

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN EL CONTRATO DE SEGURO DE
RESPONSABILIDAD**

**ANDRES FELIPE URIBE MESA
SUSANA ESTRADA MONTOYA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN – ANTIOQUIA
2008**

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN EL CONTRATO DE SEGURO DE
RESPONSABILIDAD**

**ANDRES FELIPE URIBE MESA
SUSANA ESTRADA MONTOYA**

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de
abogado**

**Asesor Temático:
Dr. JUAN GONZALO FLOREZ BEDOYA
Abogado especialista en Responsabilidad Civil y Seguros**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN – ANTIOQUIA
2008**

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
I. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO	13
1. MARCO GENERAL	14
2. ATRIBUTOS DEL CONTRATO DE SEGURO	16
2.1. Acto de Comercio	16
2.2. Consensual	16
2.3. Bilateral	17
2.4. Oneroso	18
2.5. Aleatorio	18
2.6. De ejecución Sucesiva	19
3. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGURO	20
3.1. El Asegurador	21
3.2. El Tomador	22
3.3. Terceros Interesados	23
3.3.1. El Asegurado	24
3.3.2. El Beneficiario	27
4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO	28
4.1. Interés Asegurable	28
4.2. Riesgo Asegurable	30
4.3. La Prima	32

4.4. La obligación condicional del asegurador	33
II. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL	34
1. ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD	34
1.1. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual	36
2. CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD	41
2.1. Hecho Dañoso	42
2.2. Reclamación de la Víctima	43
2.3. Liquidación del Pago	44
2.4. Pago	44
2.5. Hecho Complejo	45
2.6. Apreciaciones Finales	46
3. LA ACCION DIRECTA	52
4. DELIMITACIÓN CONTRACTUAL DEL RIESGO	55
4.1. Sistema de la Ocurrencia	57
4.2. Sistema del Descubrimiento	59
4.3. Sistema de la Reclamación (Claims Made)	59
4.4. Sistema de Contratación Especial	64
III. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA O LIBERATORIA	66
1. RÉGIMEN GENERAL DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA	66
1.1. Prescripción en materia Civil	67

1.1.1. Prescripción Adquisitiva o Usucapión	69
1.1.2. Prescripción Extintiva o Liberatoria	73
1.2. Prescripción Extintiva en la Responsabilidad Civil	73
1.3. Prescripción Extintiva en materia Comercial	77
2. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA EN EL CONTRATO DE SEGURO	78
2.1. Contradicciones con el Régimen General	79
2.2. Prescripción de las acciones que se derivan del Contrato de Seguro	86
2.3. Prescripción de las acciones derivadas de las normas legales propias del contrato de seguro	89
IV. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD	93
1. ELEMENTOS GENERALES	93
2. EL SINIESTRO Y LA DELIMITACION CONTRACTUAL DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD	97
3. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO	104
4. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL 29 DE JUNIO DE 2007	108
V. CONCLUSIONES	117
VI. BIBLIOGRAFIA	122

RESUMEN

La prescripción en el contrato de seguro de responsabilidad es un tema controversial que ha generado importantes desarrollos doctrinarios y algunas decisiones jurisprudenciales controversiales. En este sentido en la presente monografía se encuentra un estudio detallado del marco teórico general que envuelve esta problemática como lo es una descripción corta del régimen general del contrato de seguros, de la responsabilidad civil y de la prescripción, para de esta manera poder tener un adecuado entendimiento del problema.

La regulación en el contrato de seguros no ha sido la más afortunada para resolver esta controversia. Existe una importante confusión entre el momento en que se entiende configurado el siniestro en este tipo de seguros y el momento en que empiezan a correr los términos de prescripción. Adicionalmente los sistemas para delimitar contractualmente el riesgo, especialmente el sistema de la Reclamación, han generado aun mayor caos y han terminado por confundir aun más tanto a todos los interesados en un determinado contrato de seguros, como a los diferentes agentes que participan en la operación de la administración de justicia.

Por último, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 29 de junio de 2007 en su Sala de Casación Civil al estudiar el tema, desconoció algunos principios del régimen general del contrato de seguro con el objetivo último de proteger a toda costa al damnificado en el ejercicio de su acción directa.

Palabras Claves: Prescripción, Contrato de Seguro, Responsabilidad Civil, Acción Directa, Siniestro, Reclamación.

INTRODUCCIÓN

El contrato de seguros es una institución que ha permitido a lo largo de su historia un adecuado desarrollo de las diferentes relaciones comerciales por medio de la transferencia de riesgos y la financiación de las distintas actividades que generan los mismos.

La institución del seguro presenta dos antecedentes históricos importantes y en esa medida sus orígenes se remontan, por un lado, a las antiguas civilizaciones cuando los dueños de los barcos vieron la necesidad de acudir a una persona o institución, que en un principio fueron los antiguos Bancos, quienes por una contraprestación se obligaban a dar por terminado un préstamo anterior otorgado al dueño del barco, en caso de ocurrir cualquier situación que impidiera un viaje satisfactorio, bajo los denominados Contratos a la Gruesa. Y por el otro encontramos los primeros fondos mutuos o mutuales, a través de los cuales las personas, especialmente cultivadores, precavían riesgos que afectarían las cosechas mediante la constitución de un Fondo Común, por lo cual dichas personas establecían una especie de Autoseguro, donde ellos mismos mediante la transferencia de recursos a este fondo común podrían cubrir con los siniestros que afectasen sus bienes particulares, en este caso las cosechas.

Desde aquel momento inicial hasta los grandes desarrollos actuales, tanto de la industria como de las instituciones, se encuentran siglos enteros de crecimientos industriales y comerciales que derivaron en una operación confiable y compleja que permite desarrollar todo tipo de operaciones tendientes a garantizar y hacer posible el mundo globalizado actual.

En este orden de ideas el auge de la actividad aseguradora en una determinada sociedad evidencia en muchas de las veces, el nivel de desarrollo de la misma, por lo cual, “Es por eso que a medida que se incrementa el avance cultural y tecnológico, mayor resulta la importancia del seguro, ya que solo en un estadio avanzado de civilización puede estimarse el destacado papel de ese intangible que representa la necesidad de protección”.¹

Actualmente la teoría jurídica del contrato de seguro es una de las más estudiadas y desarrolladas en todo el derecho comercial, lo cual no impide que en muchos de sus temas jurídicos se presenten amplios debates doctrinarios y jurisprudenciales, tornándolos en objetos de amplias controversias. Dentro de estos temas controversiales encontramos la problemática frente a los diferentes sistemas de contratación y la ocurrencia del siniestro para ciertos tipos de seguros, el interés asegurable en algunas relaciones jurídicas, las distintas excepciones al efecto relativo de los contratos, entre otros. Uno de los cuales se refiere a la prescripción extintiva o liberatoria, especialmente en los contratos de seguro de responsabilidad civil, toda vez que los términos establecidos con la misma, se constituyen en el período de tiempo durante el cual el asegurado, beneficiario o tomador, pueden hacer valer los derechos derivados de dicho contrato frente al asegurador, o en el que éste último podrá librarse de responder en caso de una determinada reclamación o siniestro y poder asimismo liberar sus obligaciones o reservas en sus estados financieros.

En este sentido la importancia de la presente monografía radica en que el período hasta cuando se puede hacer efectivo un derecho o hasta cuando se puede ejercer una determinada acción, son esenciales a la hora de determinar la exigibilidad de una relación jurídica obligacional. Así las cosas, tener claridad

¹ LÓPEZ BLANCO, HERNAN FABIO. Comentarios al Contrato de Seguro. Cuarta Edición. Dupré Editores Ltda., 2004. Bogotá, Colombia. Pág. 19

sobre cuándo y cómo corren dichos términos en el contrato de seguro, son fundamentales, tanto para todos los sujetos que son parte del contrato de seguro (sólo se consideran parte en el contrato de seguro el asegurador y el tomador, ya que en ellos recaen las obligaciones principales del contrato, y sólo son ellos quienes manifiestan inequívocamente su voluntad de obligarse en virtud del presente contrato) y los terceros interesados en el mismo (aquí encontramos los demás sujetos que pueden derivar obligaciones del contrato de seguro; como el asegurado y el beneficiario, así como también aquellos sujetos que por medio de sus actividades especiales hacen posible en la realidad el contrato de seguro; como los agentes de seguros, las agencias, los corredores, los ajustadores, los reaseguradores, entre otros), como para jueces, abogados, profesores y estudiantes de derecho quienes aplicaran en los estrados judiciales dichas normas para hacer valer los derechos a las partes que a bien tengan.

Por lo anterior, se hará una breve referencia a los conceptos generales en torno a la teoría del contrato de seguro, a la prescripción, al contrato de seguro de responsabilidad civil, para estudiar finalmente la prescripción en los contratos de seguros de responsabilidad civil.

Con relación a los conceptos generales del contrato de seguro se pretende dar un contexto teórico general bajo el cual se desarrollará la presente tesis. En esta medida se hará una referencia a los atributos principales del contrato de seguro, como son el hecho de que es un acto de comercio, que es un contrato consensual, bilateral, aleatorio y de ejecución sucesiva. Posteriormente se hará referencia a los sujetos que intervienen en el contrato de seguro, donde se encuentran los sujetos partes y los terceros intervinientes, anteriormente descritos, con sus respectivas diferencias en los contratos de seguros de daños y de personas.

Por último, se hará mención a los 4 elementos fundamentales del contrato de seguro con sus componentes y bases principales. En esta medida daremos el concepto de riesgo asegurable, interés asegurable, prima y obligación condicional. Empero haremos especial referencia a estos primeros dos conceptos, los cuales tienen especial relevancia para el objeto de la presente monografía.

En el segundo capítulo estudiaremos el seguro de responsabilidad civil, con el objetivo de establecer los elementos principales de este tipo de seguro. En esta medida, analizaremos en primera instancia los aspectos generales de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Posteriormente veremos cuando se entiende ocurrido el siniestro en el seguro de responsabilidad, siguiendo las teorías del hecho dañoso, de la reclamación, del pago de la indemnización y algunas teorías mixtas que mezclan conceptos de las anteriores. Para finalizar este capítulo consideraremos los distintos sistemas de delimitación contractual del riesgo que aplican para este tipo de seguro, especialmente aquellos sistemas introducidos por la Ley 389 de 1997 donde se destaca el sistema de la Reclamación.

Seguidamente, en el capítulo tercero se examinará la institución de la prescripción. Para lo cual estudiaremos en primera instancia el régimen general de la prescripción en el ordenamiento civil, diferenciando entre la prescripción adquisitiva (ordinaria y extraordinaria) y la prescripción extintiva. Posteriormente se analizará la prescripción en la responsabilidad civil para continuar con el régimen comercial de la prescripción, destacando sus diferencias con la prescripción en el ordenamiento civil, haciendo especial énfasis en la prescripción en el contrato de seguro y la aplicación de esta institución tanto en las acciones que se derivan del contrato de seguro, como de las acciones que rigen el mismo.

Para finalizar se razonará en torno a la prescripción en el contrato de seguro de responsabilidad civil, haciendo referencia a los elementos particulares de la presente institución en este tipo de seguro, y realizando un análisis crítico tanto del régimen legal como de las sentencias que la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil ha emitido al respecto (en especial se tomará en cuenta la sentencia del 29 de junio de 2007). Al respecto consideramos en gran medida inapropiada la interpretación de dicha alta corte, en el sentido de considerar que frente a la víctima y su acción directa solo corren los términos de prescripción extraordinaria, desconociendo el régimen de prescripción en el contrato de seguro, y llevando con su aplicación a ilógicos como una situación en la que eventualmente pueda prescribir primero la acción ordinaria de cualquier relación comercial antes de que prescribiera dicha acción directa contra la compañía de seguros. Adicionalmente, se encuentra un supuesto deber de información impuesto al asegurado, quien estaría obligado a comunicar a su dañado la existencia del contrato de seguro.

I. ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro no tiene una definición legal que permita conocer todos sus elementos o que pueda describir todas las situaciones que él mismo implica. En esta medida ni el Código de Comercio, ni el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero definen el contrato de seguro, es por ello que es necesario recurrir a la doctrina para encontrar una definición uniforme y precisa de lo que es verdaderamente el contrato de seguro.

El importante tratadista José Efrén Ossa piensa que el legislador no se dio a esta tarea: "Por considerar, sin duda, que es tarea laboriosa y arriesgada, dada la innegable complejidad de esta institución jurídica, ha preferido hacer caso omiso de ella, librarla al juicio de la doctrina, al ejercicio académico de los expositores y limitarse, como veremos, a ofrecer un esquema jurídico del contrato a través de algunos de sus preceptos medulares."¹

En este orden de ideas nos enfrentamos a un contrato sui generis, que por sus condiciones particulares e importancia, amerita un estudio profundo y consiente, de toda su institución, sin embargo, con objeto del presente trabajo solo se hará referencia a sus elementos generales mas importantes, haciendo énfasis en aquellos que a nuestro modo de ver son mas importantes, en relación con el tema de la prescripción en el contrato de seguro.

¹ OSSA, EFREN J. Teoría General del Seguro. Segunda Edición actualizada. Editorial Temis, 1991. Bogotá, Colombia. Pág. 1

1. MARCO GENERAL

El artículo 1036 del Código de Comercio Colombiano prescribe lo siguiente: *“El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.”* Como dijimos anteriormente, el legislador solo se limitó a dar rasgos generales de esta compleja relación contractual.²

Seguidamente el artículo 1037 dispone: *“Son partes del contrato de seguro:*

- 1. El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y*
- 2. El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.”*

Posteriormente el artículo 1045 establece cuales son los elementos esenciales del contrato de seguro de la siguiente manera: *“Son elementos esenciales del contrato de seguro:*

- 1. El interés asegurable;*
- 2. El riesgo asegurable;*
- 3. La prima o precio del seguro, y*
- 4. La obligación condicional del asegurador.*

² Esta situación se contrapone con nuestro antiguo Código de Comercio colombiano de 1887, el cual rigió hasta el 31 de diciembre de 1971, que definía el contrato de seguro de la siguiente manera en su artículo 634: *“ El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio, por el cual una persona, natural o jurídica, toma sobre sí, por un determinado tiempo, todos o alguno 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”*. Es claro sin embargo, que la anterior definición no alcanza a constituirse como tal, toda vez que solo establece los atributos jurídicos más relevantes del contrato de seguro, pero incurre en inexactitudes al omitir otros atributos importantes de la mencionada relación obligacional. Adicionalmente, de la lectura literal de este artículo se desprendería que las personas naturales también podrían actuar como aseguradoras, situación contraria al ordenamiento legal y al Código de Comercio actual, tema que será tratado posteriormente. Ver VELÁSQUEZ SIERRA, Mario. *Divagaciones Alrededor del Seguro*. Segunda Edición ampliada y revisada. Editorial Critería. Medellín, Colombia. 2004. Pág. 27.

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

Adicional a lo prescrito en los anteriores párrafos, Efrén Ossa nos brinda la siguiente definición:

Es un contrato solemne³, bilateral, oneroso y aleatorio (art. 1036), en que intervienen como partes el *asegurador*, persona jurídica que asume los riesgos (art. 1037, ord. 1º) y el *tomador* que, obrando por cuenta propia o por cuenta de tercero, traslada los riesgos (art. 1037, ord. 2º y 1039), cuyos elementos esenciales son (art. 1045) el interés asegurable (arts. 1083 y 1137), el riesgo asegurable (art. 1054), la prima, cuyo pago impone a cargo del tomador (art. 1066) y la obligación condicional del asegurador que se transforma en real con el siniestro (art. 1072) y cuya solución debe aquel efectuar dentro del plazo legal (art. 1080), Y que, si versa sobre un seguro de daños, no puede constituir para el titular del interés asegurable (asegurado) fuente de enriquecimiento (art. 1088), en tanto que, si concebido para cubrir riesgos personales, el valor del interés asegurado ha de consultar tan solo el arbitrio de las partes (art. 1138).⁴

Sin embargo, es claro que existen diversas definiciones, que bien se pueden referir a los elementos propios de la teoría general del contrato de seguro o a sus componentes característicos más sobresalientes, que es precisamente como se orienta nuestro legislador colombiano, o bien se pueden referir a los elementos esenciales del contrato de seguro, tal y como ocurre en la legislación argentina, y en esta medida se pueden establecer varias definiciones dependiendo de la importancia que determinado autor o legislación le otorgue a cada uno de dichos elementos.⁵

³ OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 2. Esta definición del autor fue realizada con anterioridad a Ley 389 de 1997, ley que convirtió al contrato de seguro en un contrato consensual, aunque convirtiéndose la póliza, por disposición expresa, en una solemnidad probatoria.

⁴ OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 2.

⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Op. Cit. Pág. 37. Dicho autor hace mención a la definición del Código argentino, ley 17418 en vigencia desde julio 1968 en su artículo 1º según el cual: “*Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto*”. Adicionalmente,

2 ATRIBUTOS DEL CONTRATO DE SEGURO

Del mencionado artículo 1036 de nuestro Código de Comercio se instituyen los atributos principales del contrato de seguro, sin embargo es de anotar que los mismos no son taxativos y por el contrario, el contrato de seguro tiene otros atributos propios, además de los comunes a los contratos mercantiles:

2.1. Acto de Comercio

El contrato de seguro constituye un contrato mercantil, regulado en el Código de Comercio y en otros aspectos supletoriamente por la legislación civil. En esta medida el derecho del seguro no es una rama autónoma sino que hace parte del derecho comercial. Sin embargo, algunos autores como Joaquín RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ consideran lo contrario debido a la importancia y amplitud del contrato en mención.⁶ Ahora bien, es claro que si la importancia y relevancia de los contratos determinará el carácter de rama autónoma, el contrato de compraventa sería independiente del derecho civil.

2.2. Consensual

Un contrato es consensual, cuando se perfecciona o nace a la vida jurídica por la mera expresión de la voluntad de las partes, sin tener que someterse a ritualidades o formas especiales.⁷ El contrato de seguro es consensual, ya que su perfeccionamiento no se produce a partir del momento en que el asegurador

señala el citado autor como Isaac HALPERIN (Contrato de Seguro. 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Depalma, 1966 pág. 32) transcribe catorce definiciones del contrato de seguros enfocadas todas desde el ángulo de sus elementos esenciales.

⁶ Autor citado por LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Op. Cit. Pág. 22.

⁷ VELÁSQUEZ SIERRA, Mario. Divagaciones Alrededor del Seguro. Segunda Edición ampliada y revisada. Editorial Critería. Medellín, Colombia. 2004. Pág. 32.

suscribe la póliza sino solo cuando se da el acuerdo entre las partes respecto a los elementos esenciales del seguro.

Este carácter de consensualidad fue otorgado por el artículo 1º de la Ley 389 de 1997, ya que en su inciso primero cambio *solemne* por *consensual* y se suprimió el segundo inciso que se refería a dicha solemnidad. Es indudable la enorme simplificación que la consensualidad le otorga al perfeccionamiento del contrato de seguro, sin embargo, la importancia de los derechos y deberes intrínsecos de dicho contrato generó que se estableciera una solemnidad probatoria en el artículo 1046 el cual también fue modificado, prescribiendo lo siguiente:

*“El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador...”*⁸

2.3. Bilateral

El seguro es un contrato bilateral en razón de que genera derechos y obligaciones para cada uno de los sujetos contratantes. En esta medida en el contrato de seguro tanto el asegurador como el tomador se obligan recíprocamente a cumplir sus respectivas obligaciones. En el contrato de seguro las principales obligaciones de las partes son: la asunción del riesgo por parte

⁸ Según LÓPEZ BLANCO “nuestros legisladores “mataron al tigre y se asustaron con el cuero”, pues no existe razón válida alguna, si se terció a favor de la consensualidad para argumentar que dejar la prueba libre implicaría falta de seguridad jurídica, pues ese es uno de los argumentos básicos en pro de la solemnidad, tal y como atrás se dijo, ya que si de ella se trata, es esta modalidad de contrato la que indudablemente la genera”. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Op. Cit. Pág. 53. Nota al pie 14.

de la compañía de seguros y el pago de la prima y el mantener el estado del riesgo que están a cargo del tomador y del asegurado.⁹

2.4. Oneroso

Un contrato es oneroso en los términos del artículo 1497 de nuestro Código Civil cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro. En esta medida un contrato oneroso genera para las partes un enriquecimiento y empobrecimiento correlativos. Esta condición es plenamente cumplida por el contrato de seguro toda vez que las partes del mismo son simultáneamente destinatarios de la utilidad y del gravamen que el presente contrato mercantil les otorga.

En esta medida, y refiriéndonos nuevamente a las obligaciones principales del contrato de seguro, al tomador se le impone la obligación de pagar la prima y al asegurador la asunción del riesgo de la que deriva la prestación del pago de la indemnización, de la que queda liberado si no se ha pagado la prima antes de la ocurrencia del siniestro.

2.5. Aleatorio

Los contratos aleatorios son aquellos que suelen suponer la enajenación condicional de una cosa, un derecho o una suma de dinero; pero quizás, es más aconsejable armar una categoría separada de ellos. Un acto jurídico no es aleatorio cuando los resultados económicos que están llamados a producir se pueden apreciar con más o menos precisión desde el momento mismo de su

⁹ El artículo 1496 del Código Civil Colombiano establece lo siguiente: “*El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.*”

perfeccionamiento. Por el contrario, si no es posible hacer esa estimación porque la utilidad depende del aleas o del azar, será aleatorio.¹⁰

Esta clasificación importa, entre otras, para afirmar que en los contratos aleatorios no opera la figura de la lesión como vicio del negocio.

De acuerdo lo anterior el contrato de seguro es uno de los ejemplos más representativos de contratos aleatorios, toda vez que tanto el asegurado como el asegurador están sometidos a una contingencia que puede representar para uno una utilidad y para el otro una pérdida. Tal contingencia consiste en la posibilidad de que se produzca el siniestro. Es importante resaltar en este punto que el carácter aleatorio del contrato no desaparece por el hecho de que las compañías aseguradoras dispongan de elementos que les permite determinar el costo de los riesgos y la materialización de los mismos, como las tablas estadísticas que se manejan en la industria, en función de las cuales fijan el importe de la prima. Es decir, si bien la actividad aseguradora en sí es cada vez menos riesgosa en la medida del perfeccionamiento de los medios para determinar la frecuencia y el impacto de los riesgos, el contrato sigue siendo aleatorio tratándose de cada contrato aislado y respecto del asegurado.

2.6. De ejecución Sucesiva

Un contrato de ejecución sucesiva es aquel en que los derechos de las partes o los deberes asignados a ellas se van desarrollando en forma continua, a partir de la celebración del contrato hasta su finalización por cualquier causa.

¹⁰ El artículo 1496 del Código Civil Colombiano establece lo siguiente: “*El 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.*”

Para VELÁSQUEZ SIERRA:

El seguro es un contrato de ejecución continuada o tracto sucesivo porque el asegurador mantiene latente la obligación de pagar la indemnización o el valor del seguro, según el caso, mientras dura el período convenido con el tomador o asegurado, y este último debe pagar la prima o precio del seguro en las fechas establecidas por la ley o por el contrato y durante toda la vigencia del contrato estará obligado a mantener el estado del riesgo, es decir, a no agravar por su causa la peligrosidad del riesgo trasladado al asegurador.¹¹

3. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE SEGURO

En la doctrina se ha presentado la diferenciación acerca de cuales sujetos son considerados como parte en el contrato de seguro y sobre cuales son considerados como sujetos que intervienen en el mencionado contrato.

