los perjuicios que tal infracción cause al segundo o si de parte del asegurado ha habido mala fe, con la "pérdida" de su derecho, vocablo que ha de entenderse como reintegro de la reparación ya percibida porque la subrogación presupone el pago del siniestro.

Para clausurar estos comentarios es útil anotar que siempre asiste al asegurado o al beneficiario el derecho a reclamar contra las determinaciones del asegurador en el uso de las sanciones. De no hallarlas procedentes o justas puede en todo caso acudir a las competentes autoridades del orden administrativo o del judicial. Solamente a la decisión de estas últimas está obligado a declinar sus pretensiones.

## AUTORES CONSULTADOS

- OSSA GOMEZ, Efrén: Tratado Elemental de Seguros, segunda edición, Bogotá, 1963. Idem, La Reforma Legal del contrato de Seguros, Bogotá, 1954.
- BENITEZ DE LUGO, Luis Reymundo: Tratado de Seguros, cuatro volúmenes, Madrid, 1955.
- SANCHEZ CALERO, Fernando: Curso de Derecho del Seguro Privado, Volumen I, Bilbao, 1961.
- GABINO PINZON, José: Introducción al Derecho Comercial, Bogotá, 1966.
- MORENO JARAMILLO, Miguel: Apuntes para la Clase de Introducción a la Ciencia del Derecho, 1956.
- JARAMILLO VELEZ, Lucrecio: Notas para el curso de Obligaciones mimeografiadas por la Facultad de Derecho de la U. de A.
- VALENCIA ZEA, Arturo: Curso de Derecho Civil Colombiano, Bogotá, 1948.
- GARRIDO Y COMAS, J. J.: El contrato de Seguro, Barcelona, 1954.
- VITERBO, Camilo: Ensayos de Derechos Comercial y Económico. Buenos Aires, 1948.
- CABO CAYON, Juan Fernando: Seguros y Reaseguros, Bogotá, 1963.
- MAGEE, John H.: Seguros Generales, 1947.
- MALAGARRIGA, Carlos C.: Derecho Comercial, 1943.
- CARRIZOZA PARDO, Fernando: Las Sucesiones, 1959.
- ECHEVERRI HERRERA, Jorge: Función Social y Económica del Seguro, Bogotá, 1954.
- CORTES, Enrique: Importancia Económica del Seguro de Vida, Bogotá, 1954.
- SAIZ DE CASTRO, Bernardo: El Seguro de Manejo y Cumplimiento, Bogotá, 1954.
- ORTEGA TORRES, Jorge: Código de Comercio Terrestre, Bogotá, 1953. Nuevo Código de Comercio. Ediciones Crítica Jurídica, Bogotá, 1971. Proyecto de Código de Comercio y Exposición de Motivos, Bogotá, 1958.
- GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique: Reflexiones sobre Derecho Mercantil, Universidad de Antioquia, Medellín, 1968.

## I N D I C E

	Páginas
Concepto del Jurado de Honor .....	143-144
Resolución del Consejo Directivo de la U. de A. ....	145.-
Notas preliminares .....	147-150
CAPITULO I	
La legislación de seguros en el país .....	151-163
CAPITULO II	
Fuentes del derecho del seguro .....	164-171
CAPITULO III	
El seguro individual en la nomenclatura de los contratos.....	173-191
CAPITULO IV	
División del seguro.....	193-209
CAPITULO V	
Definición del contrato .....	211-231
CAPITULO VI	
Personas que participan en el seguro .....	233-252
CAPITULO VII	
La póliza de seguros .....	253-268
CAPITULO VIII	
Contenido de la póliza .....	269-279
CAPITULO IX	
Transmisión de la póliza .....	281-290

CAPITULO X	
La póliza como recaudo ejecutivo .....	291-299
CAPITULO XI	
El interés asegurable .....	301-310
CAPITULO XII	
El riesgo asegurable .....	311-328
CAPITULO XIII	
El riesgo en el nuevo código .....	329-343
CAPITULO XIV	
El seguro como contrato de indemnización .....	345-361
CAPITULO XV	
La regla proporcional.- Seguros excesivos y seguros coexistentes	363-375
CAPITULO XVI	
La subrogación .....	377-388
CAPITULO XVII	
Obligaciones del tomador o del asegurado referentes al riesgo	389-402
CAPITULO XVIII	
Obligación de pagar la prima .....	403-411
CAPITULO XIX	
Obligaciones relativas al siniestro y Obligaciones derivadas de la subrogación .....	415-424
CAPITULO XX	
Obligaciones del asegurador .....	425-444
CAPITULO XXI	
Sanción del contrato de seguros .....	445-466
CAPITULO XXII	
Exclusión, pérdida y reducción de la prestación .....	467-475
Autores consultados .....	
	477.-

Este Número Especial de *Estudios de derecho* se terminó de imprimir el 1º de Julio de 1974, en los talleres de la Editorial de la Universidad de Antioquia, Med., Col.