En esta medida se considera que solo serán partes quienes manifiestan inequívocamente su voluntad de contratar, por lo cual solo el asegurador y el tomador serían partes en el contrato de seguro. Sin embargo, es innegable que la gran cantidad de situaciones jurídicas que se derivan del contrato de seguro, generan que otros sujetos también sean sujetos de deberes, derechos u obligaciones que se deriven del mencionado contrato, tales como los asegurados, beneficiarios y víctimas, quienes en el contrato de seguro de responsabilidad civil tienen la posibilidad de accionar directamente frente a la compañía de seguros, tal y como se verá en paginas posteriores. En esta medida, las normas sobre seguros incorporan dos grandes grupos de sujetos:

¹¹ VELÁSQUEZ SIERRA, Mario. Divagaciones Alrededor del Seguro. Segunda Edición ampliada y revisada. Editorial Critería. Medellín, Colombia. 2004. Pág. 32.

por un lado, los que concurren al proceso de formación del contrato de seguro y por otro, los que intervienen durante la ejecución del mismo.¹²

3.1. El Asegurador

El asegurador es la persona jurídica que se obliga condicionalmente a pagar una determinada suma de dinero en caso de la ocurrencia del siniestro o de la materialización del riesgo asegurado. Es necesario entonces que dicha persona sea una persona jurídica toda vez que las características propias de su actividad lo hacen necesario, a saber; manejo de un alto volumen de capitales, complejidad de la actividad aseguradora, capacidad de generar confianza en los asegurados, entre otros. La tesis del asegurador-empresa, original del tratadista italiano VIVANTE, a todas luces es la más conveniente porque lo complejo de la actividad aseguradora hace que resulte casi imposible su adecuado ejercicio por personas naturales.¹³

¹² PELÁEZ GARCÍA, Mateo. De los Sujetos Jurídicos Frente al Contrato de Seguro en el Derecho Colombiano. Monografía para optar al título de especialista en responsabilidad civil y seguros. Medellín, Colombia. 2004. Pág. 9. Según dicho autor la profesora Hilda Esperanza ZORNOSA en su obra “Las partes en el contrato de seguros” denomina a los primeros como partes contratantes, señala que a cargo de ellos se encuentran, al menos en forma prioritaria, el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Al grupo que interviene durante la ejecución del contrato lo denomina parte interesada o parte asegurada (asegurado y beneficiario), en cuanto la ley lo legitima para hacer efectiva la prestación económica que surge del contrato, obteniendo por este medio la protección de su derecho o interés.

¹³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Op. Cit. Pág. 104.

Dicha persona jurídica debe ser anónima o ser una cooperativa de seguros¹⁴ y debe ser autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia (entidad que reemplazó para todos los efectos que aquí se mencionan a la antes Superintendencia Bancaria de Colombia)¹⁵ y seguir las demás disposiciones referidas a patrimonio mínimo y demás, de acuerdo al Capítulo segundo de la parte segunda y sexta del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y todas las demás normas de lo modifican, adicionan o reglamentan. Es de anotar que las compañías de seguros cuyo objeto contemple la práctica de la actividad aseguradora en seguros de vida, deberán tener objeto social exclusivo para tales efectos.¹⁶

¹⁴ El artículo 36 de la Ley 45 de 1990 establece claramente como: “La actividad aseguradora únicamente puede ser ejercida por empresas que adopten la forma de sociedades anónimas o por los tipos de sociedades cooperativas admitidos legalmente.” En este mismo sentido el artículo 108 del decreto 663 de 1993, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dispuso lo siguiente en su numeral tercero: “**3. Autorización estatal para desarrollar la actividad aseguradora.** Sólo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia. En consecuencia, se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas el ejercicio de la actividad aseguradora.

Los contratos y operaciones celebrados en contravención a lo dispuesto en este numeral no producirán efecto legal, sin perjuicio del derecho del contratante o asegurado de solicitar el reintegro de lo que haya pagado; de las responsabilidades en que incurra la persona o entidad de que se trate frente al contratante, al beneficiario o sus causahabientes, y de las sanciones a que se haga acreedora por el ejercicio ilegal de una actividad propia de las personas vigiladas por la Superintendencia Bancaria.” Es importante destacar el efecto que ambos artículos le otorgan al incumplimiento de sus prescripciones, toda vez que si los contratos u operaciones de seguros son celebrados por personas individuales o estatutarias que no cumplan con la debida autorización de la Superintendencia Financiera “no producirán efecto legal”, lo que derivaría en la ineficacia de dicha relación obligacional.

¹⁵ El artículo 34 de la Ley 45 de 1990 prescribe lo siguiente: “Las personas que se propongan organizar una de las empresas mencionadas en el artículo anterior deberán obtener, previamente, el certificado de autorización de la Superintendencia Bancaria, como requisito indispensable para ejercer actividades. Tal certificado de autorización se concederá siempre que se cumplan las exigencias contenidas en la presente Ley y que el Superintendente Bancario se cerciore, por los medios que estime pertinentes, si el carácter, la responsabilidad e idoneidad de las personas que participen en la operación son tales que inspiran confianza y si el bienestar público será fomentado.”

¹⁶El artículo 37 de la Ley 45 de 1990 establece como: “El objeto social de las compañías y cooperativas de seguros será la realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente, a parte de aquellas previstas en la Ley con carácter especial. Así mismo, podrán efectuar operaciones de reaseguro, en lo términos que establezca la Superintendencia Bancaria. Las sociedades cuyo objeto prevea la práctica de operaciones de seguros individuales sobre la vida deberán tener exclusivamente dicho objeto, sin que su actividad pueda extenderse a otra clase de operaciones de seguros, salvo las que tengan carácter complementario. El objeto social de las reaseguradoras consistirá exclusivamente en el desarrollo de operaciones de reaseguro.”

3.2. El Tomador

Es la persona natural o jurídica que transfiere los riesgos a un asegurador, el cual los asume. El tomador declara las condiciones del riesgo y los presenta de manera veraz, aceptando además las condiciones del seguro, tanto en lo que se refiere a la reclamación como al pago cuidadoso y exacto de las primas. En la mayor parte de los casos el tomador y el asegurado o el beneficiario vienen a ser la misma persona.¹⁷

En esta medida el tomador se constituye en el sujeto contraparte de la compañía de seguros tanto en los seguros de daños como de personas, constituyéndose en la persona que, sin limitación alguna¹⁸, actúa por cuenta propia o ajena manifestando su voluntad de celebrar el contrato y de obligarse para con el asegurador. Lo anterior significa que dicha persona, como sujeto que celebra el contrato, debe cumplir con los requisitos de existencia y validez, que la relación contractual del seguro implique.

3.3. Terceros Interesados:

Los terceros interesados son los sujetos que, a pesar de no hacer parte de la manifestación de voluntad de adquirir derechos y contraer obligaciones en virtud de un determinado contrato de seguro, si adquieren dichos compromisos o derechos, o bien porque en el contrato de seguro se estipuló alguna obligación a su favor o porque legalmente se establece alguna carga en su contra,

¹⁷El legislador tuvo en cuenta esta situación, tal y como se evidencia en el artículo 1044 del Código de Comercio, según el 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 de aquél, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador.”*

¹⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Op. Cit. Pág. 108. Explica el citado autor: *“A diferencia del asegurador, el tomador no requiere ninguna cualificación especial: puede ser cualquier sujeto de derecho, persona natural o jurídica o inclusive un patrimonio autónomo...; en suma, cualquier sujeto de derechos puede realizar la traslación de los riesgos sea que graviten sobre su patrimonio o sobre el de un tercero.”*

constituyendo una violación al principio del efecto relativo de los contratos, o bien porque la especialidad de su labor hace posible finalmente la adecuada contratación de un contrato de seguro o también el adecuado establecimiento de las causas y de la cuantía de los siniestros.

En el primero de estos casos nos referimos al asegurado, beneficiarios o víctimas, toda vez que ellos derivan derechos y contraen deberes en ciertos casos, en virtud de un contrato en el cual no son partes, en los términos a los que anteriormente hemos hecho referencia. Será precisamente sobre estos sujetos a los cuales haremos alusión a continuación.

Por su parte el segundo de estos casos se refiere a los agentes de seguros, las agencias de seguro, los corredores de seguro, los reaseguradores, los ajustadores, los corredores de reaseguro, las compañías forenses de determinación de la causa y cuantía del siniestro, entre otras, las cuales es claro que no hacen parte del contrato de seguro, sino que por el contrario tienen otras relaciones contractuales con objetos diferentes pero que finalmente tienen participación directa o indirecta en la relación obligacional entre el asegurador y el tomador del seguro. Estos últimos sujetos no harán parte de la presente monografía ya que no es necesario tener claridad sobre dichos conceptos para el objeto principal de la misma.

3.3.1. El Asegurado

En primera instancia, en toda la legislación colombiana del contrato de seguro no se define que se entiende por asegurado, sin embargo es claro que, tal y como se dijo anteriormente, el asegurado puede o no coincidir con el tomador del contrato de seguro. Igualmente se presenta una diferenciación entre el asegurado en los seguros de daños y en los seguros de personas, y en esta

medida se realizará a continuación una escueta definición de ambas clases de seguros individuales.¹⁹

- **En los Seguros de Daños**

Los seguros de daños o de intereses son aquellos que recaen sobre un bien, bienes o patrimonios específicos, dentro de los cuales podemos distinguir los seguros reales y los seguros patrimoniales, atendiendo a los riesgos que bajo los mismos se aseguran, pues mientras que los riesgos reales originan pérdida o daño físico en los bienes concretamente considerados, los riesgos patrimoniales golpean el patrimonio económico de las personas, valga la redundancia.²⁰

Los riesgos reales son aquellos que afectan la integridad de las cosas corporales, sean muebles o inmuebles, o afectan los derechos radicados en ellas.²¹ Ejemplo de ello son: el incendio, el terremoto, la inundación, el hurto, entre otros. Dando lugar a seguros como el de todo riesgo daño material, el de automóviles, de sustracción, de rotura de maquinaria, etc.

Por su parte, los riesgos patrimoniales son aquellos que implican una pérdida económica y no propiamente física, la cual recae, como su nombre lo indica, en un patrimonio económico concreto.²² En este caso encontramos los riesgos de responsabilidad civil, el de lucro cesante, manejo y cumplimiento.

¹⁹ Para el autor Efrén OSSA existen múltiples clasificaciones del contrato de seguros, de las cuales, por sus definidas proyecciones, se destacan: I. Seguros Mutuos o a prima; II. Seguros Terrestres o Marítimos; III. Seguros Sociales o Individuales (Los cuales se dividen entre Seguros de daños y de personas); IV. Otras clasificaciones. OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Capítulo III Páginas 51-70.

²⁰ Para el tratadista Efrén OSSA el criterio que identifica los seguros de daños es el del daño patrimonial. OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 60.

²¹ En términos de Efrén OSSA, los seguros reales son aquellos que versan sobre cosas muebles o inmuebles, determinadas o determinables, amenazadas en su integridad física o en la integridad jurídica de los derechos radicados en ellas. OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 61.

²² En términos de Efrén OSSA, los seguros patrimoniales son aquellos que protegen la integridad de un patrimonio económico contra el detrimento eventual que pueda afectarlo desfavorablemente y que tanto puede originarse en una disminución del activo como en un aumento del pasivo. Igualmente expresa que si bien esta función también es cumplida por los seguros reales, ellos tienen un interés concreto, radicado en

El riesgo de responsabilidad civil es un ejemplo típico de riesgo patrimonial. La persona es civilmente responsable de los perjuicios que ocasione por sus delitos o por sus culpas. Esa responsabilidad constituye un riesgo en cuanto implica una posibilidad de pérdida económica y un detrimento patrimonial.

En esta medida en los seguros de daños es asegurado quien sea el titular del interés asegurable, es decir, aquel cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo.²³

En el seguro de responsabilidad civil, el asegurado será aquella persona natural o jurídica, que pueda incurrir por sus acciones u omisiones, en una eventual responsabilidad civil y que por tal vea afectado su patrimonio al tener que indemnizar a la víctima de sus actos. Sin embargo, este objetivo o finalidad de protección del patrimonio del asegurado se presentaba con anterioridad a la Ley 45 de 1990²⁴, donde se le negaba cualquier acción directa a la víctima en este tipo de seguros, sin embargo en la actualidad con la acción directa y las diversas interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia, se le confiere al seguro de responsabilidad civil la finalidad o función principal de resarcir a la víctima del hecho dañoso, función que se aúna a la de proteger, así sea indirectamente el patrimonio, dice la corte, del asegurado.²⁵

una cosa determinada y susceptible, por tanto, de “estimación previa” (art. 1087) coetánea a la celebración del contrato. OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 62.

²³ OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 9. En este sentido el artículo 1083 del Código de Comercio establece lo siguiente: “*Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo.*”

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

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 29 de junio de 2007. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. “*En armonía con el arraigado principio con sujeción al cual los contratos sólo producen efecto respecto de quienes los hayan celebrado y, por lo mismo, que sus alcances no pueden extenderse a terceros (res inter alios acta), el seguro de responsabilidad civil, con anterioridad a la vigencia de la ley 45 de 1990, tuvo como norte la protección del patrimonio del asegurado, de forma tal que su función, en esencia, era resarcir al patrimonio de éste, los valores o sumas que hubiese tenido que pagar a la víctima a título de indemnización de perjuicios y que, por consiguiente, aquél era la única persona llamada a hacerlo efectivo.” (Subrayas fuera del texto original).*

²⁵ PELÁEZ GARCÍA, Mateo. De los Sujetos Jurídicos Frente al Contrato de Seguro en el Derecho Colombiano. Monografía para optar al título de especialista en responsabilidad civil y seguros. Medellín,

- **En los Seguros de Personas**

Por su parte los seguros de personas son aquellos que recaen sobre la protección de la vida o la salud y que en general aseguran los riesgos personales, describiéndose los mismos como aquellos que amenazan la integridad física de las personas, o reducen su capacidad de trabajo.²⁶ La muerte natural o accidental, la enfermedad, la invalidez, la desmembración, la hospitalización, entre otros, son sus riesgos más representativos.

En esta medida los seguros de vida, salud, accidentes, entre otros harán parte de los seguros de personas.

Así, en los seguros de personas será asegurado aquel sujeto sobre cuya vida o integridad personal recaen los riesgos.²⁷

3.3.2. El Beneficiario:

Colombia. 2004. Pág. 17. *Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 10 de febrero de 2005.M.P.: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 29 de junio de 2007. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, entre otras.* Al propósito se ahondará más adelante en la presente monografía

²⁶ El profesor Efrén OSSA, cita la definición del tratadista argentino Isaac HALPERIN, la cual reza de la siguiente manera: “garantizan el pago de un capital o una renta cuando se produce un hecho que afecta la existencia, salud o vigor del asegurado; generalmente terminan en un pago en dinero, pero las prestaciones están subordinadas a hechos atinentes directamente a la persona del asegurado”. OSSA, EFREN J. *Teoría General del Seguro*. Op. Cit. Pág. 64.

²⁷ PELÁEZ GARCÍA, Mateo. *De los Sujetos Jurídicos Frente al Contrato de Seguro en el Derecho Colombiano*. Monografía para optar al título de especialista en responsabilidad civil y seguros. Medellín, Colombia. 2004. Pág. 22. En este sentido el artículo 1137 del Código de Comercio establece lo siguiente: “*Toda persona tiene interés asegurable: 1. En su propia vida; 2. En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos, y 3. En la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta.*”

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

En defecto del interés o de los consentimientos requeridos al tenor de los incisos que anteceden, o en caso de suscripción sobre la vida de un incapaz absoluto, el contrato no producirá efecto alguno y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas. Sólo podrá retener el importe de sus gastos, si ha actuado de buena fe.”

Es la persona o personas en cuyo provecho inmediato aparece estipulado el seguro. Esto es, la que ha de recibir su valor, total o parcialmente, en caso de siniestro y por lo cual es el sujeto que ha de recibir la prestación asegurada en estos casos.

En términos de Efrén OSSA el beneficiario siempre hará parte de un contrato de seguro, o bien porque se haga referencia expresa al él en la póliza, tal y como lo prescribe el artículo 1047 numeral tercero del Código de Comercio, o bien porque, a falta de esta referencia, el asegurado tendrá tal calidad de beneficiario.

Adicionalmente, dicho autor diferencia a los beneficiarios entre aquellos que son establecidos por disposición de la ley (Beneficiario legal)²⁸ y aquellos que son establecidos por voluntad de las partes (Beneficiario contractual)²⁹.

Por último, se diferencia entre los beneficiarios en los seguros de daños y en los seguros de personas, los cuales en el primero de los casos solo pueden ser beneficiarios a título oneroso dependiendo de cada una de las hipótesis que se puedan presentar en este tipo de seguros, y en el seguro de personas solo se pueden establecer beneficiarios a título gratuito, impidiendo la evidente problemática social que el hecho contrario implicaría.³⁰

²⁸ Los beneficiarios legales derivan de la ley su derecho al seguro y solo se presentan en los seguros de personas. OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 13.

²⁹ Por su parte los beneficiarios contractuales derivan sus derechos de estipulación expresa de la póliza, derivando el beneficiario sus derechos del contrato mismo entre las partes.

³⁰ El artículo 1141 del Código de Comercio prescribe lo siguiente: “Será beneficiario a título gratuito aquel cuya designación tiene por causa la mera liberalidad del tomador. En los demás casos, el beneficiario será a título oneroso. En defecto de estipulación en contrario, se presumirá que el beneficiario ha sido designado a título gratuito.” Para Efrén OSSA la ubicación de esta norma en el Código y las características de la misma obligan a darle una aplicación restrictiva a los seguros de personas, dando lugar a las conclusiones anteriormente expuestas. OSSA, EFREN J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 14.

4. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE SEGURO

Los elementos esenciales del contrato de seguro son los establecidos en el artículo 1045 del Código de Comercio colombiano, anteriormente citado, sin los cuales el contrato de seguro no producirá efecto alguno, es decir, dicha relación obligacional carecerá de consecuencias jurídicas sin necesidad de declaración judicial.³¹

En esta medida se procederá a presentar un escueto análisis de cada uno de estos elementos:

4.1. Interés Asegurable

Es la relación económica, amenazada por uno o varios riesgos, en la cual el asegurado tomador tiene una injerencia directa y real. En nuestro Estatuto Comercial se diferencia entre el interés asegurable en los seguros de daños y en los seguros de personas, en los artículos 1083 (seguros de daños) y 1137 (seguros de personas) anteriormente citados.

Tradicionalmente se ha dicho que el carácter de afectación patrimonial como requisito del interés asegurable solo es aplicable para los seguros de daños, y en esta medida siempre el asegurado será el titular del mismo, sin perjuicio de que, en los seguros de daños por cuenta ajena, también el tomador pueda ser

³¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Op. Cit. Pág. 77. Dicho autor cita explícitamente a la Comisión redactora del Código de Comercio, acta núm. 2 de abril 22 de 1969, según la cual: “cuando en el Código se expresa que “un acto no producirá efecto alguno”, se debe entender que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de determinación judicial”. Igualmente, el autor cita el artículo 897 del Código de Comercio según el cual: “*Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial.*”

titular de un interés asegurable que busque proteger a través del seguro, convirtiéndolo en términos de Efrén Ossa como un asegurado secundario.³²

Esta misma tendencia tradicional expresa que en los seguros de daños el no se presenta este carácter indemnizatorio³³, lo cual le negaría la posibilidad de proteger estos elementos de contenido patrimonial. Sin embargo, es claro que la causa de un seguro de vida siempre será el interés de proteger, desde el punto de vista económico, las consecuencias desfavorables de la muerte del asegurado,³⁴ aunque no siempre el titular del mencionado interés sea el asegurado, ya que el mismo también puede estar en cabeza del tomador, quien en ciertos casos (como en los seguros crediticios o en los seguros de vida sobre empresarios estrellas por parte de sus empleadores) podría sufrir un perjuicio patrimonial por la extinción de dicho interés pro ocurrencia del siniestro.³⁵

En este mismo sentido, la estimación pecuniaria del interés asegurable es uno de sus elementos especiales, sin desconocer claro está, que a pesar de que en principio la vida humana, o las incapacidades que se sufran, no se pueden valorar, o se tiene temor a ello, finalmente en la práctica la capacidad económica de la persona lo circunscribe.³⁶

³² OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Págs. 5-9.

³³ Por el contrario tal y como lo expresa el autor Andrés ORDOÑEZ ORDOÑEZ en su obra de “Lecciones de Derecho de Seguros. No. 2 Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato.” Universidad Externado de Colombia. Primera Ed. Noviembre de 2002. Pág. 75. “La teoría unitarista o unitaria del derecho de seguros ha buscado el acercamiento de las dos modalidades aseguraticias (seguro de daños y seguro de personas), pero no con la intención de negar el carácter indemnizatorio del seguro de daños, sino, por el contrario, con la intención de sostener que del mismo carácter participan en términos similares los seguros de personas.”

³⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Op. Cit. Pág. 79.

³⁵ El autor Mateo PELÁEZ GARCÍA en su tesis ya citada, en la página 23 menciona al respecto 3 conclusiones de las cuales destacamos las últimas dos:

“- En los seguros sobre la vida de un tercero si bien éste es el asegurado, el interés asegurable puede estar en cabeza del tomador y no necesariamente del asegurado;

- Así las cosas, se puede afirmar que en los seguros de personas no necesariamente el asegurado es el titular del interés asegurable; por el contrario, en los seguros de daños siempre el asegurado es el titular del interés asegurable, sin perjuicio de que el tomador también pueda tener un interés asegurable”.

³⁶ *Ibidem*. Pág. 79.

Adicionalmente, se debe anotar que en la medida en que el interés asegurable es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, el mismo debe estar presente durante toda la vigencia del mencionado contrato, por lo cual en caso de que aquel desaparezca, termina dicho contrato de seguro.³⁷

4.2. Riesgo Asegurable

En el mundo actual es innegable la gran cantidad de riesgos que pueden afectar nuestros negocios, nuestro patrimonio o nuestra integridad física y personal. Por lo anterior, existen múltiples clasificaciones de riesgos, teniendo en cuenta además que nos referimos a un concepto ambiguo que se puede entender de dos maneras según el Diccionario de la Real Lengua Española, a saber: como contingencia o proximidad de un daño. O también como cada una de las contingencias que pueden ser objeto de un contrato de seguro.

Generalmente en administración de riesgos se diferencia entre: Los riesgos financieros (son aquellos que se derivan del incremento no esperado en el monto de las obligaciones con clientes, proveedores, empleados y otros agentes externos a causa de las diferentes fluctuaciones que se pudieren presentar. En estos riesgos encontramos los riesgos de mercado, los riesgos de crédito, los riesgos de iliquidez o el incumplimiento de normativas financieras), los riesgos estratégicos (los cuales generan posibilidad de pérdida gracias a la imposibilidad de la compañía o de las personas para implementar apropiadamente los planes de negocio, las estrategias, las decisiones de mercado, la asignación de recursos y reflejan la incapacidad para adaptarse a los cambios en el entorno de negocios), los riesgos operativos (los cuales están relacionados con la dependencia de una organización a los procesos, las

³⁷ El artículo 1086 del Código de Comercio prescribe lo siguiente: “*El interés deberá existir en todo momento, desde la fecha en que el asegurador asuma el riesgo. La desaparición del interés llevará consigo la cesación o extinción del seguro, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1070, 1109 y 1111.*”

personas y los productos. Estos riesgos, que a menudo inciden sobre la efectividad, están relacionados con la contratación, deficiencia ó ruptura en los controles internos o procesos de control, los sistemas de control de procesos y calidad, la productividad, los fallos en la cadena de suministros y la ausencia de planes de contingencia.) y los riesgos puros (que son aquellos riesgos asociados con fallas tecnológicas, errores humanos, catástrofes naturales, que se reflejan en daños causados a las personas, los activos y consiguiente interrupción del negocio (lucro cesante), que podrían afectar negativamente al rendimiento de la empresa.)³⁸. Está última clase de riesgos es precisamente la que tradicionalmente puede ser transferida por el seguro, siendo solo una de las maneras en las que se pueden gestionar y administrar los riesgos.³⁹

Para nuestro Código de Comercio el riesgo asegurable es el segundo de los elementos esenciales del contrato de seguro, en los términos del artículo 1045 del mismo estatuto. Así el artículo 1054 de dicho Código prescribe lo siguiente: *“Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”*

³⁸ En materia de seguros este riesgo se puede contraponer al riesgo especulativo, que es aquel que implica unas consecuencias que pueden ser favorables o adversas, es decir que se tiene la posibilidad de pérdida o de ganancia, él cual la doctrina prohíbe como riesgo asegurable dando los argumentos por los cuales el contrato de seguro se diferencia del asar).

Para el autor Hernán LÓPEZ BLANCO, entre los dos fenómenos jurídicos hay una incuestionable semejanza: mientras que el seguro es por esencia indemnizatorio,..., el juego o apuesta se endereza, precisamente, a un enriquecimiento que obtiene el favorecido. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Op. Cit. Pág. 22.

³⁹ GIRALDO M, Ana Patricia. Presentación “Administración Empresarial de Riesgos NTC - 5254”. Medellín, Colombia. Septiembre de 2007.

Para finalizar este acápite podemos decir entonces que el riesgo es aquel hecho futuro⁴⁰, incierto, salvo la muerte, y físicamente posible que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado y beneficiario. En un comienzo dicha expresión tenía un significado restringido, ya que solo se aseguraban riesgos puros y particulares, es decir, aquellos que representaban una pérdida cierta y que afectaban un individuo o grupo de individuos. Igualmente siempre ha estado presente la barrera del orden público, impidiendo el aseguramiento de los riesgos que atentaban contra el orden público, la moral y las buenas costumbres, tal y como son el dolo, la culpa grave (salvo en los contratos de responsabilidad civil), las sanciones penales o policivas y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, salvo incumplimiento (seguro de cumplimiento) y suicidio.

4.3. La Prima

Es la retribución o precio del seguro, la contraprestación a cargo del tomador⁴¹ y a favor de la aseguradora como causa del contrato de seguro. En esta medida es la suma de dinero a favor del asegurador, como consecuencia de la transferencia del riesgo a su cargo, razón por la cual deberá estar incorporada a la póliza.⁴²

⁴⁰ Sin embargo, en los seguros marítimos, de manejo, riesgos financieros y de responsabilidad civil (contratado bajo sistema claims made o reclamación) se permite el aseguramiento de riesgos que, a pesar de haber ocurrido en la realidad, no son conocidos por el tomador asegurado, es decir; para estos casos es asegurable el riesgo putativo.

⁴¹ El artículo 1066 del Código de Comercio dispone lo siguiente: “*El tomador del seguro está obligado al pago de la prima. Salvo disposición legal o contractual en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de 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.*”

⁴² El artículo 1047 de nuestro Código de Comercio establece lo siguiente: “*La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato: (...)*

8) La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago; ...”

4.4. La obligación condicional del asegurador

Como su nombre lo indica es una obligación condicional, en la cual el asegurado paga una prima porque recibe la promesa de una indemnización, conforme a las condiciones del contrato, en caso en que se materialice el riesgo que ampara el seguro. Tal obligación está en cabeza del asegurador en el contrato de seguro y se refiere al carácter indemnizatorio, vigente mientras dure el contrato sobre el hecho que está amparado. Esta situación se debe ajustar cuando vía delimitación contractual del riesgo, el sistema de contratación de la póliza es diferente al sistema de la ocurrencia, como por el ejemplo cuando se contrata bajo el sistema de la reclamación o del descubrimiento.

Por último, es claro que esta obligación condicional es la que da al contrato de seguro el atributo de contrato aleatorio, tal y como se expresó y analizó en el Capítulo I numeral 2.5.

II. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Es importante iniciar definiendo que se entiende por responsabilidad; esta es la consecuencia jurídica en virtud de la cual quien causa un daño a otro mediante un hecho que le es atribuible jurídicamente, está obligado a indemnizar los perjuicios causados.

Tomando como punto de partida la anterior definición de responsabilidad, podemos entrar a considerar lo que nuestro código de Comercio entiende por seguro de Responsabilidad Civil, en su artículo 1127 *“El seguro de Responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima...”*. Con este seguro se logra un doble propósito: Proteger el patrimonio del asegurado (eventual responsable) y asegurar una indemnización efectiva para la víctima. Es un riesgo por esencia jurídico que presupone que existan todos los elementos de una responsabilidad civil.

El seguro de responsabilidad civil se deriva del desarrollo normal de las actividades y cubre las indemnizaciones que exija un tercero por los daños materiales o personales que ocasione el asegurado.

1. ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

En nuestro Ordenamiento Jurídico se entiende por obligación aquella forma jurídica en virtud de la cual una persona, llamada acreedor, tiene la facultad de exigirle a otra, llamada deudor, la realización de un determinado

comportamiento o actividad, y para cuyo cumplimiento se tendrá su patrimonio como prenda general. Se podrán entonces deducir dos elementos de toda obligación: el subjetivo conformado por el acreedor y el deudor, y el objetivo que se conforma por la prestación determinada por la obligación y la posibilidad de hacerla exigible.

De este marco general se puede extraer la estructura jurídica de toda obligación donde existe un sujeto activo, él cual tiene la facultad de exigir una determinada prestación a un sujeto pasivo obligado, con un determinado objeto consistente en la prestación o actividad que dicho sujeto ha de desplegar, y un vínculo jurídico entre ambos sujetos, por el cual el deudor queda ligado al acreedor y obligado a satisfacerle de manera oportuna la prestación.

En este mismo sentido y según el Art. 1494 del Código Civil Colombiano las fuentes de las obligaciones de nuestro ordenamiento jurídico son las siguientes:

- a.** El concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones.
- b.** Un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado.
- c.** A consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos.
- d.** O por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

Así las cosas, se puede decir que los literales (a) y (b) podrían derivar entonces en una Responsabilidad Civil Contractual, el literal (c) podría derivar en una Responsabilidad Civil Extracontractual en términos amplios, y el literal (d) podría derivar en una Responsabilidad Extracontractual por el hecho propio de los empleados de la empresa.

1.1. Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual

Como vimos anteriormente, la Responsabilidad Civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual quien causa un daño a otro mediante un comportamiento ilícito, está obligado a indemnizar los perjuicios causados con dicha actuación. En este sentido la doctrina ha sido clara al considerar como elementos esenciales de la responsabilidad **el hecho ilícito, el daño y el nexo causal**.

Según Javier Tamayo un hecho es ilícito cuando una persona con su acción o con su omisión realiza conductas que estén previamente prohibidas por el orden jurídico.⁴³ El daño en términos amplios será la afectación o desmedro de un derecho o de una situación favorable protegida por la ley.⁴⁴ Por último, el nexo causal será el vínculo entre la conducta ilícita, la afectación del derecho y una persona concreta.

Así, la Responsabilidad Civil puede ser tanto contractual como extracontractual. La primera de éstas es la consecuencia jurídica de la causación de un daño derivado del incumplimiento de un contrato, generando la obligación indemnizatoria. Así, la responsabilidad contractual surge del incumplimiento, ya sea total o parcial, o bien del cumplimiento defectuoso o tardío de una obligación anteriormente constituida. En la responsabilidad contractual se debe tener un claro vínculo entre las obligaciones derivadas del contrato y el hecho dañino,

⁴³ Véase: TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo I. Ed TEMIS. Bogotá 1999. Pág. 11.

⁴⁴ El Daño es la afectación negativa -desfavorable- a un interés protegido por el ordenamiento jurídico. En Colombia rige el principio de la reparación integral: se trata de indemnizar el daño, todo, pero nada más que el daño. Sin daño no hay responsabilidad civil. No todo daño causado por un sujeto a otro genera responsabilidad civil.

Clasificaciones que se relacionan:

A) Daños

Materiales –**afectación a cosas, animales-**

Corporales –**afectación a la integridad física, lesión o muerte-**

Inmateriales o puros –**sin ninguno de los dos anteriores-**

B) Que pueden dar origen a:

Perjuicios patrimoniales: **Lucro cesante, Daño emergente**

Perjuicios extrapatrimoniales: **Ej. Daño moral, perjuicio fisiológico, daño a la vida en relación, afectación a derechos de la personalidad.**

puesto que de lo contrario podríamos estar en la órbita de la responsabilidad extracontractual.

Las obligaciones que se derivan de los contratos pueden contener tres tipos de prestaciones que implican tres formas de actuar por parte de los contratantes; a saber: obligaciones de dar (la cual implica entregar una cosa Ej. una compraventa), de hacer (la cual implica la realización de una conducta activa, como la prestación de un determinado servicio Ej. Las obligaciones derivadas de un contrato de transporte) o de no hacer (la cual implica la realización de una conducta negativa por parte del deudores Ej. una obligación de no hacer competencia o no prestar un determinado servicio).

Además, las obligaciones pueden ser de medios o de resultados, dependiendo si consisten en poner los medios y diligencia necesaria para obtener el resultado buscado con la obligación, como en la prestación de los servicios jurídicos. O bien cuando las partes se obligan a la obtención del resultado mismo, como en la prestación del transportador en el contrato de transporte.

Las obligaciones de resultado pueden ser de dar, no hacer y algunas de hacer, puesto que las mismas implican la obligación de asegurar el resultado contratado. Por el contrario las obligaciones de medios solo pueden ser de hacer, puesto que en algunas de ellas la obligación puede solo consistir en la diligencia y cuidado debido para obtener dicho resultado y no el resultado como tal, como en un contrato de prestación de servicios médicos.

Es claro entonces, que la causa de este tipo de responsabilidad viene del incumplimiento parcial (entrega parcial de los bienes adquiridos en virtud de una compraventa) o total (no pago de los bienes comprados a un tercero), o del cumplimiento defectuoso (entrega de un bien con problemas de funcionamiento) o tardío (pago retrasado de los salarios de los empleados) de la obligación contractual.

Por el contrario, la Responsabilidad Civil Extracontractual será aquella consecuencia jurídica derivada de todo comportamiento o hecho ilícito que no implica el incumplimiento de un contrato o relación obligacional previa sino donde se viola una conducta impuesta por el respeto a derecho ajeno, el orden público y las buenas costumbres. El Código Civil en su artículo 2341 la define así: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido.”* En esta medida el vínculo obligacional en sentido estricto solo surge después de producido el evento indemnizable.

Asimismo, la responsabilidad civil extracontractual tiene varios tipos o clases:

- **Responsabilidad Civil por el hecho propio:** Según el artículo 2341 del Código Civil en su primer inciso esta clase responsabilidad consiste en que: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”* Asimismo el artículo 2349 del mismo Código expresa que: *“Los empleadores responderán del daño causado por sus trabajadores, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los trabajadores han comportado de un modo impropio, que los empleadores no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos trabajadores.”* Esta responsabilidad se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar –*culpa in vigilando, culpa in eligendo*-. Así, a partir de recientes desarrollos doctrinarios, la responsabilidad de una persona jurídica con relación a todos sus empleados en ejercicio de sus funciones será por el hecho propio de la empresa.

- **Responsabilidad Civil por el hecho ajeno:** Según el artículo 2347 del Código Civil *“Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.”*
- **Responsabilidad Civil por actividades peligrosas:** Esta responsabilidad se fundamenta en el artículo 2346 del Código Civil según el cual: *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego. 2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche. 3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.”*

Actualmente otras actividades como la conducción de vehículos, han sido incluidas dentro de las actividades peligrosas. De esta manera el que incurra en alguno de estos hechos deberá actuar con una mayor diligencia y cuidado debido, aumentando su responsabilidad.

- **Responsabilidad Civil por el hecho de las cosas:** Este tipo de responsabilidad es generada por el hecho de cosas que están en la órbita de garantía de ciertas personas. Bajo esta categoría están los accidentes causados por animales, bien sea domésticos⁴⁵ o fieros⁴⁶, o por cosa que cae o se arroja del edificio⁴⁷.

⁴⁵ Ver artículo 2353 del Código Civil

⁴⁶ Ver artículo 2354 del Código Civil

⁴⁷ Ver artículo 2355 del Código Civil

Por otra parte, para que un daño sea indemnizable es necesario que tenga las siguientes características:

- El daño debe ser **Cierto**, de esta manera encontramos al daño real, al daño hipotético, el daño futuro y a la pérdida de oportunidad.
- El daño además debe ser **personal**, bien por víctima directa o indirecta.; es decir, debe haber un sujeto pasivo de la acción ilícita.
- Y por último el daño debe afectar una **situación ilícita**. Lo que quiere decir que el daño no debe estar amparado por la ley, sino que debe ser prohibido por la misma.

Las clases de daños son:

- **Daños Materiales:** Donde está el daño emergente y el lucro cesante, definidos por el artículo 1614 Código Civil de la siguiente manera:
“Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.” Así como también estará el daño a Conjuntos, que implica daños materiales a comunidades.
- **Daños Corporales:** Donde se encuentran los de la víctima directa (Daño Emergente, Lucro Cesante, Daño moral, que implica los perjuicios morales o psicológicos de las personas víctimas del hecho ilícito, y Daño fisiológico, que implica daños en la fisiología corporal y en un adecuado funcionamiento del cuerpo) así como también los de la Víctima Indirecta (Daño emergente, Lucro Cesante y Daño moral).

- **Daños Inmateriales Puros:** Este daño recae sobre bienes inmateriales jurídicamente protegidos, como serían la propiedad industrial o los derechos de autor de una determinada patente.

También están las clases de perjuicios y su Indemnización como son:

- **Perjuicios Patrimoniales:** Por Daño Emergente y Lucro Cesante.
- **Perjuicios Extrapatrimoniales:** Por Daño Moral, Daño Fisiológico, Daño a la Vida de Relación y Daños Puros.

2. CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD

La configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil es un tema que ha generado grandes controversias doctrinales en la medida en que la definición de dicho momento determina desde cuando se hace exigible la obligación del asegurador y por tal desde cuando el beneficiario puede hacer la misma efectiva. El problema nace entonces desde el momento en que se dio cabida a la acción directa por parte de la víctima contra el asegurador y desde que legalmente se establecieron diferentes modalidades de contratación del seguro por intermedio de tres modalidades básicas de delimitación contractual del riesgo, las cuales serán estudiadas en el siguiente acápite.

En este orden de ideas surgió la necesidad de tener parámetros claros para determinar de una manera indudable cuando se entendía ocurrido el hecho externo imputado al asegurado, y que por tal hacia exigible la obligación

condicional del asegurador, y en esa medida mirar si a partir de la modalidad contratada, dicho siniestro estaba cubierto y bajo cual vigencia de la póliza lo estaba. Dicha necesidad no fue adecuadamente cubierta por la ley, la cual dejó varias normas retrogradadas e inconsistentes con el régimen general, las que han impedido un apropiado tratamiento del tema.

Así las cosas, procederemos a dar un concepto general de las diversas teorías del momento en que se entiende configurado el siniestro, para dar una noción general de la acción directa, terminando por explicar las diferentes modalidades de contratación de este tipo de seguros.

2.1. Hecho Dañoso

Esta teoría sostiene que el siniestro se produce en el momento en que se realiza el hecho dañoso, lo anterior se evidencia en el artículo 1131 de nuestro Código de Comercio, el cual dispone lo siguiente:

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

En este mismo sentido se pronuncia el autor Camilo VITERBO, quien además le hace una precisión a la tesis anterior, la cual consiste en que el siniestro acaece desde el momento en que se configura en los hechos la relación de responsabilidad, lo anterior en palabras suyas no es más que “..,siniestro, es decir condición para que aparezca la obligación del asegurador frente al

asegurado, es el surgir de la responsabilidad del asegurado frente al tercero, como consecuencia inmediata del suceso dañoso que lesiona a este último”.⁴⁸

Lo anteriormente señalado adquiere importancia para explicar por qué en los casos en los cuales los daños derivados de un hecho no se evidencian inmediatamente sino con el transcurso de tiempo, caso en el cual solamente se podrá decir que se dio el siniestro en el momento en que los daños se manifestaron efectivamente, ya que “solamente entonces este elemento de la responsabilidad, el daño, puede considerarse existente y, por lo mismo, configurada aquella”.⁴⁹

Esta tesis parece ser la más cercana a la realidad, dado que es la ocurrencia física del daño la que hace surgir la responsabilidad, la cual tiene como consecuencia una afectación patrimonial en el asegurado.⁵⁰

2.2. Reclamo de la víctima

Esta teoría se basa fundamentalmente en el hecho según el cual el seguro de responsabilidad civil pretende cubrir todo tipo de ataques por parte de un tercero en contra del asegurado mismo, ataques que pueden tener la connotación de judiciales o extrajudiciales.⁵¹

Esta tesis es conveniente para explicar el por qué de la obligación del asegurador de pagar los costos de defensa del asegurado, aun en caso de que el asegurado sea declarado inocente, o se considere excluída su responsabilidad al término del proceso. Permite también que pueda

⁴⁸ VITERVO, Camilo. *El Seguro de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, Editorial De Palma, 1944, p. 122. Citado por Andrés E. Ordoñez Ordoñez.

⁴⁹ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. *El Contrato De Seguro, ley 389 de 1997 y otros estudios*, Bogotá, Editorial Universidad Externado De Colombia, 1998, p. 88.

⁵⁰ Tanto en Argentina como en España existen exponentes defensores de la anterior postura, ejemplo del primero de ellos es el profesor Stiglitz y del segundo el artículo 73 de la ley española del contrato de seguros, donde coincide el siniestro con el nacimiento a cargo de asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños ocasionados.

⁵¹ Tesis acogida por VIVANTE, pero para este autor el ataque contra el asegurado, o reclamación deberá ser siempre judicial para que pueda entenderse configurado el siniestro.

considerarse la posibilidad de que en este tipo de seguros exista siniestro sin responsabilidad y responsabilidad sin siniestro.⁵²

Es importante señalar que sobre esta teoría hay varias críticas, entre las que es preciso destacar aquella que determina que la deuda de responsabilidad pesa sobre el patrimonio que es objeto del seguro sin necesidad de que exista reclamación por parte de la víctima del hecho dañoso.

2.3. Liquidación del daño

Esta tesis sostiene que el siniestro solamente puede entenderse configurado en el momento en que exista una deuda de responsabilidad y esta se ha hecho liquidada, es decir, que se ha convertido en una suma determinada de dinero. Así las cosas, se hace necesaria la existencia de un proceso de liquidación que normalmente debe ser judicial, sin descartar la posibilidad de que se trate de una transacción entre las partes, una peritación o un reconocimiento unilateral de la indemnización, casos en los cuales se entenderá configurado el siniestro.

2.4. Pago

Esta tesis sostiene que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil solamente se configura en el momento en que se paga la indemnización a la víctima.

En este orden de ideas esta posición haría reducir el seguro de responsabilidad civil a un seguro de reembolso, lo que implicaría a su vez el riesgo de atar a la insolvencia del asegurado el nacimiento de su crédito frente al asegurador.

⁵² ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. Op. Cit. Pág. 89. En este sentido se pronuncia Horacio ROITMAN en su libro *El Seguro de Responsabilidad Civil*, quien sostiene al inclinarse por la teoría de la reclamación que no puede olvidarse que las leyes del seguro prohíben el pago al tercero, medie o no requerimiento, sin el consentimiento del asegurador y tampoco transacción y en consecuencia, no existiendo reclamación aunque haya responsabilidad no habría siniestro. Por otro lado, y en el mismo sentido la legislación francesa en su artículo 1241 del Código de Seguros se refiere a la tesis de la reclamación con estas palabras “en los seguros de responsabilidad civil, el asegurador no se obliga sino en la medida en que posteriormente al hecho dañoso previsto en el contrato, el tercero formula un reclamo amistoso o judicial contra el asegurado”.

2.5. Hecho complejo

Esta tesis determina que la realización del siniestro en el seguro de responsabilidad civil es un hecho complejo, que se inicia desde la ocurrencia del hecho dañoso hasta que se verifica el pago a las víctimas.⁵³

La Doctora María de los Ángeles Calzada Conde, autora citada por Andrés Ordoñez, se expresa en los siguientes términos criticando los intentos de determinar el siniestro en el seguro de responsabilidad civil con el reclamo de la víctima, por oposición a quienes lo identifican con el hecho dañoso: "...hecho causal y reclamación no son riesgos distintos sino momentos de realización de un mismo y único riesgo, el de la responsabilidad civil. El eventual responsable no está expuesto a un riesgo de hechos causales o a un riesgo de reclamaciones. Está expuesto siempre a un mismo riesgo, sin duda complejo, cual es el de tener que sacrificar su patrimonio para hacer frente a las reclamaciones de terceros basadas en su presunta responsabilidad por los daños derivados de acciones u omisiones en que haya podido incurrir frente a aquél...".⁵⁴

En igual sentido, y adhiriéndose un poco a esta tesis en el ámbito de la responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos, se encuentra el autor Javier Tamayo Jaramillo quien expresa: "... Por lo tanto, podemos afirmar que en los seguros de responsabilidad civil por productos defectuosos, el siniestro consiste en el hecho complejo de fabricar un producto defectuoso que causa un daño a un tercero".⁵⁵ Respecto de lo anteriormente señalado cabe resaltar que el mismo propone que dicho hecho complejo inicia mucho antes de la ocurrencia del daño, planteamiento que no parece alejarse de la teoría del

⁵³ En este sentido, GARRIGUES en su obra *Contrato de Seguro Terrestre*, se expresa de la siguiente manera: "en suma, el siniestro en este seguro está integrado por varias fases que se extienden desde el hecho dañoso hasta la declaración judicial o el reconocimiento privado de responsabilidad, ya que solo hay verdadero siniestro cuando se afirma la obligación de reponer el daño". Autor citado por ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. Op. Cit. Pág. 91.

⁵⁴ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. Op. Cit. Pág.92.

⁵⁵ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. Op. Cit. Pág.93.

hecho dañoso, dado que el mismo tratadista Tamayo Jaramillo reconoce que “el hecho condicionador que da origen al siniestro no puede ser otro que la ocurrencia del daño”. Particularmente en el tema de la responsabilidad de los productos defectuosos el defecto se concreta mucho antes de evidenciarse el daño, esto último se da la mayoría de las veces en un momento posterior, es decir cuando se le causa un daño al consumidor. Sobre este punto es importante remitirnos a lo señalado por VITERVO, quien decía que “solo cuando el daño se produce y no precisamente cuando el hecho generador del daño ocurre, se puede hablar de siniestro de responsabilidad civil.” Así las cosas, bajo este ámbito particular como lo es la responsabilidad civil por productos defectuosos, parece claro que solamente cuando hay daño puede hablarse de dicha responsabilidad, dado que es este un elemento necesario para que opere el fenómeno de la responsabilidad civil.

2.6. Apreciaciones Finales

Después de haber señalado cuales son las principales teorías sobre la configuración del siniestro en el contrato de seguro de responsabilidad civil, observamos que las más acogidas son las que determinan que el siniestro se configura con el acaecimiento del hecho dañoso y la que plantea que el siniestro se configura con la reclamación que hace la víctima, las demás teorías parecen configurarse como tesis aisladas, tal es el caso de las tesis relativas a la liquidación del crédito de responsabilidad y al pago, dado que estas identifican la ocurrencia del siniestro con un lapso de tiempo, la mayoría de las veces indefinido, que depende de muchos factores externos a las partes intervinientes en el contrato de seguro, y que no hacen referencia directamente al vínculo contractual o extracontractual propio de este tipo de relaciones. Estas dos últimas teorías dan lugar entonces a los siguientes interrogantes: ¿En qué quedaría el siniestro si el juicio termina con sentencia absolutoria del asegurado? ¿Con qué fundamento el asegurado podría reclamar de su asegurador el reintegro de los gastos procesales en que incurrió para su

defensa? Y en esta medida ¿Con qué soporte fáctico si ellos presuponen la existencia del seguro y la ocurrencia del siniestro?. “Ni desde el punto de vista teórico, si se tiene en cuenta el concepto mismo de responsabilidad civil y su nacimiento en el mismo momento en que se reúnen los elementos que la integran, ni desde el punto de vista de la conveniencia, resultan aceptables estas posiciones”.⁵⁶

Por su parte, y sin dejar de lado el análisis de la teoría del hecho complejo, se dirá nuevamente que esta no presenta para nosotros una diferencia sustancial con la teoría del hecho dañoso, dado que si se acepta que el siniestro se inicia con el hecho que causa el daño, ello implica que en términos del contrato de seguro ya deba estar cubierto dicho hecho, y las consecuencias propias que dicho cubrimiento conlleva.

Así las cosas, la tesis que a nuestro modo de ver pareciera ser la más acertada es la del hecho dañoso, como aquel momento en el cual se encuentra configurado el siniestro, dado que es en este momento en el que se genera el debito de responsabilidad.⁵⁷

La realización del hecho dañoso no implica en todos los casos el pago de una indemnización a la víctima, dado que puede no haber reclamación de esta frente al asegurado, o que habiéndola resultare siendo ineficaz, pero estas circunstancias no implican que se traslade el momento de configuración del siniestro a otro momento que no fuese el hecho dañoso.

Siendo así, es importante resaltar, en primer lugar, que resulta trascendental diseñar mecanismos que permitan dar avance con problemas como los de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, es decir, la

⁵⁶ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. Op. Cit. Pág.96.

⁵⁷ La responsabilidad civil es el riesgo asegurado, como lo es el incendio en los seguros de incendio o la sustracción en los seguros de sustracción y dado que no es ni la reclamación de la víctima, ni la sentencia del juez, dado que ésta es meramente declarativa, ni el reconocimiento del asegurado lo que configura este fenómeno, parece evidente que es el hecho generador del daño y la verificación de ese, esto es, el hecho dañoso como tal, el que configura el siniestro. ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. Op. Cit. Pág.97.

posibilidad que prescriba antes la acción del asegurado frente a su asegurador que la de la víctima frente a éste; y en segundo lugar, el problema de que el asegurador permanezca durante mucho tiempo en incertidumbre sobre las sumas de dinero que tendrá que pagar a la víctima, derivado ello de su condición de asegurador.⁵⁸ Estos problemas se derivan del hecho según el cual entre la realización del siniestro y el pago de la deuda, es decir de la indemnización a la víctima, puede transcurrir mucho tiempo. Toda esta problemática será tratada en los capítulos subsiguientes.

Para la legislación colombiana el siniestro es la realización del riesgo, según el artículo 1072 del Código de Comercio. En este sentido y luego de la reforma que a este texto introdujo al ley 45 de 1990, el objeto del seguro de responsabilidad civil es el de “indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual en tal virtud se constituye en beneficiaria de la indemnización...”.⁵⁹ Si miramos detenidamente la anterior definición, nos podemos dar cuenta de que se hizo mayor hincapié en el perjuicio sufrido por la víctima que en el perjuicio patrimonial que sufre el asegurado, a quien en últimas se le afectaría su patrimonio.

El artículo 1131 del Código de Comercio señala que el siniestro se entiende ocurrido en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, “en esta medida nuestro código diferencia en el caso del seguro de responsabilidad civil, la ocurrencia del siniestro del momento de la exigibilidad

⁵⁸ Esto genera dificultades adicionales para el asegurador, algunas de ellas son: dificultad en la evaluación y control de las reservas técnicas, prolongación indefinida de las constitución de dichas reservas, mantenimiento de contratos en estado de suspensión, dado que los daños se evidencian con mucha posterioridad a las conductas imputables al asegurado y porque los plazos de prescripción de las acciones de las víctimas frente a los asegurados son demasiado largos.

⁵⁹ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. Op. Cit. Pág.100.

de la obligación del asegurador, momentos que en los demás ramos del seguro, se suceden al mismo tiempo”.⁶⁰

Particularmente en el caso del seguro de responsabilidad civil la exigibilidad se produce en el momento en que la víctima haya formulado una reclamación, bien sea judicial o extrajudicial, al asegurado. Lo anterior nos lleva a determinar que el término de prescripción de la acción contra el asegurador no comienza a correr sino desde el momento en que se da dicha reclamación, y no desde el momento del acaecimiento del siniestro.⁶¹ Lo anterior porque el Código de Comercio en el caso del seguro de responsabilidad civil, varió la condición de cuya realización dependería la exigibilidad de la obligación del asegurador, en la medida en que no será el acaecimiento del siniestro el momento a tenerse en cuenta para iniciar el término de prescripción sino, que este comenzará a contarse desde un evento posterior, sea este el reclamo judicial o extrajudicial de la víctima.⁶²

El hecho que da base a la acción no es otro que aquel al que está supeditado la exigibilidad de la obligación respectiva. Que en general, respecto de la acción del asegurado o beneficiario para hacer efectiva la prestación asegurada es el siniestro. Solo que en los seguros de responsabilidad civil, según lo ya anotado, definido como el hecho externo imputado al asegurado, “la responsabilidad del asegurador... solo podrá hacerse efectiva cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización”, según el ya citado artículo 1131 del Código de Comercio. Lo que permite afirmar sin lugar a dudas, que en este momento no antes ni después la obligación del

⁶⁰ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. Op. Cit. Pág.102.

⁶¹ Esto según la regla consagrada en el inciso segundo del artículo 2535 del Código Civil, que señala claramente que los términos de prescripción extintiva no pueden comenzar a contarse sino a partir del momento de la exigibilidad de los derechos personales u obligaciones

⁶² En este sentido, somos partidarios del planteamiento del autor Andrés E. ORDOÑEZ, quien señala que “esta fórmula, concilia las discrepancias existentes entre los partidarios de la tesis del hecho dañoso y los de la reclamación como concreciones del riesgo asegurado, para efectos de prevenir, sin eliminar completamente, el peligro de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros antes que el asegurado esté en condiciones de reclamar al asegurador”.

asegurador se hace exigible y por tanto habida cuenta de la naturaleza patrimonial del derecho respectivo, la reclamación del damnificado es “el hecho que da base a la acción” del asegurado.⁶³

Así pues, la Reclamación misma no es el siniestro, que la ley supone ya acontecido, pero si la condición adicional que por ministerio de aquella desencadena en la operancia efectiva del seguro de responsabilidad civil. No es pues, el siniestro en esta clase de seguros el que da lugar a la acción del asegurado, no lo es como lo sostuvo la corte en la sentencia del 4 de julio de 1977 “el hecho que da base a la acción”, ésta surge solo porque el mandato legal es inequívoco, es decir; con la demanda judicial o extrajudicial del damnificado o sus causahabientes.⁶⁴

En esta medida consideramos que tanto la teoría del hecho dañoso como la de la reclamación tienen cierta cabida en dicha relación obligacional (pero no como determinantes de la ocurrencia del siniestro), toda vez que cada una de ellas se refiere a momentos fácticos distintos, ya que la teoría del hecho dañoso se refiere al momento en que surge el derecho para la víctima, el cual tiene como fuente la Ley, y en esta medida el siniestro no puede ser otro que el hecho externo imputable al asegurado, tal y como extensamente lo hemos propuesto. Por su parte la teoría de la reclamación hace referencia al momento en que nace la acción o que la misma se hace exigible, en virtud del contrato de seguro, toda vez que la acción del asegurado solo puede hacerse efectiva una vez le

⁶³ OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. OP. Cit. Pág. 542

⁶⁴ Sobre el particular existe una tesis según la cual el derecho nace con la demanda judicial o extrajudicial del damnificado: es claro que el derecho del damnificado nace desde la ocurrencia del siniestro causado por el asegurado, sin embargo la prescripción que corre a favor del asegurado y en contra del asegurador solo empezará a correr desde la mencionada demanda. La razón principal es que ambas situaciones se derivan de diferentes hechos (el daño por un lado y por el otro el contrato de seguros), tienen distinta naturaleza (responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual) y tienen un marco conceptual distinto (Derecho civil delictual y contrato de seguro de responsabilidad civil). Esta teoría se basa previamente en la delimitación del significado de siniestro, para posteriormente fundamentarse en la teoría del reclamo, estableciendo entonces una clara diferenciación entre siniestro y reclamo, siendo este último una condición adicional para la exigibilidad del derecho frente al asegurador, y por tal determinando el inicio del término de prescripción.

realicen la reclamación judicial o extrajudicial, y solo en este momento, en estricto sentido, podría hacer valer sus derechos frente a la compañía de seguros, ya que solo en ese momento, verbigracia, se hace exigible dicho derecho.⁶⁵

Es innegable pues, que en los seguros de responsabilidad civil el uso del término siniestro adquiere otras dimensiones, ya que hace referencia a dos momentos distintos que tienen por igual la facultad de hacer nacer o hacer exigible una determinada obligación. En este orden de ideas, las responsabilidades que implican este tipo de seguros son diversas; una será la responsabilidad civil extracontractual del asegurado, y otra será la responsabilidad contractual del asegurador, y por tal ambas se encuentran en marcos teóricos diferentes que impiden un igual tratamiento utilizando una misma institución, como lo es el siniestro.⁶⁶

Finalmente, es importante de nuevo resaltar que si bien el reclamo formal del damnificado no es el siniestro, desde nuestro punto de vista, si constituye la condición subordinante de la obligación del asegurador para este tipo de seguros. Por el contrario, en las demás clases de seguros la obligación condicional del asegurador, una vez ocurre el siniestro, se convierte en una obligación pura y simple.

⁶⁵ A nuestro parecer es ilógico que si el asegurado conoce la ocurrencia de los hechos, los puede demostrar y cuenta con una estimación razonable de la cuantía del daño, no pueda hacer valer sus derechos frente al asegurador, porque aun no existe reclamación formal de la víctima. En esta medida es importante tener en cuenta que la totalidad de las condiciones generales de las pólizas para este tipo de seguros, adicional al hecho de ser una obligación legal, le exigen al asegurado dar aviso del siniestro en un determinado tiempo (3 días según el artículo 1075 del Código de Comercio) y en esa medida no parece lógico que la compañía de seguros pueda desestimar las pretensiones del asegurado si dicho sujeto está precisamente cumpliendo con una obligación a su cargo.

⁶⁶ Para el autor Efrén OSSA “El derecho del damnificado contra el responsable nace al momento de producirse el daño, de ahí la concepción del siniestro en esta clase de seguros, como el hecho externo imputado al asegurado. Es la realización del riesgo asegurado. No así del asegurado responsable contra el asegurador, que dimana de distinta fuente, es de distinta naturaleza y funciona dentro de distinto marco conceptual.... No es extraño entonces que los dos derechos no queden, al mismo tiempo, incorporados a cada uno de los patrimonios de su respectivo acreedor.” OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 545.

En este orden de ideas, la reclamación se convierte en el elemento condicionante de la exigibilidad de la obligación frente al asegurador, es decir, depende de la solicitud judicial o extrajudicial del tercero damnificado para que el asegurado pueda hacer exigible su derecho a ser indemnizado en virtud del contrato de seguro frente al asegurador, y es a partir de dicho momento en que se irrumpe el término de prescripción.⁶⁷

3. LA ACCIÓN DIRECTA

Es la acción por medio de la cual la víctima se encuentra facultada para demandar el pago de la indemnización por parte del asegurador de los perjuicios sufridos como consecuencia de la actuación del asegurado.

Para explicar esta acción se han expuesto diferentes fundamentos. El primer fundamento consiste en que dicha acción se justifica en la estipulación que hacen asegurado y asegurador a favor de un tercero, que sería la víctima.⁶⁸ Un segundo fundamento se encontró en la acción oblicua de inspiración francesa, la cual permite al acreedor (víctima) dirigirse contra el deudor (aseguradora) de su deudor (asegurado).⁶⁹ Por último, encontramos un tercer fundamento según el cual fue la Ley quien creó esta acción como protección a las víctimas de cierto tipo de daños.

⁶⁷ OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 545.

⁶⁸ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Op. Cit. Pág. 334. Según el autor este fundamento es plenamente criticable toda vez que la acción directa nacería del contrato de seguros y el derecho de la víctima estaría delimitado por el mismo.

⁶⁹ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Op. Cit. Pág. 334. Sin embargo en estricto sentido lo que busca la acción oblicua no es la indemnización directa de los perjuicios, sino que al patrimonio de mi deudor entre determinado bien, y en esta medida mi prenda general se incrementaría, presentado importantes diferencias con el objetivo de la acción directa.

Para nuestra Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil es innegable que la relación externa entre asegurador y víctima, tiene como fuente de derecho la Ley, pero las estipulaciones de las partes delimitan el derecho de dicha víctima, toda vez que: "... aunque el derecho que extiende al perjudicado los efectos del contrato brota de la propia ley, lo cierto es que aquél no podrá pretender cosa distinta de la que eficazmente delimite el objeto negocial, por lo menos en su relación directa con el asegurador, que como tal está sujeta a ciertas limitaciones."⁷⁰

En Colombia no existe aún una regulación exhaustiva sobre el tema en particular, lo que se manifiesta en que no existan mecanismos eficaces por medio de los cuales se garantice el conocimiento por parte de terceros acerca de la existencia de pólizas de seguros que cubran los perjuicios causados por sus victimarios y la disponibilidad de las mismas frente al ejercicio de la acción, también existe ambigüedad con relación a la definición de los sujetos pasivos de las mismas, y con ello la problemática referente a quien se encuentra legitimado por pasiva, y por último una ausencia respecto del tema de la oponibilidad de las excepciones a esta acción por parte del asegurador.

Respecto de la víctima el término de prescripción para el ejercicio de dicha acción directa empezará a correr desde el momento en que se presenta el hecho dañoso, es este el riesgo cubierto por el contrato de seguro de responsabilidad. Lo anterior implica, que necesariamente la prescripción de la acción de la víctima contra el asegurador se va a producir antes que la prescripción de la acción del asegurado, ya que como vimos ésta solo empieza a correr desde la reclamación de la víctima, toda vez que solo a partir de este momento su derecho a ser indemnizado se vuelve exigible.

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 10 de febrero de 2005.M.P.: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR.

Se trata pues de una acción derivada del contrato de seguro y por ello resulta siendo una acción de naturaleza contractual, pero no una acción de responsabilidad civil contractual o extracontractual como la que la víctima pudiera adelantar contra el autor del daño.

La acción directa en cabeza de la víctima le permite a esta perseguir la indemnización por el daño sufrido directamente del asegurador. Esta acción le ha dado un nuevo giro al contrato de seguro de responsabilidad civil, dado que hace pensar que lo prevalente en el mismo es el derecho de la víctima a ser indemnizada, efecto importante, pero que no puede opacar el hecho de que la erogación del asegurador en este caso va hacer desaparecer la deuda en el patrimonio del asegurado. En esta medida, si bien es importante dotar a la víctima de un recurso procesal que le permita perseguir de manera directa al asegurador, este no puede ser el objetivo fundamental de este tipo de contrato, por ello no compartimos lo que dispone nuestro código; *“indemnizar los perjuicios patrimoniales de la víctima”*, dado que el hecho dañoso puede generar perjuicios que no tengan el carácter de patrimoniales, los cuales sin lugar a equívocos deberán ser resarcidos por parte del autor del daño, y en esta medida el seguro deberá también cubrirlos.

Resulta claro pues que la ley colombiana incurrió en un equívoco al pensar que con la inclusión de la acción directa se desvirtuaba completamente el esquema del contrato de seguro de responsabilidad civil, como si este no tuviese relación directa con el patrimonio del asegurado, además del hecho según el cual calificó a la víctima del contrato de seguro como beneficiaria del mismo, privando con ello al asegurado de cualquier derecho emanado del contrato, cuando a todas luces es claro que el asegurado tiene derecho a reclamar la indemnización mientras la víctima no lo haya hecho, bien sea cuando lo hubiesen demandado directamente o cuando se le hubiese reconocido el daño sufrido vía transacción, reconocimiento voluntario o sentencia judicial que vincule de manera exclusiva al asegurado.

4. DELIMITACIÓN CONTRACTUAL DEL RIESGO

El objetivo de este tipo de estipulaciones contractuales es la delimitación a través del tiempo del riesgo transferido por el asegurado a la compañía aseguradora, y en esta medida, a contrario sensu, es el sistema que utiliza el asegurador para delimitar el riesgo desde el punto de vista temporal, y de esa manera determinan que se considera siniestro y responden a la pregunta de qué póliza y vigencia tiene que afectarse con lo que se reclama.

En el presente acápite procederemos a explicar los 3 sistemas básicos de delimitación temporal del riesgo, adicional a una cuarta forma introducida recientemente a nuestro ordenamiento jurídico por el legislador. En este orden de ideas comenzaremos por el sistema de la ocurrencia, seguiremos con el sistema del descubrimiento, pasaremos al sistema de la reclamación para finalmente describir a grandes rasgos el sistema especial.

La finalidad de estos sistemas de contratación es la determinación de la incertidumbre que afectó o afectará al riesgo. En esta medida el artículo 1045 del Código de Comercio, que define lo que se entiende por riesgo, establece que esta incertidumbre puede ser objetiva o subjetiva, excluyendo esta última modalidad. Sin embargo desarrollos legales posteriores y algunas normas específicas, como en el caso del transporte marítimo, han permitido ciertas excepciones a esta afirmación, dentro de las cuales están precisamente algunos de estos sistemas de contratación.

En la versión original del nuestro Código de Comercio, incluso luego de la reforma de la Ley 45 de 1990, se consideró tradicionalmente que el siniestro era el hecho dañoso. Sin embargo, en aquel entonces se dieron varios desarrollos

doctrinales, como el Encuentro Nacional de ACOLDESE de 1980, en el cual se buscaba precisar los conceptos para efectos de los términos de prescripción.

Así, el antiguo artículo 1131 del Código de Comercio⁷¹ establecía en principio la modalidad de la ocurrencia. Pero al someter la responsabilidad del asegurado a la reclamación del tercero, se generó la confusión para determinar desde cuando debían correr los términos de prescripción. Confusión que fue ampliada y difundida por la Corte Suprema de Justicia y la sentencia del 4 de julio de 1997, donde olvidó aplicar el citado artículo y utilizó erróneamente el artículo 1081, trayendo como consecuencia que dichos términos empezaran a correr desde el siniestro y en esta medida los derechos del asegurado podrían prescribir antes que los de la víctima.

Posteriormente con el surgimiento de la acción directa la modalidad de contratación de la póliza continúa siendo la ocurrencia, razón por la cual la prescripción de dicha acción directa comenzaba efectivamente desde el siniestro, pero la prescripción del asegurado frente al asegurador comenzaría a correr con la reclamación.

Seguidamente la Ley 389 de 1997, en su artículo 4, introdujo dos nuevos sistemas de contratación para los seguros de responsabilidad civil. Dicho artículo establece lo siguiente:

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

⁷¹ Dicho artículo prescribía lo siguiente: “Se entenderá ocurrido el siniestro desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado. Pero la responsabilidad del asegurador, si es que surge del respectivo contrato de seguro, solo podrá hacerse efectiva cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización”.

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

Parágrafo. *El Gobierno Nacional, por razones de interés general, podrá extender lo dispuesto en el presente artículo a otros ramos de seguros que así lo ameriten.”*

Así, en el primer inciso encontramos el sistema del descubrimiento para las pólizas de IRF y de manejo. Es de anotar que la Ley 35 de 1993 en su artículo 23⁷² ya había autorizado esta modalidad de contratación para los seguros de infidelidad y riesgos financieros

Igualmente se establece el sistema de la reclamación (o claims made) para los seguros de responsabilidad. Finalmente se establece en el segundo inciso el sistema que hemos llamado especial y que se refiere a aquellos hechos que acontezcan durante la vigencia del seguro, y sean reclamados por el damnificado en los 2 años posteriores.

4.1. Sistema de la Ocurrencia

Es el sistema implementado en la mayoría de contratos de seguro. De acuerdo a este sistema el asegurado solo estará protegido siempre y cuando los hechos constitutivos del siniestro hubiesen ocurrido durante la vigencia de la póliza. En esta medida la aseguradora indemnizará todos los siniestros que ocurran durante la vigencia del respectivo contrato de seguro.

⁷² Dicho artículo prescribe lo siguiente: “*Riesgos de la actividad financiera. En los seguros que tengan por objeto el amparo de los riesgos propios de la actividad financiera, se podrán asegurar, mediante convenio expreso, los hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por tomador y asegurador.*”

Esta modalidad tiene la enorme ventaja de que el riesgo asegurado coincide con el hecho generador de responsabilidad.⁷³

Sin embargo, presenta grandes problemas generados principalmente por el riesgo asegurado, es decir; el patrimonio del asegurado y los derechos de las víctimas en los seguros de responsabilidad, a saber:

- En primera instancia la única manera de garantizar una adecuada protección es que el asegurado haya contratado desde el comienzo de su actividad una cobertura de seguros, ya que no es posible pactar cláusulas de retroactividad.
- Se presentan dificultades para determinar el momento en el que ocurrieron los hechos que constituyen la materialización del riesgo asegurado.
- Se presentan claramente desactualizaciones, tanto del valor asegurado por la póliza por los grandes períodos de prescripción (5 o 10 años), como de las coberturas otorgadas para dicho seguro en esa época por algún cambio de régimen. Un ejemplo de esto sería un accidente del que uno es responsable y que causa una incapacidad total permanente a una persona en el año 1990, vigencia para la cual tenía contratado una póliza de responsabilidad civil extracontractual por \$100 millones. Dicho valor asegurado no cubriría una indemnización de este tipo actualmente, además, dicha póliza no tenía cubiertos los gastos médicos y en esa medida no estarían incluidos en la indemnización del asegurador.
- Siempre existe el riesgo que la compañía aseguradora o reaseguradora desaparezca o desmejore, perjudicando mi prenda en caso de materializarse el siniestro.

⁷³ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El seguro de responsabilidad. Op. Cit. Pág. 236.

- Ahora bien y por parte del asegurador, es claro que esta modalidad implica que dicha compañía quede ligada al seguro durante mucho tiempo, situación que aumenta la necesidad de reservas y que impide la adecuada medición de los resultados del ejercicio. Igualmente, se pueden presentar desfases entre el contrato de seguro y el contrato de reaseguros, teniendo el asegurador que retener parte del riesgo.

4.2. Sistema del Descubrimiento

El sistema del descubrimiento es aquel en el que el siniestro puede o no haber ocurrido durante de la vigencia del seguro. En esta medida, tal y como lo mencionamos anteriormente, dicho sistema constituye una excepción a lo establecido en el artículo 1054 del Código de Comercio ya que se asegura la incertidumbre subjetiva del asegurado frente a la ocurrencia del siniestro. Sin embargo, es claro que dicha contratación requiere expresa autorización legal, la cual se encuentra en la Ley 35 de 1993 y la Ley 389 de 1997 anteriormente citadas.

En esta medida, contrario a lo que sucede bajo el sistema de la ocurrencia, la póliza que indemniza el siniestro es la vigente al momento en el que se descubre la ocurrencia del riesgo asegurado y no cuando el mismo acontece.

Tradicionalmente esta modalidad de contratación ha sido utilizada en los seguros marítimos, los seguros de infidelidad y riesgos financieros, y en los seguros de manejo.

4.3. Sistema de la Reclamación (Claims Made)

Bajo este sistema de delimitación contractual del riesgo, el asegurado estará protegido respecto a las reclamaciones que se presenten durante la vigencia de

la póliza, incluso si se refieren a hechos ocurridos con anterioridad. En esta medida este sistema de contratación también se convierte en una excepción a la regla general de no aseguramiento de incertidumbres subjetivas, y es por ello que también requerirá expresa autorización legal (Ley 389 de 1997),

Bajo esta modalidad la póliza que indemniza el siniestro es la vigente al momento en que se formula por primera vez una reclamación del asegurado al asegurador, o de la víctima la compañía de seguros en virtud de la acción directa.

Tradicionalmente este sistema de contratación es utilizado en los seguros de responsabilidad civil general, profesional, de directores y administradores, y por errores y omisiones.

Es precisamente en este tipo de seguros contratados bajo la modalidad del descubrimiento, donde se presenta más arduamente la discusión teórica acerca de la ocurrencia del siniestro, analizada en el acápite anterior. En esta medida se encuentra plenamente discutido que el siniestro bajo dichas teorías puede ser la ocurrencia del hecho, la reclamación de la víctima, la sentencia judicial o el pago.

Sin embargo, lo que queremos ratificar es que desde nuestro punto de vista el siniestro siempre será el hecho externo imputable al asegurado, y en esta medida el hecho de que el artículo 1131 del Código de Comercio entienda que frente al asegurado *“En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro...cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.”* No significa que el siniestro sea la reclamación, sino que solo a partir de esta se entenderá ocurrido dicho siniestro. Es decir, la norma diferencia estos momentos puesto que solo cuando se formula la reclamación se hace exigible el derecho del asegurado frente al asegurador, ya que antes de dicho momento no

hay un desmedro patrimonial del asegurado lo que implica que el riesgo no se ha materializado aún, por lo cual el hecho generador de responsabilidad seguirá siendo el siniestro y será cubierto bajo la póliza en la cual se formuló dicha reclamación, que será solo el momento en que se entendió ocurrido el siniestro, y no que es el siniestro propiamente tal.

Esta reclamación del damnificado puede consistir en cualquier documento escrito, judicial o extrajudicial que reciba el asegurador, en el cual se exija el pago del siniestro.

En este sistema de contratación adquiere vital importancia el período de retroactividad, ya que por medio de él se determinará el tiempo durante el cual pudiesen haber acontecido hechos cubiertos bajo la póliza. En esta medida dicho período tiene como objetivo fijar una fecha mínima de ocurrencia del siniestro.

Así las cosas, si la fecha de retroactividad es ilimitada o no se menciona nada al respecto en la póliza, se entenderá que se cubren todos los daños reclamados en la vigencia sin importar su ocurrencia. Si por el contrario la fecha de retroactividad es desde el inicio de la vigencia, no hay fecha de retroactividad y por tal la compañía de seguros solo cubrirá los siniestros reclamados y ocurridos bajo la vigencia de la póliza, situación que afecta gravemente los derechos del asegurado y que en términos llanos significa una importante retención del riesgo por responsabilidad civil para dicho asegurado.

Como ventajas de este sistema de contratación se observan las siguientes:

- Cuando medien renovaciones sucesivas, no se presentarían vacíos de cobertura.⁷⁴ Sin embargo, es claro que una nueva compañía de seguros en todo caso podría no otorgar período de retroactividad y en esa medida solo estarían cubiertos los siniestros reclamados y ocurridos durante la vigencia.
- Al contrario de lo que sucede en el sistema de la ocurrencia, en este sistema los límites asegurados y las condiciones del seguro, siempre se mantendrán actualizadas. En este mismo orden de ideas las contrataciones más modernas de seguros permiten cambios en la legislación, la jurisprudencia o la doctrina, los cuales pueden mejorar la cobertura del asegurado.
- Se presenta mayor facilidad de ubicación y determinación del siniestro.
- Permite una adecuada selección y control del asegurador y reasegurador
- Asimismo, por parte de las compañías de seguros permite una mayor compatibilidad entre el contrato de seguro y de reaseguro, ya que en gran medida se evitarán siniestro muy viejos que impiden un adecuado control de sus riesgos.

Por su parte, encontramos los siguientes problemas en este sistema de contratación:

- La cobertura dependerá finalmente de la actuación de la víctima del daño o de sus causahabientes, y no de la mera voluntad del asegurado.
- La compañía de seguros puede decidir revocar o no renovar el seguro y en esa medida dejar desprotegido al asegurado para ciertas reclamaciones o siniestros. Tradicionalmente en este punto se ha pactado

⁷⁴ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Op. Cit. Pág. 237.

un período de extensión de cobertura opcional (Unilateral o Bilateral), El cual puede ser unilateral que se presenta en aquellos casos donde si la aseguradora revoca o no renueva el seguro, el asegurado podrá obligarlo a darle cobertura adicional por un determinado período, con una prima prefijada, en el cual la compañía de seguros cubrirá todas esas reclamaciones hechas durante ese período de extensión. Por su parte la revocación bilateral funciona cuando la aseguradora revoca o no renueva o cuando el asegurado termina el contrato o no lo renueva, y en esta medida ambos podrán hacer uso del derecho.

- El derecho del beneficiario frente a la aseguradora depende de que el asegurado mantenga la póliza vigente, limitando claramente el ejercicio de la acción directa.
- Puede haber cambios por parte del asegurador o reaseguradores que lleguen a modificar la fecha de retroactividad. Facilitando igualmente abusos por parte de las compañías de seguros.
- Se puede cambiar de ocurrencia a reclamación pero no viceversa, pues se generaría un limbo en la cobertura.
- Facilita reticencias e inexactitudes por parte del tomador o del asegurado.

Ahora bien para legitimar el contenido de estas cláusulas se ha tratado de dar una nueva perspectiva a la idea de que el siniestro en los seguros de responsabilidad está constituido por la reclamación de la víctima y no por el hecho dañoso, lo que anteriormente solo encontraba justificación en el hecho según el cual la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro no podría comenzar a contarse sino desde el momento en que el asegurado recibía una reclamación de la víctima. Lo anterior implica que el seguro de responsabilidad civil puede estar dirigido a cubrir reclamaciones de terceros por responsabilidad civil y no la responsabilidad civil en sí misma.⁷⁵

⁷⁵ Andrés E, ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ. Op. Cit. Pág.99.

Sin embargo, a nuestro parecer, esta nueva modalidad no justifica la modificación del concepto de siniestro, tal y como lo hemos expresado en varias ocasiones, toda vez que debe continuar siendo el hecho externo imputable al asegurado, sin importar que dicha póliza solo cubra aquellos siniestros que sean reclamados durante la vigencia de la misma. En esta medida el hecho de que solo se cubran aquellos riesgos reclamados durante la vigencia de la póliza no determina el acaecimiento de un hecho fáctico de la realidad, como si lo es el hecho dañoso generador de responsabilidad. De acuerdo a esta postura entonces ¿será que el siniestro en los seguros cuyo sistema de contratación sea el descubrimiento, se modificará en estos mismos términos y se constituirá finalmente en el descubrimiento del asegurado de la ocurrencia de los hechos? Nos parece pues que esta interpretación no es adecuada y antes que aclarar las cosas lo que hace es complicar más el asunto y justificar nuevas creaciones legales para suplir las necesidades interpretativas que el sistema en su conjunto por sí mismo podría solucionar.

3.4. Sistema de Contratación Especial:

Este sistema de contratación se refiere a aquellos hechos ocurridos durante la vigencia del seguro, siempre y cuando la reclamación se surta dentro del período pactado, el cual, según el segundo inciso del artículo 4 de la Ley 389 de 1997 anteriormente citado, no podrá ser inferior a dos años. Esta medida en dicho sistema es una especie de híbrido entre la ocurrencia y el descubrimiento, toda vez que en estricto sentido están cubiertos los siniestros ocurridos durante la vigencia y que sean reclamados en un período no inferior a dos años.

Este sistema de contratación es muy problemático toda vez que el asegurado solo puede hacer valer sus derechos si la víctima reclama durante un período de tiempo determinado. En esta medida lo que la Ley permitió con esta modalidad fue la reducción de los términos de prescripción de las acciones del asegurado

frente a la compañía de seguros, así como también de la víctima frente al asegurado, ya que si la compañía de seguros ya no es responsable por haber transcurrido este tiempo, razonablemente no pagará dicha indemnización. Así, lo que se permitió fue que se le diera un límite de tiempo determinado a las reclamaciones de los damnificados para que se pudiera entender como ocurrido el siniestro, en los términos del artículo 1131 del Código de Comercio.

III LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA O LIBERATORIA

1. RÉGIMEN GENERAL DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

La prescripción es una forma de extinción del nexo derecho - obligación, por lo cual busca permitir sacar el mayor provecho a todos los bienes y lograr así un adecuado desarrollo de todas las actividades comerciales en un ordenamiento determinado.

Es claro que el término obligación tiene indiscutiblemente un carácter temporal, ya que todas las situaciones de ventaja singulares deben ser aptas para terminarse, teniendo en cuenta también que la gravosidad para su deudor, genera que el derecho reproche las obligaciones irredimibles. La prescripción entonces se constituye en uno de los modos más importantes y utilizados de extinguir obligaciones⁷⁶ no ejercidas por sus acreedores dándole al ordenamiento jurídico seguridad, dinamismo y desarrollo continuo. Históricamente el fundamento o justificación social y jurídica de la prescripción ha traspasado el simple interés de las partes en conflicto, que son las que en estricto sentido ven reconocidos o desconocidos sus derechos por el ordenamiento jurídico mediante la declaración de prescripción.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil se expresa acerca de la mencionada institución en la sentencia del 29 de junio de 2007 de la

⁷⁶ El artículo 1625 de nuestro Código Civil expresa lo siguiente: “*Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.*”

Las obligaciones se extinguen además en todo o parte: 1. Por la solución o pago efectivo; 2. Por la novación; 3. Por la transacción; 4. Por la remisión; 5. Por la compensación; 6. Por la confusión; 7. Por la pérdida de la cosa que se debe; 8. Por la declaración de nulidad o por la rescisión; 9. Por el evento de la condición resolutoria; y 10. Por la prescripción.

De la transacción y la prescripción se tratará al fin de este libro; de la condición resolutoria se ha tratado en el título De las obligaciones condicionales.”(Subrayas fuera del texto).

siguiente manera: *“La prescripción, en sentido amplio -adquisitiva y extintiva-, desde sus albores, se justificó en la inexorable necesidad de conjurar la perpetuidad de ciertas situaciones especiales, provocadas por el implacable transcurso del tiempo, aunada a la inactividad de los titulares de derechos y acciones, que ocasionaba a otros perjuicio e indiscutida incertidumbre... .De otro lado, se hacía imperativo impedir que las relaciones jurídicas personales se tornaran indefinidas, por cuanto ello implicaba que las acciones derivadas de las mismas pudieran ejercerse en cualquier momento, con prescindencia del tiempo transcurrido, posibilidad que, sin duda, lesionaba los derechos de la persona en contra de quien se dirigieran las mismas, en particular el de defensa.”*

En este orden de ideas en el presente capítulo se estudiarán los elementos universales de la prescripción, con el fin de establecer un marco teórico general sobre la presente institución, haciendo un análisis más profundo de la prescripción extintiva en el contrato de seguro, el cual nos permita encarar el objeto final de esta monografía, como lo es la prescripción liberatoria en el contrato de seguro de responsabilidad, con todos los elementos necesarios para ello, logrando así un adecuado tratamiento y desarrollo final del tema.

1.1. Prescripción en materia Civil

Según el artículo 2512 del Código Civil Colombiano: *“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción.”*

Este artículo nos habla de 2 clases de prescripción, mediante las cuales se pueden adquirir cosas ajenas (adquisitiva) o extinguir las acciones y derechos

(extintiva), sin embargo en términos generales podemos identificar ciertos principios básicos de la prescripción, a saber:

- Universalidad: Toda vez que la prescripción puede obrar en pro o en contra de todas las personas naturales o jurídicas.⁷⁷ Sin embargo, el numeral 4 del artículo 408 del Código de Procedimiento Civil prescribe claramente como la declaración de pertenencia no procede respecto de bienes imprescriptibles⁷⁸ o de propiedad de las entidades de derecho público. En esta medida los bienes fiscales y los de uso público no son susceptibles de adquirirse por prescripción, constituyéndose en una excepción al principio de la universalidad.
- Carácter de Orden público: Dicho carácter se evidencia en cuanto los términos establecidos por la ley para adquirir un derecho o extinguir una acción son inmodificables, lo que significa que dichos plazos no son supletivos, y en esa medida no están sometidos a la autonomía de la voluntad de las partes involucradas.⁷⁹
- Renunciabilidad⁸⁰: la prescripción no puede ser renunciada precisamente por su carácter de orden público. Sin embargo, la misma puede ser renunciada, bien expresa (cuando el poseedor manifiesta mediante un acto explícito su renuncia⁸¹) o tácitamente (cuando de determinadas

⁷⁷ El artículo 2517 del Código Civil expresa lo siguiente: “*Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra de la Nación, del territorio, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo.*”

⁷⁸ Según el artículo 2519 del Código Civil, “Los bienes de uso público no se prescriben en ningún caso.”

⁷⁹ LATORRE U, Luis F. Prescripción adquisitiva de la propiedad inmueble. Imprenta del Departamento. República de Colombia. 1908. Pág. 16. Para dicho autor la justificación del carácter de orden público de la prescripción es que en ella, están vinculados, el mantenimiento, progreso y seguridad de la riqueza social.

⁸⁰ El artículo 15 del Código Civil establece lo siguiente: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia.”

⁸¹ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Octava Edición actualizada. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 2000. Pág. 315

actitudes del poseedor se deduce dicha renuncia⁸²), una vez cumplido el plazo establecido para que dicha institución produzca sus efectos.⁸³ Al respecto habría que diferenciar entre el derecho adquirido y la mera expectativa, toda vez que si bien la prescripción tiene que ser alegada en juicio para constituirse en un derecho adquirido, solo cuando se cumplen las condiciones legales para su constitución, desaparecen las razones para impedir su renunciabilidad, y en esa medida la mera voluntad del que prescribe es necesaria para su constitución.⁸⁴

- Alegada en juicio: bien sea por acción de declaración de pertenencia o como demanda de reconvención. Adicionalmente, a partir de lo establecido en el artículo 2 de la ley 791 de 2002, la prescripción puede alegarse igualmente por vía de excepción.

1.1.1. Prescripción Adquisitiva o Usucapión

En un comienzo en el derecho romano se distinguía entre la usucapión y la prescripción. La usucapión tiene sus orígenes en la Ley de las XII tablas donde tenía por objeto: 1. Dar la propiedad *quiritaria* al que había recibido una cosa *mancipi* por tradición, que era un modo adquisitivo del Derecho de Gentes, y no por la mancipación u otros del Derecho Civil, y 2. Conferir la misma propiedad al que no tenía la cosa sino *in bonis* por no habérsela transferido el verdadero dueño.⁸⁵

⁸² VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. Pág. 316

⁸³ El artículo 2517 del Código Civil expresa lo siguiente: “La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida.

Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazos.”

⁸⁴ LATORRE U, Luis F. Op. Cit. Pág. 18.

⁸⁵ LATORRE U, Luis F. Op. Cit. Pág. 14

Esta clase de prescripción se presenta cuando un sujeto que posea un bien ajeno según las condiciones y términos establecidos por la ley, obtenga para sí un derecho real sobre dicho bien⁸⁶. Este tipo de prescripción se aplica en la adquisición de derechos reales⁸⁷, en los cuales no esté expresamente exceptuado este modo de extinción de obligaciones, (el de propiedad, servidumbre⁸⁸, herencia, prenda, hipoteca, usufructo⁸⁹, uso o habitación⁹⁰). En este orden de ideas para adquirir el derecho real de dominio es necesaria la posesión del bien que se pretende adquirir.

Como características esenciales de este tipo de prescripción en su modalidad de adquirir derechos reales encontramos que: es un modo originario, toda vez que el prescribiente no adquiere el derecho real de dominio por la manifestación de la voluntad de su titular anterior, sino que es precisamente por la inactividad de este último que se adquiere el dominio. Es un modo de adquirir a título singular, toda vez que solo se adquirirán cosas determinadas, con excepción a lo que se presenta con relación al derecho real de herencia.⁹¹ Es un modo por acto entre vivos, ya que no implica la muerte de un sujeto para que surja el derecho. Y por último es a título gratuito, ya que no requiere de ninguna contraprestación para que se formalice o presente su constitución.

⁸⁶ El artículo 2518 del Código Civil expresa lo siguiente: “*Se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales. Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.*”

⁸⁷ Según al artículo 2533 del Código Civil: “*Los derechos reales se adquieren por prescripción de la misma manera que el dominio, y están sujetos a las mismas reglas, salvo las excepciones siguientes:*

1ª. El derecho de herencia se adquiere por la prescripción extraordinaria de diez (10) años.

2ª. El derecho de servidumbre se adquiere según el artículo 939.”

⁸⁸ El artículo 939 del Código Civil expresa lo siguiente: “*Las servidumbres discontinuas de todas clases y las continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título; ni aún el goce inmemorial bastará para constituir las.*

Las servidumbres continuas y aparentes pueden constituirse por título o por prescripción de diez años, contados como para la adquisición del dominio de fundos.”

⁸⁹ El numeral cuarto del artículo 825 del Código Civil prescribe lo siguiente: “*4. Se puede también adquirir un usufructo por prescripción.*”

⁹⁰ El artículo 871 del Código Civil expresa lo siguiente: “*Los derechos de uso y habitación se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo.*”

⁹¹ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. Pág. 320.

Es necesario entonces hacer una pequeña referencia a la posesión, ya que dicho elemento se constituye en una condición sine qua non para este tipo de prescripción.

La posesión según el artículo 762 de nuestro Código Civil es: *“...la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.*

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.”

La posesión puede ser regular o irregular⁹², constituyéndose en elementos esenciales para diferenciar entre prescripción ordinaria o extraordinaria según veremos a continuación.

- **Prescripción Adquisitiva Ordinaria**

La prescripción ordinaria es aquella que para su constitución, además de los requisitos generales para adquirir un derecho real por prescripción, requiere de justo título⁹³ y buena fe⁹⁴, que son aquellos elementos característicos de la posesión regular. En síntesis, tres condiciones se necesitan para la prescripción ordinaria⁹⁵: posesión regular, no interrupción⁹⁶ y lapso.⁹⁷

⁹² El artículo 764 del Código Civil expresa lo siguiente: *“La posesión puede ser regular o irregular. Se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se puede ser, por consiguiente, poseedor regular y poseedor de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular. Si el título es traslativo de dominio, es también necesaria la tradición. La posesión de una cosa, a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título.”*

⁹³ Ver artículos 765 y 766 del Código Civil.

⁹⁴ Ver artículo 768 del Código Civil.

⁹⁵ El artículo 2528 del Código Civil expresa lo siguiente: *“Para ganar la prescripción ordinaria se necesita posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren.”*

Según el artículo 2529, modificado por el artículo 4 de la ley 791 de 2002: *“El tiempo necesario a la prescripción ordinaria es de tres (3) años para los muebles y de cinco (5) años para bienes raíces.*

Cada dos días se cuentan entre ausentes por uno solo para el cómputo de los años.

Se entienden presentes para los efectos de la prescripción, los que viven en el territorio, y ausentes los que residan en país extranjero.”

- **Prescripción Adquisitiva Extraordinaria**

La prescripción extraordinaria es aquella que se configura por la falta de cualquiera de los elementos necesarios para la configuración de la prescripción adquisitiva ordinaria, es decir; cuando faltan o justo título o buena fe para la posesión regular. Además se debe regir por las reglas expresadas en el artículo 2531 del Código Civil, artículo según el cual: *“El dominio de cosas comerciales, que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria, bajo las reglas que van a expresarse:*

- 1. Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno.*
- 2. Se presume en ella de derecho la buena fe sin embargo de la falta de un título adquisitivo de dominio.*
- 3. Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1. Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos diez (10) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción. Y 2. Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo”.*

⁹⁶ El artículo 2522 del Código Civil expresa lo siguiente: *“Posesión no interrumpida es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil.”* Para analizar la interrupción natural ver el artículo 2523 del Código Civil. Para la interrupción civil ver artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.

⁹⁷ LATORRE U, Luis F. Op. Cit. Pág. 30.

Se establece entonces un lapso de 10 años necesario para adquirir por prescripción extraordinaria, la cual a su vez corre contra toda persona.

Esta situación se ve explicitada en el artículo 770 del Código Civil donde si falta uno de los elementos de la posesión regular se presenta la posesión irregular que conduce a la adquisición del derecho por prescripción adquisitiva extraordinaria. Hay ausencia de justo título cuando se falsea la voluntad de los contratantes o se confiere por una persona en calidad de mandatario o representante de otra, sin serlo, o cuando padece de nulidad⁹⁸. Por el contrario, la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo vicio⁹⁹. Además, el artículo 2532, modificado por el artículo 6 de la ley 791 de 2002, establece que: *“El lapso de tiempo necesario para adquirir por esta especie de prescripción, es de diez (10) años contra toda persona y...”*

1.1.2. Prescripción Extintiva o Liberatoria¹⁰⁰

La prescripción extintiva o también llamada liberatoria es aquella que extingue los derechos o las acciones de un determinado sujeto, al no ser ejercidos por su titular en los términos y según las condiciones establecidas por la ley. La prescripción extintiva tiene su campo de aplicación en las obligaciones y acciones en general, por lo cual no es necesaria la posesión para que se presente dicho fenómeno, sino que es la inactividad o pasividad del titular del derecho de crédito u obligación lo que extingue la acción para reclamar determinado derecho. De esta situación se concluye que en la prescripción

⁹⁸ Ver artículo 766 del Código Civil.

⁹⁹ Ver artículo 768 del Código Civil.

¹⁰⁰ En este acápite, y teniendo en cuenta los alcances planteados para el presente trabajo de grado, hacemos referencia a la división general entre prescripción ordinaria y extraordinaria para el contrato de seguro, dejando de lado la clasificación del régimen general entre la prescripción extintiva ordinaria decenal y las prescripciones extintivas especiales o de corto plazo.

extintiva no se adquiere ningún derecho, sino que es la consecuencia de la pérdida del derecho por el deudor, y esta medida es la institución que a nuestro parecer se ajusta más adecuadamente a las necesidades del contrato de seguro, tal y como será ampliado más adelante.¹⁰¹

1.2. Prescripción Extintiva en la Responsabilidad Civil

Creemos pertinente evidenciar la indudable importancia de la prescripción en el campo de la responsabilidad (tanto contractual como extracontractual) toda vez que siempre será primordial saber si una acción está o no prescrita por haber transcurrido un período de tiempo determinado, lo cual finalmente determinaría que dicha obligación pasara de ser una obligación civil para convertirse en una simple obligación natural.¹⁰² Igualmente es claro que los derechos derivados de la responsabilidad civil tienen un contenido patrimonial, y en esa medida también pueden extinguirse por prescripción (extintiva).

En el ámbito de la responsabilidad contractual, el artículo 2535 del Código Civil establece que el término de prescripción se cuenta desde el momento en que la obligación se haya hecho exigible. Esta situación es plenamente determinable, en los eventos de ejecución tardía de la obligación o el incumplimiento total de

¹⁰¹ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Op. Cit. Pág. 312.

¹⁰² Para nuestro Código Civil en su artículo 1527: “*Las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.*”

Tales son:

1. *Las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como la mujer casada en los casos en que le es necesaria la autorización del marido, y los menores adultos no habilitados de edad.*
2. *Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción.*
3. *Las que proceden de actos a que faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles; como la de pagar un legado, impuesto por testamento, que no se ha otorgado en la forma debida.*
4. *Las que no han sido reconocidas en juicio, por falta de prueba. Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro clases de obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes.”*

la misma. Sin embargo, se presentan casos problemáticos en los que la ejecución defectuosa de la obligación deriva en un daño diferente, como una lesión corporal, toda vez que puede existir un período de tiempo entre el hecho y el daño, situación similar a la que se puede presentar en aquellos casos de responsabilidad civil extracontractual.¹⁰³

Por su parte, en la responsabilidad extracontractual, el artículo 2358¹⁰⁴ del Código Civil, utiliza la expresión “*perpetración*” del acto.¹⁰⁵ Esta haría referencia a la consumación del daño, toda vez que es solo en el momento en que se presenta el hecho, el daño y el nexo causal cuando podemos hablar del nacimiento de la obligación de responsabilidad, por lo que será dicho momento en el que empezarán a correr los términos de prescripción. Por su parte y tal como lo mencionamos en el capítulo anterior, para casos como el de la responsabilidad civil por productos defectuosos, en los que el daño se puede manifestar en un tiempo posterior, el término de prescripción solo correrá desde dicho momento, es decir, desde el surgimiento del daño.

Por otro lado, la prescripción puede ser sujeto de una interrupción, la cual en los términos del artículo 2539 del Código Civil, puede ser natural o civil, dependiendo si la obligación fue reconocida expresa o tácitamente por su deudor o si se presenta demanda judicial sobre dichos hechos.¹⁰⁶

¹⁰³ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Op. Cit. Pág. 125.

¹⁰⁴ Dicho artículo prescribe lo siguiente: “*Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal. Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto.*”

¹⁰⁵ Para el autor DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, a pesar de que dicho artículo hace referencia explícita solo a los casos de la responsabilidad indirecta o por el hecho de otro, pero habría que entenderla aplicable a los demás tipos de responsabilidad extracontractual. DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Op. Cit. Pág. 126.

¹⁰⁶ El artículo 2539 del Código Civil establece lo siguiente: “*La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.*”

Para finalizar con el presente acápite es importante señalar los plazos de prescripción para los casos de responsabilidad civil contractual y extracontractual. En primera instancia para ambas situaciones es aplicable la prescripción general de 10 años prevista en el artículo 2536 del Código Civil.¹⁰⁷ Sin embargo, se presentan plazos especiales de prescripción para ciertos contratos, como en el contrato de transporte que es de 2 años. Así como también existen casos especiales para la responsabilidad civil extracontractual, a saber, entre otros:¹⁰⁸

- Responsabilidad por el hecho ajeno: 3 años.¹⁰⁹
- Responsabilidad por daños a aeronaves a la superficie: 2 años.¹¹⁰
- Responsabilidad Civil por delitos: se deben tener en cuenta los términos de la acción penal.¹¹¹
- Acción de Grupo: caduca en 2 años.¹¹²

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524.” La interrupción civil está regulada por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la demanda interrumpe civilmente la prescripción, toda vez que se cumplan los demás requisitos de admisión de la misma. En este punto hay que tener en cuenta el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial establecido por la Ley 640 de 2001, ya que el artículo 21 de la misma estableció que la presentación de la solicitud de conciliación para el cumplimiento de este requisito, suspende el término de prescripción en las condiciones establecidas en dicha norma.

¹⁰⁷ Según este artículo, que fue modificado por la Ley 791 de 2002 en su artículo octavo: “La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término.”

¹⁰⁸ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Op. Cit. Pág. 127.

¹⁰⁹ Ver artículo 2358 del Código Civil.

¹¹⁰ Ver artículo 1838 del Código de Comercio.

¹¹¹ Ver. Artículo 98 del Código Penal.

¹¹² Ver Artículo 47 de la Ley 472 de 1998.

- Acción de repetición por la responsabilidad civil de los servidores públicos: caduca en 2 años.¹¹³

1.3. Prescripción Extintiva en materia Comercial

El Código de Comercio, al contrario de lo que sucede con el Código Civil, establece términos de prescripción particulares que regulan diferentes materias de acuerdo a las necesidades especiales para cada tipo de relación obligacional a regir. En esta medida encontramos la prescripción de las acciones derivadas del contrato social (art. 256), la prescripción de la acción cambiaria (art. 730), la prescripción de las acciones derivadas del contrato de transporte (art. 993), entre otras. Dentro de estas prescripciones especiales encontramos el artículo 1081, según el cual:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”

En esta medida en el citado artículo se establece la prescripción en el contrato de seguro, norma que también tiene en cuenta las necesidades y condiciones particulares de dicho tipo de relación contractual. Así, en la medida en que los contratantes son partes desiguales, debido a la posición económica y contractual más fuerte del asegurador en contraposición a la posición

¹¹³ Ver Artículo 11 de la Ley 678 de 2001. A nuestro entender es claro que la prescripción no es lo mismo que la caducidad, sino que por el contrario sus diferencias son medianamente claras y complejas, las cuales a su vez no se solucionan con la simple afirmación según la cual los derechos prescriben y las acciones caducan. En este orden de ideas el legislador colombiano no ha dado claridad sobre el tema, toda vez que existen múltiples situaciones en las que se prescriben acciones y se caducan derechos. En esta medida lo que queremos evidenciar es un período de tiempo en el cual la inactividad del acreedor genera la extinción de la acción, en estricto sentido, pero que también lleva involucrada la extinción de derechos.

contractual, y la mayoría de las veces económica, más débil del asegurado, beneficiario (en el cual se puede incluir al damnificado) o tomador, es necesario establecer reglas claras de protección a los derechos de estos últimos sujetos para que la compañía de seguros no pueda librarse de la obligación principal del contrato de seguro en caso de un siniestro, como lo es el pago de la indemnización.

Así las cosas, por una parte se busca proteger los derechos de los asegurados, beneficiarios o tomadores del contrato de seguro, por lo cual se establece que la prescripción ordinaria de dos años solo empieza a correr desde que se haya tenido conocimiento o se haya debido conocer el hecho que genera la acción, además, que dicha acción se suspenda con relación a los incapaces. Por otra parte, se está protegiendo el patrimonio y los estados financieros del asegurador puesto que se establece un término final de responsabilidad que impide una indefinición de sus posibles débitos, razón por lo cual la prescripción extraordinaria de 5 años se inicia desde cuando nace el derecho del asegurado o beneficiario y no se admite la suspensión de dicha prescripción.

2. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA EN EL CONTRATO DE SEGURO

El derogado Código de Comercio Terrestre (Adoptado por la Ley 57 de 1887), disponía en su artículo 692, lo siguiente: *“Las acciones resultantes del seguro terrestre, salvo el de transportes, prescriben por el transcurso de los plazos que señala el artículo 2641 del Código Civil.*

Si la prima fuese pagadera por cuotas en épocas fijas y periódicas, la acción para cobrar cada cuota se prescribe en cinco años, contados desde el momento

*en que sea exigible.*¹¹⁴ Este artículo es innegablemente más correcto que el artículo 1081 de nuestro Código actual, toda vez que no diferenciaba acertadamente entre las clases de prescripción. En esta medida *“solo una era la prescripción, aspecto por el que aventajaba al actual sistema que se refiere a las prescripciones ordinaria y extraordinaria, con lo que se ha creado un, hasta ahora no resuelto, problema de interpretación.”*¹¹⁵

2.1. Contradicciones con el Régimen General

Las aplicaciones específicas de la prescripción en el contrato de seguro tienen directa relación con el defecto que presenta el artículo 1081¹¹⁶ y con las dudas que del mismo se derivan, como son la no diferenciación entre la prescripción de las acciones derivadas del contrato o de las normas que lo rigen, la diferenciación conceptual entre prescripción ordinaria y extraordinaria, contra que personas obran una y otra prescripción, y a partir de que momento se cuentan dichos términos.

Al respecto del primer problema, la Corte Suprema en su Sala de Casación Civil en Sentencia del 16 de diciembre de 2005, expresa lo siguiente al hablar del ámbito de aplicación de las normas de la prescripción en el contrato de seguro: “Por el aspecto objetivo, concreta su radio de acción a las acciones emanadas

¹¹⁴ Este artículo 2641 del antiguo Código Civil, corresponde al artículo 2536 del Código actual anteriormente citado en el presente capítulo.

¹¹⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. Cit. Pág. 267.

¹¹⁶ En la ponencia presentada por los doctores Rafael H. GAMBOA S., Carlos Darío BARRERA t, Y José Fernando TORRES F. al VI Encuentro Nacional de ACOLDESE, presentaron un contexto general de los antecedentes del Código de Comercio actual, dentro del cual se presenta una justificación al citado artículo, según la cual: “Se quiso, pues, como se lee en la exposición de motivos, consagrar dos tipos de prescripción, una ordinaria y otra extraordinaria, distinguiéndolas fundamentalmente por dos aspectos. El primero de ellos, atinente al momento a partir del cual se cuentan los respectivos términos de prescripción: en la ordinaria, el momento en que se tiene conocimiento del hecho que da base a la acción, y en la extraordinaria, el momento en que nace ese derecho. Y el segundo aspecto, relativo a la suspensión de la prescripción, para darle cabida solo a la ordinaria, en favor de los incapaces, y excluyéndola en la prescripción extraordinaria, al disponer que corre aun contra incapaces.” VI Encuentro Nacional de ACOLDESE. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros. Medellín, Colombia. Agosto 6 a 10 de 1980. Editorial Skandia. Pág. 38.

del contrato de seguro, es decir, las que tienen su fuente inmediata en el contrato mismo, y a las que se derivan de las disposiciones que integran su régimen jurídico, entendidas por tales las que aunque presuponen su existencia, no se originan directamente en él, sino –por vía mediata- de la ley que las consagra específicamente como tutela de su diafanidad jurídica como fuente de obligaciones para las partes a él vinculadas (el tomador y el asegurador)”¹¹⁷.

El problema se agudiza en cuanto la Corte es consiente de lo siguiente: “Así el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (prescripción ordinaria), será distinto en cada caso concreto, según sea el tipo de acción a intentar, y quién su titular, y otro tanto es pertinente predicar del "momento en que NACE EL RESPECTIVO DERECHO", cuando se trate de la prescripción extraordinaria, pues en ésta ese momento tampoco es uno mismo para todos los casos, sino que está dado por el interés que mueve a su respectivo titular.”¹¹⁸

En esta medida y siguiendo la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, del 3 de mayo de 2000: “...cuando se está en frente de acciones "derivadas del contrato" como sucede con la de reconocimiento de la indemnización (o de la prestación asegurada) a que tiene derecho el beneficiario, el momento a partir del cual ha de correr contra él la prescripción ordinaria, es distinto al que ha de tenerse en cuenta para computar idéntica prescripción contra el asegurador en el supuesto de que éste, apoyado en acciones "derivadas de la ley", **demande o excepcione**, según el caso, la nulidad relativa del contrato de seguro por inexactitud o reticencia del tomador

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 16 de diciembre de 2005. M.P.: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAÚCAR

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 3 de mayo de 2000. M.P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS. Se deja claridad entonces, tal y como lo sustenta nuevamente la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil en la sentencia 12 de febrero de 2007 con ponencia del magistrado EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, que los términos de prescripción serán distintos para cada caso concreto, dependiendo del tipo de acción a intentar y quién es el titular de la misma, siendo estas condiciones determinantes en el momento en que deberán empezar a correr los términos de prescripción.

en la declaración de asegurabilidad, pues en estos supuestos *"el hecho que da base a la acción"* o el nacimiento del *"respectivo derecho"* es necesariamente diferente."¹¹⁹

Asimismo, la Corte ha reiterado en su jurisprudencia, partiendo de la Sentencia del 4 de julio de 1977 en su Sala de Casación Civil, claramente como: "...las expresiones *"tener conocimiento del hecho que da base a la acción"* y *"desde el momento en que nace el respectivo derecho"* (utilizadas en su orden por los incisos 2° y 3° del artículo 1081 del C. de Co.) comportan *"una misma idea"*, esto es, que para el caso allí tratado no podían tener otra significación distinta que el conocimiento (real o presunto) de la ocurrencia del siniestro, o simplemente del acaecimiento de éste, según el caso, pues como se aseveró en tal oportunidad *"El legislador utilizó dos locuciones distintas para expresar una misma idea"*.

En segunda medida, el artículo 1081 del Código de Comercio establece una particularidad frente al régimen general que gobierna la prescripción en los contratos mercantiles y civiles, por cuanto la prescripción de estas acciones podrá ser tanto ordinaria como extraordinaria, lo cual haría pensar que estamos en frente de ambas clases de la prescripción adquisitiva, lo cual es erróneo ya que como vimos, para que se configure esta última, es necesario que se de el fenómeno de la posesión, situación que es ajena al contrato de seguro. Lo más lógico sería que se tratase de una prescripción extintiva por inactividad del acreedor, tal y como lo sostiene la Corte Suprema en la sentencia del 29 de junio de 2007¹²⁰, lo cual haría innecesario el establecimiento de dos clases de

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 3 de mayo de 2000. M.P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 29 de junio de 2007. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO. La Corte manifiesta lo siguiente: *"se impone entender que él (el artículo 1131 del C.Co.) no consagró un sistema de prescripción extraño o divergente al global desarrollado en el precitado precepto y que, por contera, sus disposiciones no constituyen un hito legislativo aislado o, si se prefiere, autónomo o propio, de suerte que, para su recta interpretación, debe armonizársele con ese régimen general que, en principio, se ocupó de regular el tema de la prescripción extintiva en el negocio asegurativo y que, por tanto, excluye toda posibilidad de recurrir a normas*

prescripción, impidiendo que se presentasen las dificultades interpretativas que se demuestran actualmente por la utilización indiscriminada de instituciones plenamente determinadas por el régimen general.

Las razones por las cuales esta diferenciación no tendría sentido en la prescripción del contrato de seguro, son las siguientes; en primera instancia, y como ya fue mencionado, en esta clase de relación contractual no se presenta el fenómeno de posesión propiamente tal, la cual puede ser regular o irregular correspondiendo con los tipos de prescripción adquisitiva, y en esta medida solo podría hablarse en estricto sentido de prescripción extintiva, donde sí se podrán extinguir derechos y obligaciones en general derivados del mencionado contrato. En segunda instancia la diferenciación entre prescripción ordinaria y extraordinaria no tendrá fundamentos puesto que no se sabe claramente cuando se aplica una o cuando la otra, es decir; en la medida en que no se presenta el fenómeno de la posesión, y su diferenciación interna de clases (regular o irregular), no se sabrá claramente cuando a un determinado derecho o acción será aplicable uno u otro tipo de prescripción para el caso concreto, dejando gran incertidumbre sobre el tema.

Al respecto la Corte es clara en establecer que “No debe confundirse estas dos modalidades de la prescripción adquisitiva con las de igual nombre que, en materia de seguros, bien se sabe, se previeron para la prescripción extintiva en el artículo 1081 del Código de Comercio,...”.¹²¹ Sin embargo, esta afirmación no parece satisfactoria por cuanto el legislador no debió establecer instituciones diferentes con nombres semejantes para situaciones jurídicas disímiles, ya que se generan problemas interpretativos y se impide una verdadera comprensión

diferentes y, mucho menos, a las generales civiles, para definir el tema de la prescripción extintiva en materia del seguro, como quiera que, muy otra, es la preceptiva inmersa en la codificación civil, a lo que se suma la especialidad normativa del régimen mercantil, como tal llamada a primar y, por tanto, a imperar.” Paréntesis fuera del texto original.

¹²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 29 de junio de 2007. Segunda nota al pie, página 12. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

de ambas instituciones, además del hecho de utilizar términos tan ampliamente utilizados como el de prescripción ordinaria o extraordinaria en el régimen general de prescripción, para referirse a la diferenciación de los tipos especiales de prescripción en el contrato de seguro, donde la diferenciación se justifica por meros elementos formales que se refieren a simples situaciones de capacidad.

Por su parte en la sentencia del 3 de mayo del 2000, la Corte cita al Subcomité de Seguros, el cual hizo parte del Comité asesor para la revisión del Código de Comercio según el cual: “en caso de duda en la aplicación de una u otra prescripción debería acudir a la extraordinaria”. Situación que está acorde con la desigualdad que implica el presente contrato.

Igualmente, mediante la utilización de un argumento genético acerca de la voluntad del legislador en la creación de la disposición en cuestión, la Corte Suprema en la sentencia del 29 de junio del 2007 cita a la Comisión Revisora del proyecto de Código de Comercio de 1958, como precedente histórico de nuestro estatuto mercantil actual, donde se expresa lo siguiente:

“Optamos por establecer dos clases de prescripción, una ordinaria y otra extraordinaria.... “La ordinaria empieza a contarse desde el momento en que se tiene conciencia del derecho que da nacimiento a la acción. No corre contra los incapaces...”. “Para quien no tiene conocimiento de él, cualquier término puede considerarse corto, pero el orden jurídico exige que se fije uno cualquiera. El de cinco (5) años es razonable. Y debe correr contra toda clase de personas.”.

A continuación la Corte Suprema reafirma lo que ya había señalado en la sentencia del 19 de febrero del 2003 con ponencia del Magistrado CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE en la que, citando la sentencia de 19 de febrero de 2002 de la misma corporación, donde se fundamenta en sus fallos de 4 de julio de 1977 y 3 de mayo de 2000, puntualizó lo siguiente: "Para los fines de la acusación que se analiza, pertinente es insistir en que las dos clases de

prescripción consagradas en el artículo 1081 del Código de Comercio se diferencian por su naturaleza: subjetiva, la primera, y objetiva, la segunda; por sus destinatarios: quienes siendo legalmente capaces conocieron o debieron conocer el hecho base de la acción, la ordinaria, y todas las personas, incluidos los incapaces, la extraordinaria; por el momento a partir del cual empieza a correr el término de cada una: en el mismo orden, desde cuando el interesado conoció o debió conocer el hecho base de la acción y desde cuando nace el correspondiente derecho; y por el término necesario para su configuración: dos y cinco años, respectivamente....Síguese de lo anterior que, por tanto, no es elemento que sirva para distinguir esas dos especies de prescripción, que una y otra se apliquen sólo a ciertas acciones derivadas del contrato de seguro o de las normas que lo regulan...”

Adicionalmente es importante señalar que la prescripción ordinaria corre frente a los interesados, los cuales en términos de la Corte Suprema en su Sala de Casación Civil, en la ya nombrada sentencia del 4 de julio de 1977, se refieren a: “Por “interesado” debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales 1º. y 2º. del artículo 1047 son el tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador. Estas son las mismas personas contra quienes puede correr la prescripción extraordinaria, porque no se trata de una acción pública que pueda ejercitar cualquiera. Aquellas personas distintas de los interesados carecen de acción, pues el contrato de seguro es para ellos res ínter alias acto.” En este orden de ideas es innegable que el legislador no expresó nada diferente al dar la calidad de interesado al sujeto quien podría pedir la prescripción ordinaria, ya que simplemente son los mismos sujetos que pueden pedir la prescripción extraordinaria, ya que solo ellos tienen legitimación en la causa para hacerlo.

Por otra parte, el régimen general de prescripción y su manifestación especial para el contrato de seguro también se diferencian en que éste último define

como punto de partida de la prescripción el de la exigibilidad de la acción, realizando una diferenciación tajante entre el conocimiento real o presuntivo del hecho que la sustenta (prescripción ordinaria) y del nacimiento mismo del derecho (prescripción extraordinaria) como factores determinantes de la interrupción de los términos de prescripción. Como ya vimos la Corte Suprema en su jurisprudencia fundamenta esta diferenciación en la naturaleza de ambas prescripciones ya que, según ella, la prescripción ordinaria es subjetiva al referirse al conocimiento real o presunto del sujeto pasivo de la prescripción, u objetiva puesto que establece un término único dentro del cual empezará a correr la prescripción extraordinaria contra todo tipo de personas y desde un momento único: La ocurrencia del siniestro. Por el contrario el régimen general establece que la prescripción comenzará a correr desde que la obligación se ha hecho exigible como lo establece el artículo 2535 del Código Civil, tal y como lo vimos anteriormente.

Otra característica de los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria en el contrato de seguro es que, los mismos corren independientemente el uno del otro, con sus requisitos individualmente considerados. Por lo cual generalmente la prescripción extraordinaria empezará a correr primero que la ordinaria, además, la que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo, elemento extraño al régimen general de la prescripción. Asimismo, el régimen particular de prescripción no distingue entre acción ejecutiva y acción ordinaria, puesto que independientemente de su naturaleza lo que prescribe es la acción. Lo cual genera gran confusión en una interpretación sistemática del citado artículo, con relación al régimen generalmente aceptado.¹²² Asimismo, el hecho de que la obligación sea

¹²² Al respecto el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Cuarta en sentencia del 15 de septiembre de 1995 con ponencia del concejero DR. JULIO E. CORREA RESTREPO, estableció claramente lo siguiente: “Dentro de tales términos (del artículo 1081 del C. De Co) quedan comprendidas tanto la acción ejecutiva como la ordinaria, dicha norma consagra una excepción a la regla

catalogada como fiscal o que se configurase en título ejecutivo para permitirle a la administración el cobro de la obligación por la vía de la jurisdicción coactiva, no modifican estos términos de prescripción, pero a diferencia de lo que sucede con la prescripción de los seguros de responsabilidad civil y las obligaciones que ellos cubren, los términos de prescripción son menores, y en esta medida no se está desprotegiendo al asegurado.

Otra diferencia que encontramos es que la prescripción extraordinaria del contrato de seguro no se suspende en los mismos términos del régimen general de 10 años, puesto que se establece un término especial de 5 años para dicha relación contractual. Por el contrario, la prescripción ordinaria tiene los mismos términos en el régimen especial con relación a los establecidos en la ley 791 del 2002, es decir; dos años dependiendo del contexto particular de la situación o relación obligacional.

Por último en la prescripción especial en el contrato de seguro se presenta una diferenciación entre la prescripción de las acciones derivadas del contrato o de las normas que lo rigen. Esta diferenciación, que se ampliará posteriormente, es importante por cuanto hace referencia a disimilitudes sustanciales en el ejercicio de estas acciones, impidiendo un adecuado entendimiento de la institución en el contrato de seguro.

En este orden de ideas cabrá preguntarse ¿cuál es el hecho que da base a la acción y en qué momento nace el derecho del asegurado en esta clase de seguros?, puesto que es de esta forma en la que se identifica el momento en que empiezan a correr los términos de prescripción ordinaria y extraordinaria para este contrato de acuerdo a lo expuesto anteriormente.

general sentada por el art. 2536 del C.C. según el cual el término de prescripción de la acción ejecutiva, que no del derecho y obligación mismos, es de diez años.”

2.2. Prescripción de las acciones que se derivan del Contrato de Seguro

Estas acciones se caracterizan por referirse a acciones particulares que se derivan del contrato de seguro que no implican la violación de normas imperativas de orden público. Dentro de estas acciones se presenta una división particular entre las acciones relativas a la prima y las acciones relativas a la prestación asegurada. Las primeras, pueden correr tanto en contra del asegurador como del tomador del seguro y están encaminadas a obtener la devolución de una parte de la prima en los casos previstos por la ley.

Las acciones en contra del asegurador empiezan a correr en los términos del artículo 1066 (pago de la prima) donde iniciarán los dos años de prescripción ordinaria puesto que el asegurador deberá tener conocimiento de la falta de dicho pago. Por su parte el derecho mismo nace en la fecha de celebración del contrato, por lo cual, en la medida en que se trata de un contrato consensual, se dice que la prescripción extraordinaria empezará a correr desde el acuerdo de voluntades entre la aseguradora y el tomador del seguro sobre los elementos esenciales de dicho contrato. Sin embargo, en la medida en que existe una solemnidad probatoria en algunos casos la expedición de la póliza será el único momento comprobable de celebración del contrato, y por tal se constituirá en el instante en que empiece a correr la prescripción quinquenal.

Es claro además, que en el transcurso del contrato se pueden presentar aumentos o causarse primas adicionales. Hecho que se ve manifestado principalmente en dos eventos: con el aumento de la suma asegurada y la agravación del riesgo asegurado.

Por su parte, las acciones en favor del tomador, establecidas en algunas disposiciones del Código de Comercio, prescriben que dicho sujeto tendrá derecho a la devolución de la prima, principalmente en casos de: terminación, extinción, revocación, disolución y disminución del riesgo. En estos casos se

seguirán las reglas generales de la prescripción; donde la ordinaria empezará a correr desde que el tomador tenga conocimiento, o haya debido tenerlo, del aviso de terminación, de la extinción del interés asegurado, o dependiendo del caso en cuestión. Por su parte, la prescripción extraordinaria correrá desde la ocurrencia del hecho, que se determinará por la extinción de los bienes asegurados, o en fin con el nacimiento de la obligación a cargo del asegurador.

Por otro lado las acciones relativas a la prestación asegurada se pueden mirar desde diferentes enfoques dependiendo del interés asegurado de determinado tipo de seguro. En esta medida tenemos a los seguros en general donde el siniestro es la materialización del riesgo y por tal da origen a la obligación condicional del asegurador. Así las cosas, la prescripción ordinaria empezará a correr contra el asegurado y el beneficiario desde el día en que conocieron o debieron conocer la materialización del riesgo. En este mismo sentido la prescripción extraordinaria comenzará a correr desde el día de la ocurrencia del siniestro.

Por su parte en los seguros de Vida y accidentes contra el riesgo de muerte, es claro que el titular del derecho a la prestación asegurada es el beneficiario. En este sentido la prescripción ordinaria correrá desde que el beneficiario haya tenido conocimiento o debido conocer la muerte del asegurado y la prescripción extraordinaria correrá desde la muerte real de dicho sujeto. De todas maneras para que la prescripción ordinaria comience a transcurrir se necesita la presencia de un elemento subjetivo adicional que será el conocimiento del siniestro por parte del beneficiario, tal y como es característico de esta clase de prescripción.

Con relación a los seguros de responsabilidad civil, tal y como fue analizado en el capítulo anterior, son evidentes los problemas interpretativos que se han derivado del artículo 1131 del Código de Comercio. A modo de síntesis, y sin

perjuicio del estudio más exhaustivo de esta norma en el Capítulo siguiente, esta norma establece imperativamente que se entiende por siniestro en este tipo de seguros y desde cuando se principian a contar los términos de prescripción, identificando el origen inmediato de la obligación del asegurador. Así, el siniestro es un hecho externo siempre y cuando el mismo sea imputable a la conducta del asegurado. El seguro de responsabilidad cubrirá no solo los gastos por la indemnización debida al damnificado, sino los gastos consecuencia de las acciones judiciales que afecten al asegurado. Por lo cual para la configuración del siniestro no importarán que el hecho genere o no una responsabilidad, si se evidencia o no una culpa del asegurado, o si da o no origen a un daño aparente. Pero sí que el hecho tenga las características para poner en juego la garantía del asegurado o la cobertura del seguro.

2.3. Prescripción de las acciones derivadas de las normas legales propias del Contrato de Seguro

Como su nombre lo indica, son las acciones que se derivan de las normas imperativas que rigen el contrato de seguro, dentro de las cuales se encuentran normas imperativas para todo tipo de contratos, así como normas específicas para situaciones particulares del contrato en mención.

En primera instancia encontramos la Nulidad Relativa¹²³, la cual se constituye en la acción rescisoria en el contrato de seguro, asimismo se puede derivar de: la reticencia o inexactitud, el sobreseguro doloso, una infracción de garantía coetánea y pluralidad maliciosa de seguros. En todos estos casos el derecho y la acción nacen con el contrato, fecha en la cual empieza a correr el término de prescripción extraordinaria. Por su parte, la prescripción ordinaria empezará a

¹²³ Para un tratamiento exhaustivo del tema, ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 3 de mayo de 2000. M.P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

correr desde el día en que la aseguradora tenga conocimiento de los hechos que den fundamento jurídico a la acción.

Asimismo, encontramos a las acciones derivadas de la nulidad absoluta, donde la única norma especial al respecto en el contrato de seguro es el artículo 1129 del Código de Comercio referido al seguro de responsabilidad profesional, donde la prescripción ordinaria correrá desde el día en que expedida la póliza, el interesado haya tenido conocimiento o debido conocer la inhabilidad del asegurado profesional. Por su parte, la extraordinaria correrá desde el perfeccionamiento del contrato, el cual se da generalmente con la expedición de la póliza.

Para las demás causales de nulidad absoluta aplicables a los contratos comerciales en general, algunos autores piensan que los términos establecidos en el artículo 1081 del Código de Comercio son impertinentes para regir los mismos, puesto que se regirán por los principios generales de la prescripción del Código Civil.¹²⁴ Sin embargo, podría pensarse que en tanto la prescripción extraordinaria corre contra todo tipo de personas, incluso los incapaces, sería el término de 5 años el que terminaría con la acción de dichos sujetos que podrían involucrar una causal de nulidad absoluta, lo cual afecta el principio de igualdad.

Sobre este punto LÓPEZ BLANCO expresa lo siguiente: “No acepto la opinión anterior por cuanto realiza el profesor OSSA una diferenciación que no permite el estatuto comercial y es la de verificar si la acción está prevista específicamente en el aparte normativo destinado al contrato o si, por el contrario, se trata del ejercicio de una acción diversa basada en la aplicación de

¹²⁴ El autor LÓPEZ BLANCO interpretando a Efrén OSSA, acerca de la redundancia o no del artículo 1081 del Código de Comercio en lo concerniente a la diferenciación de tratamiento jurídico de las acciones derivadas del contrato de seguros y de las disposiciones que lo rigen, manifiesta lo siguiente: “El profesor OSSA opina que no existe redundancia en la norma, pues para él una cuestión son las acciones que se derivan del contrato de seguro.... Y otras diversas las acciones que se derivan de normas legales extrañas a la normatividad del seguro...”.LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. Cit. Pág. 289.

norma general,..., para concluir que si se trata de estos últimos aspectos se aplica la prescripción contenida en la norma general cuando precisamente lo que quiere decir el inciso primero del art. 1081 es todo lo contrario, siempre que se trate de una acción referente a un seguro, ..., lo que se aplica es el artículo 1081 porque en materia de prescripción dicha norma domina la totalidad del panorama cuando de contrato de seguro se trata.”¹²⁵

Desde nuestro punto de vista la posición de LÓPEZ BLANCO es la adecuada ya que precisamente lo que hizo el artículo 1081 fue regular de manera general y exclusiva la prescripción de todas las acciones que se refieren al contrato de seguro. Sin embargo, realizamos la diferenciación propuesta por el profesor OSSA en la medida en que la consideramos importante y permitente para establecer y determinar claramente cuando empiezan a correr los términos de prescripción de las diferentes acciones que tienen origen en el contrato de seguro, por lo cual nos da un panorama general más amplio para la determinación de los términos de prescripción y para abordar al último Capítulo de esta monografía.

Por su parte es importante recordar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de mayo del 2000, expresó claramente que la nulidad podía ser alegada tanto por acción como por excepción y en esa medida los términos de prescripción correrían por igual para cada una de estas situaciones procesales.

Igualmente, encontramos como acción la subrogación del asegurador, donde en la medida en que el tercero civilmente responsable no hace parte del contrato de seguro, ni de él deriva algún derecho u obligación, el régimen especial de prescripción no lo puede afectar ni modificar su situación. Es importante reafirmar que la prescripción en el contrato de seguro solo debe afectar las

¹²⁵ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. Cit. Pág. 290.

situaciones o hechos jurídicos derivados del mismo siguiendo el principio del efecto relativo de los contratos.¹²⁶

Por último, es importante destacar que, tal y como lo hemos visto en los Capítulos anteriores, el principio del efecto relativo de los contratos no es plenamente cumplido en el contrato de seguro. Es de recordar que precisamente la diferenciación entre los sujetos parte y los sujetos interesados en este contrato se fundamenta en que estos últimos no manifiestan su voluntad de obligarse en virtud del presente contrato y en esta medida se violaría el principio en cuestión. Así las cosas, todos aquellos deberes u obligaciones que dichos sujetos deriven del contrato de seguro, a pesar de no haber manifestado su voluntad de obligarse o de recibir una determinada contraprestación, se regirán por los términos de prescripción establecidos particularmente para el contrato de seguro, según lo dispuesto por el artículo 1081 del Código de Comercio.

¹²⁶ Se debe tener en cuenta la siguiente interpretación de la Corte en la Sentencia del 16 de diciembre del 2005 en la cual expresa lo siguiente acerca de la acción de subrogación: “Corolario de lo expuesto es que si la acción cuya titularidad se radica en el asegurador por efecto de la subrogación, que se repite, es la misma que tenía a su alcance el asegurado-damnificado, no emana del contrato de seguro, ni de las disposiciones que lo disciplinan, sino de la conducta dolosa o culposa del autor del daño, no está sujeta al régimen establecido por el artículo 1081 del Código de Comercio, que por lo demás, está llamado a actuar exclusivamente entre quienes derivan derechos u obligaciones del contrato de seguro, situación en la que por supuesto no se halla el tercero responsable, quien no puede entonces reportar beneficio de un régimen legal instituido para un negocio jurídico al cual es ajeno...”

IV. PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD

1. ELEMENTOS GENERALES

En el transcurso de los capítulos precedentes, el objetivo fundamental era establecer un marco teórico, normativo y doctrinal, suficiente para poder entrar a analizar de una manera medianamente exhaustiva el tema de la prescripción en el contrato de seguro de responsabilidad.

Como vimos anteriormente, la prescripción extintiva en el campo de la responsabilidad es una situación o consecuencia jurídica por la ausencia de ejercicio de un derecho que genera la extinción del mismo o la conversión en una obligación de carácter natural. Asimismo, en materia del seguro de responsabilidad es fundamental determinar claramente los términos de prescripción y la materialización de los mismos, “dado que el seguro únicamente cubrirá al responsable en la medida en que el mismo se encuentre obligado. De tal manera, la prescripción extinguirá la obligación del responsable y, así mismo, la del asegurador. La prescripción de la acción de responsabilidad será, pues, una excepción que el asegurador está en posibilidad de invocar cuando sea demandado.”¹²⁷

¹²⁷ DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Op. Cit. Pág. 125. Adicionalmente en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil de Mayo 3 de 2000, se deja claridad sobre el hecho de que los términos de prescripción, por lo menos para el caso de la nulidad, corren por igual tanto frente a las acciones como a las excepciones. Para la Corte el criterio doctrinal de distinguir entre el término de consumación de la prescripción, según se trate de una acción o de una excepción, criterio inspirado en la máxima de que la acción es temporal y la excepción perpetua, “no tiene aplicación en el evento normativo previsto por el artículo 1081 del C. de Co., por lo menos en lo que a nulidad se refiere, como quiera que allí no se regula únicamente la prescripción ordinaria, terreno en el cual pudiera tener cabida en gracia de discusión ese planteamiento, sino además la prescripción extraordinaria, ante cuyo claro y perentorio mandato no es posible darla aplicación, pues, como quedó dicho, para ésta se fijó un término máximo de cinco años que corre “contra toda clase de personas” y no esta atada a consideración subjetiva alguna.” Por

Este ha sido un tema muy complejo que ha sido objeto de fuertes discusiones doctrinarias que han dilucidado el tema, pero que no se han visto reflejadas, en la mayoría de los casos, en decisiones jurisprudenciales congruentes y abundantes al respecto. Asimismo, la regulación del Código de Comercio sobre el tema ha dejado mucho que desear, toda vez que cada una de las reformas importantes en el derecho de los seguros, como lo son las Leyes 45 de 1990 y 389 de 1997, han dado un tratamiento descuidado sobre la prescripción, o bien contradiciendo y olvidando principios generales de la teoría general del seguro, o bien introduciendo características especialísimas de uso confuso y dejando de lado temas relevantes en la práctica.

La prescripción establecida en el Código de Comercio para el contrato de seguro, en su artículo 1081, ha generado desde el comienzo profundas ambigüedades y dificultades en su implementación, tal y como extensamente fue tratado en el capítulo anterior.

La prescripción en este tipo de contratos puede ser ordinaria o extraordinaria, dependiendo si la misma corre para todo el mundo, incluso frente a los incapaces (extraordinaria) y se refiere a elementos objetivos como la ocurrencia del siniestro a partir del momento en que “nace el respectivo derecho”, o bien si la misma solo corre contra los interesados (que ha fin de cuentas son las mismas personas que tienen legitimación en la causa para accionar) y se refiere a elementos subjetivos como el haber conocido o debido conocer el “hecho que da base a la acción”. Pero donde en ambos casos, según la sentencia del 4 de julio de 1977 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, tanto el momento en que “nace el respectivo derecho” como el “hecho que da base a la

otra parte, y con relación a la perpetuidad de las excepciones, la Corte expresa que, por lo menos en el caso de la nulidad, dicha situación no es aplicable ya que en primera instancia en nuestro ordenamiento la nulidad puede ser saneada, por regla general. Y en segunda instancia para la Corte es innegable el carácter definitivo asignado a la prescripción extraordinaria en el contrato de seguro.

acción”, se refieren a la ocurrencia del siniestro, tal y como lo expresamos en el capítulo antepuesto.¹²⁸

Adicionalmente el artículo 1081 del Código de Comercio nos habla de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen. A nuestro modo de ver, tal y como lo expresamos en el capítulo anterior, estamos de acuerdo con la postura de LÓPEZ BLANCO en el sentido de que ambos conceptos se refieren al mismo asunto ya que describen una misma situación fáctica y es claro que la intención del legislador en establecerlas fue precisamente esa. Por el contrario, tal y como lo sostiene el importante autor Efrén OSSA, ambos conceptos describen momentos distintos, ya que el “hecho que da base a la acción” se refiere al momento en que la misma se hace exigible y por el contrario el momento en que “nace el respectivo derecho” hace referencia, valga la redundancia, al momento en que nace a la vida jurídica determinado derecho sin hacer reseña a su exigibilidad¹²⁹, problema que ha sido ampliamente tratado por doctrinantes del procedimiento civil.

Sin embargo, a nuestro parecer la diferenciación entre ambos conceptos, a pesar de no tener una implicación sustancial acerca del momento en que empiezan a correr los términos de prescripción, ayuda a tener una comprensión más general del tema y por tal cumple el objetivo de la presente monografía, como es la determinación medianamente clara de los términos de prescripción para el contrato de seguro de responsabilidad civil.

¹²⁸ El respetado autor Hernán Fabio LÓPEZ BLANCO, es de la misma corriente ideológica de la Corte, quien además expresa claramente, citando al autor Miguel GONZALEZ en su ponencia “Principios Básicos del seguro de responsabilidad civil” presentada en el V encuentro nacional de ACOLDESE, publicada en las memorias de esa reunión, 1980. Págs. 79 y 80. Como el momento en que nace el respectivo derecho no siempre coincide con la ocurrencia de un siniestro, ya que el tomador, beneficiario, asegurado o asegurador no siempre derivan sus derechos de la ocurrencia del mismo, sino que también los pueden derivar de muchas otras obligaciones derivadas del contrato de seguros como por ejemplo una posible reticencia o inexactitud, como en el caso presentado en la ya citada sentencia del 3 de mayo del 2000 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil.

¹²⁹ OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Págs. 538-546.

Para Efrén OSSA el “hecho que da base a la acción”, después de haber analizado varias posturas doctrinarias que establecían que este era o bien la demanda judicial o extrajudicial de la víctima o de sus sucesores de cumplimiento a la sentencia condenatoria proferida en contra del asegurado, o la sentencia condenatoria que declara la responsabilidad del asegurado y determina el quantum del daño, o bien, la tesis finalmente aceptada, como lo es la demanda judicial o extrajudicial de la víctima o de sus causahabientes. En esta medida y con relación a los términos ordinarios de prescripción, él autor expresa las siguientes conclusiones:

- El término empieza a contarse desde el día en que el tercero reclama al asegurado (demanda judicial).
- En defecto de ésta, desde el día en que el asegurado tiene conocimiento de la demanda judicial, desde “la fecha de notificación de su auto admisorio”¹³⁰

A nuestro modo de ver esta conclusión es aceptable si no tenemos en cuenta la acción directa introducida en 1990 con la ley 45, he allí la razón por la cual fue desconocida para tan importante autor. Sin embargo, lo importante de su conclusión es que el “hecho que da base a la acción” para la obligación indemnizatoria del asegurado frente al asegurador, va a ser la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima. En este mismo sentido, y de acuerdo a las condiciones actuales, el “hecho que da base a la acción” para la acción directa de la víctima no puede ser otro que el hecho externo imputable al asegurado, es decir la ocurrencia del siniestro en los términos aquí descritos.

¹³⁰ OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 544

Por su parte y con relación al “momento en que nace el respectivo derecho”, el cual se identificaría con el instante en que empiezan a correr los términos de prescripción extraordinaria, para dicho autor existen dos interpretaciones fundamentales que identifican este momento o con el siniestro o con el requerimiento judicial o extrajudicial del damnificado, optando finalmente por la primera de éstas, tema que será tratado posteriormente.

En este orden de ideas la problemática generosamente tratada en el capítulo segundo cobra vital importancia, toda vez que, establecer claramente cuando se entiende ocurrido el siniestro para los seguros de responsabilidad, constituye el tema fundamental para determinar los términos de prescripción en este tipo de seguros, y en esta medida constituye parte esencial del objeto del presente trabajo.

2. EL SINIESTRO Y LA DELIMITACION CONTRACTUAL DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD

Tal y como lo expresamos anteriormente, desde nuestro punto de vista, el siniestro en los seguro de responsabilidad sigue siendo, como en las demás clases de seguros, la ocurrencia del hecho externo imputable al asegurado, toda vez que será este el momento en que se materializa el riesgo amparado por la póliza y en el que nace el derecho de la víctima. A partir de este momento la víctima tiene la posibilidad de accionar directamente contra el asegurador y será desde este mismo instante en que empezarán a correr los términos de prescripción para ella. Posteriormente analizaremos más a fondo la controversial sentencia del 29 de junio de 2007 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil.

Adicionalmente, el artículo 1131 del C. de Co. reguló específicamente el momento en que empiezan a correr los términos de prescripción para el seguro

de responsabilidad. Así, los términos en contra de la víctima y a favor del asegurador correrán como lo expresamos en el párrafo anterior, es decir desde el momento mismo de la ocurrencia del hecho dañoso. Por otro lado, la doctrina imperante ha manifestado reiteradamente que adicional a lo estipulado con el artículo 1131 y con la creación de las modalidades del descubrimiento y su modificación especial reguladas por la Ley 389 de 1997, el siniestro en los seguros de responsabilidad puede ser también la reclamación de la víctima.

A nuestro modo de ver, el hecho de que la modalidad de la póliza sea la reclamación solo determina cuales hechos externos imputables al asegurado van a ser cubiertos por la misma y no cuales hechos van a ser considerados como siniestro. En esta medida es lógico que el concepto siniestro haya sufrido diversas interpretaciones que le han dado diversos alcances tornándolo un poco ambiguo, sin embargo el siniestro siempre sigue siendo el hecho externo imputable al asegurado sin importar la modalidad de contratación, básicamente por las siguientes razones:

- El argumento esencial de la doctrina imperante es que el artículo 1131 del Código de Comercio así lo dispuso. Empero en nuestro criterio este artículo lo que hace es reiterar nuestra posición ya que ratifica que *“En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado...”* por lo cual se seguirán los lineamientos de la teoría general del seguro. Por el contrario cuando el artículo expresa que este momento será la *“fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.”* Lo que se está estipulando es el momento en que empiezan a correr los términos de prescripción los cuales frente al asegurado correrán desde cuando la víctima le formula petición judicial o extrajudicial y no será este el momento en que se

entenderá ocurrido el siniestro para el asegurado, como tradicionalmente se ha entendió.

En este mismo sentido, Efrén OSSA expresa algunos argumentos para dilucidar el objetivo del legislador con lo establecido en el artículo 1131 del Código de Comercio¹³¹. Según este autor al referirse a este artículo: “En la primera, al definir el siniestro, el precepto aparece inspirado, según lo expuesto en otro aparte, en la teoría del hecho dañoso (el hecho externo), de cuya sola ocurrencia derivan determinados efectos jurídicos. En la segunda, delimitada previamente la noción de siniestro, al consagrar la obligación del asegurador, prefiere inspirarse en la teoría del reclamo.”

A nuestro parecer lo que sucede en la teoría general del contrato de seguro es que la obligación condicional del asegurador, una vez ocurrido el hecho externo imputable al asegurado, se vuelve pura y simple ya que puede ser accionada judicialmente por el beneficiario de la indemnización, es decir, dicha obligación se hace exigible y por tal puede ser demandado su cumplimiento al asegurador. Para los seguros de responsabilidad esto es parcialmente cierto, toda vez que frente a la víctima es innegable que una vez ocurrido el hecho externo imputable al asegurado, la obligación que la aseguradora tiene con relación a dicho damnificado deja de ser condicional y se convierte en pura y simple, en los términos legales y contractuales que regulan el contrato de seguro.

Por su parte, la obligación de indemnizar que tiene la compañía de seguros frente al asegurado no se convierte en pura y simple, sino que en virtud de la ley, es decir, se necesita un requisito adicional para la exigibilidad de la misma,

¹³¹ Si bien es claro que este artículo ha sufrido varias modificaciones desde la publicación del libro de Efrén OSSA, para nosotros, sus consideraciones deben ser tomadas con la misma seriedad ya que todavía identifican los aspectos generales de este artículo, ayudando a esclarecer muchas posturas doctrinarias no muy consecuentes con nuestro ordenamiento, las cuales han dado lugar grandes controversias doctrinales, generando incertidumbre sobre el tema, situación que justifica precisamente la presente monografía.

como lo es la reclamación judicial o extrajudicial del damnificado. En este sentido pensamos que en la presente situación se evidencia una doble condición para la exigibilidad de la obligación del asegurado; por un lado la ocurrencia del hecho externo imputable al mismo, y por el otro la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima. Verbigracia, sin reclamación ante el asegurado no corren los términos de prescripción del seguro, sin que ello signifique que no haya siniestro por la materialización del riesgo.

Efrén OSSA analizando el último párrafo del antiguo artículo 1131, el cual tendría su semejante en la versión actual del mismo, manifiesta lo siguiente:¹³² “Dejando claro que el reclamo no es el siniestro, como lo pretende la respectiva teoría (esta noción ya está estructurada para producir determinados efectos), pero si la condición subordinante de la obligación del asegurador. Una condición adicional, en esta clase de seguros, consagrada por vía de excepción, porque en todos los demás la obligación aludida dimana, por modo directo e inmediato, del siniestro mismo. Y nace pura y simple.”

Siguiendo con este mismo autor: “Las modalidades de la obligación son el plazo y la condición. Aquel atañe a su exigibilidad. Esta es su existencia misma. Si la demanda de un tercero es “un acontecimiento futuro, que puede suceder o no” (C.C., art. 1530), estamos en presencia de una condición cuyo cumplimiento da origen a la obligación del asegurador y, por tanto, al derecho del asegurado. El derecho de este *nace*, pues, con la demanda judicial o extrajudicial del damnificado o sus causahabientes. Y siendo ello así, desde el momento en que una u otra sea formulada irrumpe la prescripción *quinquenal*.”¹³³

¹³² La segunda parte del antiguo artículo 1131 prescribía lo siguiente: “*La responsabilidad del asegurador, si es que surge del respectivo contrato de seguro, solo podrá hacerse efectiva cuando el damnificado o sus causahabientes demanden judicial o extrajudicialmente la indemnización.*” Esta parte correspondería con la ya citada del artículo 1131 actual: “*Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.*” Ambas versiones del artículo se están refiriendo finalmente a la misma cosa; como es la posibilidad de hacer exigible la obligación frente al asegurador.

¹³³ OSSA, Efrén J. Teoría General del Seguro. Op. Cit. Pág. 546.

Desde nuestro punto de vista, la argumentación del autor es correcta hasta la parte final de la conclusión puesto que, si precisamente estamos frente a una condición como lo es la reclamación judicial o extrajudicial del tercero, la misma no determina el nacimiento de la obligación, sino su exigibilidad. La obligación del asegurador nace tanto frente al damnificado como frente al asegurado desde la ocurrencia del siniestro (hecho externo imputable al asegurado), ya que él primero de estos interesados puede exigir su derecho al ejercer pura y simplemente su obligación, sin embargo, el segundo debe cumplir con un requisito adicional como lo es la reclamación, pero su derecho ya nació a la vida jurídica.

Así las cosas, el requisito de la petición judicial o extrajudicial además de determinar, como dijimos, la exigibilidad del derecho a ser indemnizado por parte del asegurado frente a la compañía de seguros, también establece el inicio de los términos de prescripción, tal y como lo dispone claramente el artículo 1131 del Código de Comercio, cumpliendo los principios básicos del derecho según los cuales ninguna persona podrá perder un derecho por su inactividad, cuando el mismo todavía no se ha hecho exigible. A este respecto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil en la sentencia del 3 de mayo de 2000, anteriormente citada, expresa lo siguiente:

“Quiere decir lo anterior, que al contrario de lo que acontece en un apreciable número de naciones, el legislador colombiano, ex profeso, le dio carta de ciudadanía a una prescripción (la extraordinaria) fundada en razonamientos absolutamente objetivos, haciendo, para el efecto, tabla rasa de aquel acerado y potísimo axioma de raigambre romana, conforme al cual "contra quien no puede ejercitar una acción no corre la prescripción" (contra non valentem agere, non currit praescriptio), también conocido a través del enunciado jurídico: "la acción que no ha nacido, no puede prescribir" (actionis nondm natae, non praescribitur), postulado éste que tiene como plausible cometido el garantizar que el término respectivo se inicie a partir de que la acción, siendo cognoscible por parte del interesado, pudo ser ejercida, eliminando por tanto, de raíz, la posibilidad

de que una acción prescriba sin que el interesado, incluso, se haya enterado de su previa existencia."¹³⁴

Por otra parte ¿Cómo podría legítimamente cancelar la obligación el asegurador en favor de la víctima en virtud de la acción directa, si todavía no se configuró el siniestro? ¿Tiene aplicación el artículo 1074 del código de comercio, donde el asegurador asumirá los gastos razonables en los que incurra el asegurado para prevenir la extensión y propagación del siniestro? ¿Es que la demanda al asegurador de la víctima en virtud de la acción directa se constituye en el siniestro para el asegurado frente al asegurador, y comenzar allí a surtir efectos una relación en principio contractual que por fundamentos básicos solo esta formalizado para surtir efectos entre las partes?. Nosotros consideramos que es lógico pensar que ya se configuró el siniestro cuando ocurre el hecho externo imputable al asegurado, y por tal cuando la víctima le formula reclamación a la aseguradora, como legítimamente tiene derecho según los lineamientos legales.

Así las cosas, no parece lógico decir qué, como la víctima no le ha formulado reclamación judicial o extrajudicial al asegurado, todavía no hay siniestro, a pesar de que ya se haya reclamado formalmente a la aseguradora en virtud de la acción directa. En esta medida la única solución posible es considerar que el siniestro solo puede ser uno para todos los interesados, y es la ocurrencia del hecho externo imputable al asegurado. Distinto es el punto de partida para el cómputo de los fenómenos temporales que afectan la exigencia de un derecho, como la prescripción.

En síntesis podríamos decir que independientemente de la modalidad de contratación de la póliza, el siniestro será el hecho externo imputable al asegurado, momento a partir del cual empezarán a correr los términos de prescripción para la víctima en virtud de la acción directa. Por su parte, frente al

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 3 de mayo de 2000. M.P.: NICOLÁS BECHARA SIMANCAS.

derecho del asegurado a ser indemnizado, el mismo solo se hace exigible cuando se cumpla una doble condición, el siniestro y la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima, momento que concurrirá finalmente con la instancia en que comenzará a correr los términos de prescripción en contra del asegurado y a favor del asegurador. El siniestro solo es uno, y no puede serlo de otra manera de querer conservar cierta coherencia dentro del ordenamiento jurídico nuestro.

En este sentido y teniendo en cuenta los artículos 1080 y 1131 del Código de Comercio, en los siniestros de Responsabilidad Civil, los términos de prescripción empiezan a correr a partir del momento en que es presentada la reclamación por parte del tercero al asegurado, donde este último contará con 2 años para ejercer sus acciones. Este término corresponde al establecido para la prescripción ordinaria, que es la que se presenta en casi la mayoría de los casos, sino todos. Ahora bien, teóricamente también se encuentra la prescripción extraordinaria de 5 años para promover el pago de la indemnización.

Sobre este punto queremos destacar que es muy extraño que un asegurado que ha sido objeto de una reclamación judicial o extrajudicial no haya conocido o debido conocer la misma, que es el momento en que empiezan a correr los términos de prescripción ordinaria.¹³⁵ Esto debido a que las características de una reclamación, a pesar de no tener que ser reglamentadas y poder ser extrajudiciales, si implican un mínimo de formalidad, de la que cualquier asegurado debería tener conocimiento a los ojos de una póliza de responsabilidad civil.

¹³⁵ Esta misma argumentación aplicaría para el caso de los damnificados ya que es completamente ilógico en muchos de los casos, pensar que estos interesados no tienen conocimiento o debieron conocer la ocurrencia del siniestro, por lo cual lo más coherente sería que para ellos solo corriera la prescripción ordinaria. Sin embargo, en la medida en que no se tienen mecanismos eficaces para que dichos sujetos conozcan la presencia de una póliza de seguro, se justifica la opción de contar con los 5 años de la prescripción extraordinaria.

Esto se presentaría por ejemplo en aquellos casos de personas jurídicas donde la persona que recibe una reclamación no reporta a las oficinas centrales, lo cual impide que las personas que representan la sociedad o que tienen el carácter de administradores de acuerdo a la Ley 222 de 1995¹³⁶ no conociesen o debido conocer dicha reclamación, ejemplo en el cual podrían operar los términos de prescripción extraordinaria.

En este orden de ideas, si ya han transcurrido los términos establecidos legalmente para la extinción por prescripción, sin que se haya iniciado una acción legal para solicitar ante la jurisdicción que se obligue a la aseguradora a realizar el pago de la indemnización que todavía no se ha hecho efectiva, o sin que la aseguradora haya aceptado la cobertura del siniestro bajo los amparos de la póliza, la acción de los interesados prescribirán según el caso, dejándolo sin la posibilidad de reclamar judicialmente a la aseguradora el pago de la indemnización.

3. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO

Al respecto se critican nuevamente las disposiciones del Código de Comercio, toda vez que es ilógico que el asegurado tenga inexorablemente que demandar judicialmente o utilizar los otros mecanismos de interrupción de la prescripción para obtener el pago de la indemnización del siniestro por parte de la compañía de seguros.¹³⁷

¹³⁶ El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 prescribe lo siguiente: “*Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones.*”

¹³⁷ En palabras del autor LÓPEZ BLANCO: “Frente a la evidente incongruencia, un asegurado precavido, prudente, no tienen otra alternativa distinta a la de presentar en el plazo oportuno, es decir usualmente el de la prescripción ordinaria, la demanda en contra de la aseguradora con el fin de interrumpir la prescripción y presentando una serie de pretensiones condicionales para el caso de que en un futuro pueda ser demandado

En este sentido, el artículo 2539 del Código Civil contempla los mecanismos para interrumpir la prescripción de las acciones judiciales, disponiendo lo siguiente: *“La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.*

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524.”

La interrupción de la prescripción puede ser entonces civil o natural, por el reconocimiento tácito (como el pago de la obligación) o expreso (la manifestación clara e inequívoca de la existencia de la obligación) o por la demanda judicial del pago de la misma.¹³⁸

La acción indemnizatoria derivada del contrato de seguro, y de acuerdo a lo establecido en la norma anteriormente citada, una vez es presentada la

y condenado, lo que no es correcto pues los procesos no deben adelantarse sobre hipótesis sino con base en concretas realidades.” Tres posibles soluciones a lo anterior, serían: Por un lado, el pactarse en el contrato de seguro que se entiende ocurrido el siniestro únicamente cuando se presenta la demanda. Por otro lado, también se plantea la posibilidad de que la aseguradora renuncie a la prescripción. Sin embargo, ambas soluciones son inválidas dado que la prescripción se constituye en una norma de orden público. Por último, está la posibilidad de que la compañía de seguros se obligará a no excepcionar la prescripción, planteamiento que sería totalmente válido ya que no implicaría una renuncia sino que plantea que no se hará uso de un derecho, es decir, de alegar la prescripción. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. Cit. Pág. 284.

¹³⁸ El artículo 90 del Código de Procedimiento Civil señala lo siguiente al respecto de la interrupción civil de la prescripción: *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad, siempre que el auto admisorio de aquella, o el de mandamiento ejecutivo, en su caso, se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias, por estado o personalmente. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes. Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo, se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos.”*

demanda en contra de la aseguradora, ya sea a través de la figura del llamamiento en garantía dentro de un proceso civil en el que sea demandado el asegurado o cuando dicha compañía reconozca su obligación, o en el caso de un proceso independiente, se entenderá que deja de correr el término de prescripción de la acción indemnizatoria.

Asimismo, los mecanismos que interrumpen la prescripción son solo dos: por una parte está aquel sujeto a la iniciación de una acción judicial contra la misma compañía para promover el cumplimiento de su obligación ya sea por medio de un proceso independiente o de la figura del llamamiento en garantía y por otra aquel que hace referencia al reconocimiento de la obligación indemnizatoria por parte de la aseguradora. Como consecuencia de lo anterior, la presentación o notificación a la aseguradora de la reclamación, así como el intercambio de correspondencia sobre el siniestro con la compañía, no tendrían la capacidad legal de interrumpir la prescripción.¹³⁹

Por otra parte, es claro que las normas que regulan la prescripción de las acciones y su interrupción son de orden público. Por ello, los intervinientes en el contrato de seguro no pueden pactar mecanismos alternativos para la interrupción de la prescripción o renunciar anticipadamente a alegarla, al ser ésta una norma de orden público impide que se puedan llegar a estos acuerdos previos a su ocurrencia.

En este mismo sentido, es importante señalar la situación que se derivada de la existencia de un compromiso o cláusula compromisoria dentro del contrato de seguro. Así, si una de las partes demanda a la otra vía jurisdicción ordinaria la otra parte podrá excepcionar la existencia de un compromiso o cláusula

¹³⁹ Para LÓPEZ BLANCO: “Debe, en suma, quedar muy claro, pues, que ni la presentación de la reclamación ni el aviso del siniestro son circunstancias que tengan eficacia para interrumpir la prescripción emanada del contrato de seguro, pues solo la demanda judicial y la aceptación expresa de la aseguradora son las que generan esa interrupción.”

compromisoria con lo cual se daría por terminado el proceso. En esta medida y siguiendo lo establecido en el artículo 91 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil¹⁴⁰, reformado por la Ley 794 del 2003, en este caso no se interrumpiría el término de prescripción, lo que generaría que cuando termine el proceso la prescripción se hubiese consumado, situación plenamente peligrosa. Igualmente ocurre en el evento en que el asegurado fuese demandado por la víctima en jurisdicción ordinaria y el primero optase por llamar en garantía al asegurador existiendo entre ellos cláusula compromisoria dentro del contrato de seguro.¹⁴¹

A nuestro criterio tendría sentido que no se interrumpieran los términos de prescripción cuando la demanda se presenta entre asegurado y asegurador, ya que estarían haciendo caso omiso del compromiso o cláusula compromisoria. Por el contrario, sí debería interrumpirse en el evento en que el asegurado llamase en garantía al asegurador, cuando este es demandado por la víctima, dado que no tiene sentido que por la naturaleza misma de la solución de conflictos por medio de un tribunal de árbitros, que en estricto sentido suele ser más rápida que la solución vía justicia ordinaria, se diese solución a una posible indemnización del asegurador frente al asegurado, cuando no se ha determinado aún la responsabilidad del asegurado frente a la víctima.

¹⁴⁰ Este artículo establece lo siguiente: “No se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, en los siguientes casos:

1. Cuando el demandante desista de la demanda.
2. Cuando el proceso termine por haber prosperado algunas de las excepciones mencionadas en el numeral 7 del artículo 99 o con sentencia que absuelva al demandado.
3. Cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda.”

¹⁴¹ Ver Corte Constitucional Sentencia C-662, del 8 de julio de 2004.

4. SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL 29 DE JUNIO DE 2007

Por su parte, en nuestro sentir, la legislación se quedó corta cuando quiso proteger los derechos de los damnificados bajo este tipo de seguros. En esta medida, si bien el establecimiento de los mismos como beneficiarios en los seguros de responsabilidad es un paso muy importante, es muy difícil que esta protección o los derechos que se derivan del hecho de ser beneficiarios hayan podido ejercerse en la realidad, lo que la hace una protección poco eficaz. Es innegable pues, que el legislador debió establecer un procedimiento o diferentes posibilidades para que los damnificados pudiesen ejercer la acción directa, o bien con una base pública de datos o cualquier otro mecanismo que pudiese lograr este fin.

En este sentido la Sentencia del 29 de junio de 2007 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, tuvo la intención de suplir esta deficiencia o vacío legislativo estableciendo una especie de obligación de información adicional que se le impondría a los asegurados, con el fin de que los damnificados pudiesen tener un conocimiento real de los derechos derivados de la acción directa. La Corte justifica esta obligación en que si bien la misma no está expresamente consagrada en la ley, ésta se justifica por la lógica del contrato y los principios de la buena fe y el acceso a la administración de justicia.

La Corte en la mencionada sentencia expresa lo siguiente:

“Ahora bien, como todo derecho supone el surgimiento del correlativo deber, para el caso del seguro de daños, la carga informativa en cuestión recae, indiscutiblemente, en el asegurado, por ser él la persona causante del daño ocasionado a la víctima y quien, como consecuencia de esa situación (hecho jurídico), entra en relación con ella. Será de él de quien el damnificado puede obtener los datos necesarios para procurar para sí

el resarcimiento –o por lo menos para solicitarlo-, por parte de la respectiva aseguradora.”¹⁴²

En igual sentido continúa la Corte expresando que:

“Se trata de un deber que se conecta con el seguro de responsabilidad civil, ya que, según las reflexiones precedentes, es la ley la que expresamente brinda al perjudicado la opción de reclamar, con base en el contrato y de acuerdo con la misma preceptiva, la indemnización directamente al asegurador y la que, al hacerlo, así debe entenderse, está revistiéndolo del derecho a ser debidamente informado en los términos señalados, todo como una cuestión inmanente al efectivo ejercicio de la acción directa.”

Por ello es por lo que, en puridad, no debe fomentarse el silencio nocivus del asegurado causante del perjuicio, pues de la información que él conoce y tiene a su disposición, en últimas, dependerá la posibilidad real de identificar al asegurador.¹⁴³

A continuación, manifiesta la Corte:

“De allí que, observados los objetivos trazados por el legislador en punto tocante con el seguro de responsabilidad civil, propio es inferir de las normas que lo disciplinan, el deber de información de que se trata, pues sin él, huelga repetirlo, esa tipología aseguraticia y, por sobre todo, la acción directa que en función de ella se previó, no sería, como tiene que serlo, una vía idónea y eficaz de reparación del daño ocasionado a la víctima, sino manantial de frustraciones y desengaños, los que no puede cohonestar la ley, ni tampoco la jurisprudencia, guardiana insomne del ordenamiento jurídico.”¹⁴⁴

Igualmente es innegable que desde la Ley 45 de 1990 el interés asegurado en los seguros de responsabilidad civil dejó de ser parcialmente el patrimonio del

¹⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 29 de junio de 2007. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*

asegurado y comenzaron a ser los derechos de las víctimas, lo cual dio nacimiento a la acción directa, tal y como fue evidenciado anteriormente.

Respecto de esta acción directa¹⁴⁵ cabe destacar que la misma se encuentra sujeta al término de prescripción que no admite la diferenciación consagrada en el artículo 1081 del código de comercio, dado que el artículo 1131 del mismo código señala de manera expresa que *“En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima.”* Así las cosas, se presenta cierta controversia acerca de cual de las prescripciones se aplica para la acción directa. En este sentido se podría argumentar que en tanto en la mayoría de los casos la víctima conoció o debió conocer la ocurrencia del siniestro, entonces será el término bienal el que determinará el perfeccionamiento de la prescripción. Por el contrario se podría argumentar que en la medida en que este artículo (1131) no hace referencia a ningún elemento subjetivo, que el mismo corre contra toda clase de personas, y que está más ajustado a la justicia social, será el término quinquenal el que regirá el ejercicio de la acción directa.

Por consiguiente un problema surge al diferenciar la prescripción que corre a favor del asegurador en contra del damnificado en virtud de la acción directa y la prescripción que corre a favor del asegurador en contra del asegurado en virtud del contrato de seguro, puesto que ésta también se deberá regir por la situación particular establecida en el artículo 1131.

¹⁴⁵ Para la Corte en la Sentencia del 29 de junio de 2007 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil: “Es que como con elocuencia lo ha manifestado reputada doctrina, a la “concepción implacable, frenética de los derechos individuales, se opone la teoría de la relatividad, que conduce a admitir posibles abusos de los derechos, aún de los más sagrados.” Desde nuestro punto de vista esta acción constituye un claro ejemplo de una excepción al efecto relativo de los contratos, dado que se le permite a un tercero no parte, aunque si designado como beneficiario en virtud de la Ley, que una relación contractual de la cual no fue sujeto que manifestó su voluntad, estar vinculado al mismo y poder así adquirir derechos contraer ciertas cargas.

De todas maneras este nacimiento de la acción directa no supuso una prelación de la misma con relación a las acciones que pudiese ejercer el damnificado en contra del asegurado y en esta medida no se puede circunscribir un término de prescripción del contrato de seguro a una situación civil, como lo puede ser una demanda de responsabilidad civil extracontractual por un accidente automovilístico que solo se manifestó, por ejemplo, solo 9 años después de su ocurrencia.

Así las cosas, y siguiendo literalmente el artículo 1131, éste hace referencia a dos tipos de acciones contra la parte más fuerte de toda la relación obligacional, como lo es el asegurador. En esta medida es claro que la acción directa del damnificado en contra de la compañía aseguradora comenzará a correr desde la ocurrencia del siniestro y con un término de 5 años que es el término máximo para ejercer un derecho en el ámbito del contrato de seguro. En este punto queremos criticar fuertemente la decisión de la Corte a este respecto, ya que decidió establecer que para las víctimas el término de prescripción solo podría ser el de la extraordinaria y con ello desconoció los lineamientos normativos especiales de la prescripción del contrato de seguro. No se entiende porque a un damnificado, capaz y consiente, no le es aplicable un término de prescripción subjetiva, donde es claro que él tuvo en la mayoría de los casos, que haber conocido o debido conocer la ocurrencia de los hechos.

Por otro lado, el artículo 1131 estableció una prescripción en contra del asegurado y a favor de la compañía aseguradora desde el momento en que el damnificado realice la reclamación judicial o extrajudicial al asegurado y en esta medida pensaríamos que lo más justo sería que desde allí comenzará a correr el término de prescripción ordinaria de dos años o de 5 años para casos excepcionales, tal y como lo hemos manifestado en múltiples ocasiones.

En este sentido la Corte manifiesta lo siguiente:

“En realidad el legislador nacional, al sujetar la prescripción de la acción de la víctima contra el asegurador a la ocurrencia del hecho provocante del daño irrogado, y no al enteramiento por parte de aquella del acaecimiento del mismo, previó que el fenecimiento de dicha acción sólo podía producirse por aplicación de la mencionada prescripción extraordinaria, contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio. La elocuencia del artículo 1131 no deja espacio para la duda o hesitación, tanto que, *expressis verbis*, aludió a la expresión “...fecha a partir”, lo que denota un comienzo, o sea el inicio del decurso prescriptivo, para nada ligado a consideraciones subjetivas, el cual es exclusivo para gobernar la prescripción de las acciones de la víctima, queriendo significar con ello que no es conducente adicionarle otro, esto es el asignado para el régimen ordinario (art. 1081 del C. de Co.), también en forma privativa, en la medida en que ello sería tanto como mezclar componentes antinómicos. O se tiene en cuenta el conocimiento, o no se tiene, desde luego con arreglo a criterios y a una hermenéutica fiable y, sobre todo, respetuosa del espíritu de la normatividad y no sólo de su letra, así ella sea dicente. De ahí que entre los criterios ‘conocimiento’ (art. 1081, segundo inciso, ib.) y ‘acaecimiento’ (art. 1131 ib.), media una profunda diferencia.... En apretada síntesis de lo dicho, conocer es entonces un *plus*, una exigencia adicional, un agregado *ex lege* que el ordenamiento comercial no efectuó, en razón de que le otorgó efectos prescriptivos al acaecimiento o materialización del “...hecho externo imputable al asegurado”. Nada más.”¹⁴⁶

Este es un punto problemático por cuanto si bien el artículo 1131 del Código de Comercio es una norma particular que establece específicamente como se rige la prescripción en el contrato de seguro, no debería desconocer el lineamiento general establecido en el artículo 1081 del mismo código. En esta medida la Corte Suprema en la sentencia del 29 de junio de 2007 es lógica en apuntar que toda vez que la ley 45 de 1990, que en su artículo 88 reformó el mencionado artículo 1131, fue posterior al artículo 1081, dicho artículo no puede ser ajeno a aquel, por lo cual: *“se impone entender que él no consagró un sistema de prescripción extraño o divergente al global desarrollado en el precitado precepto y que, por contera, sus disposiciones no constituyen un hito legislativo aislado o,*

¹⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 29 de junio de 2007. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

si se prefiere, autónomo o propio,... y que, por tanto, excluye toda posibilidad de recurrir a normas diferentes y, mucho menos, a las generales civiles, para definir el tema de la prescripción extintiva en materia del seguro,....”¹⁴⁷

Así las cosas, es lógico pensar que el hecho que da base a la acción determina, como en el régimen general, el nacimiento de la acción ordinaria con lo cual el término de prescripción sería de 2 años, situación que sería injusta en contra de los damnificados, por lo cual la Corte acertadamente en la Sentencia del 29 de junio de 2007 de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil manifestó lo siguiente: *“ya que habiendo fijado como punto de partida para la configuración de la prescripción de la acción directa de la víctima, la ocurrencia misma del hecho generador de la responsabilidad del asegurado -siniestro-, es claro que optó por un criterio netamente objetivo, predicable sólo, dentro del sistema dual de la norma en comentario como ya se señaló, a la indicada prescripción extraordinaria, ya que la ordinaria, como también en precedencia se indicó, es de estirpe subjetiva, en la medida en que se hace depender del “conocimiento” real o presunto del suceso generador de la acción, elemento este al que no aludió la primera de las normas aquí mencionadas, ora directa, ora indirectamente, aspecto que, por su relevancia, debe ser tomado muy en cuenta.”*

El mismo tema merece un tratamiento diverso en países como España, donde la acción directa se entiende sujeta a los mismos términos de prescripción de la acción de responsabilidad, bien sea esta contractual, o extracontractual, responsabilidad directa o indirecta, entre otras.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 29 de junio de 2007. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

¹⁴⁸ Si bien esta solución en principio pareciera ser más acertada que la consagrada en nuestra legislación, no deja de resultar problemática en la medida en que coloca al asegurador en calidad de responsable frente a la víctima, es decir, su responsabilidad no se deriva del vínculo contractual nacido del contrato de seguros, sino que el asegurador deberá responderle a la víctima como si fuese él un verdadero responsable, cosa complicada, dado que mirándolo bajo la óptica del derecho colombiano, haría más gravosa la

Por otra parte, es importante resaltar el siguiente planteamiento de la Corte que versa de la siguiente manera “Porque no se tomen en cuenta los derechos del asegurado ya que para él también corre la prescripción extraordinaria que lo dejaría sin cobertura para reclamaciones posteriores a los 5 años de dicha prescripción. En esta medida los derechos de la víctima también se verán vulnerados ya que la parte fuerte del contrato, la aseguradora, se libraría de su obligación siendo el patrimonio del asegurado la prenda del damnificado, por lo cual no debería circunscribirse únicamente al deber de información del asegurado, ya que la situación en cuestión implica la protección de otros derechos.” Con esta nueva forma de ver el contrato de seguro, si interpretamos el pensamiento de la Corte, es claro que los derechos de los damnificados en este Estado Social y Constitucional de Derecho se están protegiendo de una mayor manera, en perjuicio de los derechos de los asegurados que fueron los que pagaron una determinada contraprestación para proteger su propio patrimonio. Esta situación presenta un contrasentido en tanto que los términos de prescripción, como los tiene consagrados la legislación, generarían que la compañía aseguradora, quien es la parte fuerte de la relación contractual, en la mayoría de los casos, quedará desligada de sus obligaciones indemnizatorias, obligando a la víctima a utilizar su acción normal de responsabilidad, tergiversando el objetivo mismo del contrato de seguro.

Sin embargo, estamos completamente en desacuerdo con esta argumentación de la Corte, ya que desconoce indiscutiblemente lo establecido en el artículo 1131 del Código de Comercio cuando establece el momento en que empezaran a correr los términos de prescripción a favor del asegurado y en contra del asegurador en virtud de la acción indemnizatoria. En este sentido es innegable que los derechos del asegurado en contra de la compañía de seguros solo comenzarán a correr con la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima, y

situación del asegurador en cuanto a la duración de los compromisos derivados del contrato de seguro de responsabilidad civil.

en este sentido no podrían etimológica ni fácticamente extinguirse dichos derechos por la inactividad de la víctima antes de que prescriba la acción de responsabilidad, tal y como lo hemos manifestado en varias ocasiones.

Un ejemplo ayudaría entender este error de la Corte; a su parecer, a las víctimas se les podrían estar desprotegiendo sus derechos por la prescripción de las acciones del asegurado frente a la compañía de seguros, ya que en virtud del contrato de seguro ya no podrían hacer efectiva su acción directa. Así, en el caso de un accidente ocurrido en el año 2000, la víctima puede ejercer su acción directa frente al asegurado hasta el año 2005, ya que solo hasta este año prescribirían extraordinariamente sus derechos (de acuerdo a la postura de la Corte). Por su parte, en la medida en que los derechos del asegurado también se extinguirían en 2005 en virtud de esta misma prescripción quinquenal, después del 2006 el damnificado solo podría ejercer la acción de responsabilidad. Esta afirmación de la Corte es infundada ya que como sabemos los términos para el asegurado corren desde la reclamación y en esta medida si el damnificado le reclama en 2009, el asegurado tendría 2 años hasta el 2011 (en la mayoría de los casos por ser la regla general la prescripción ordinaria) para reclamarle al asegurador la indemnización del seguro, dejando finalmente como prenda del damnificado ambos patrimonios.

En este orden de ideas nos parece que una cierta síntesis de la sentencia establecida por la misma Corte, sería la siguiente: “De suerte, pues, que considerado el inequívoco y adamantino propósito del legislador encaminado - *recta via*- a autorizar al perjudicado dirigirse en contra del asegurador, siendo connatural al ejercicio de dicha acción la satisfacción, voluntaria o forzada, del deber de información a que se ha hecho mérito en esta providencia, debe igualmente concluirse que el artículo 1131 del Código de Comercio, modificado por el artículo 86 de la mencionada Ley 45 de 1990, en que se previó a favor de la víctima esa puntual reforma, estatuyó para la referida acción directa solamente la

prescripción extraordinaria de cinco años, cuyo término, además por ser más amplio y holgado, acompasa con el mencionado cometido legislativo y con la posibilidad de obtener la víctima del asegurador la efectiva reparación del daño que le fue irrogado por el asegurado, conforme las circunstancias.”¹⁴⁹

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 29 de junio de 2007. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

V. CONCLUSIONES

El contrato de seguro es una relación obligacional que por su importancia y naturaleza ha generado grandes desarrollos evidenciando el real progreso de una determinada sociedad. El seguro de responsabilidad civil se ha adaptado a las nuevas realidades de esta sociedad temerosa del riesgo y de las injusticias sociales que comenzaron con la primera revolución industrial y que continúan actualmente con graves infecciones y productos defectuosos que se incluyen al amplio campo de la protección al consumidor del siglo XXI.

Es en este contexto donde todas las personas interesadas en la protección de los derechos de los damnificados deben tener certeza sobre los términos en que pueden hacer valer sus derechos y ejercer sus acciones, asegurando la exigibilidad de las mismas y el cumplimiento por parte de las compañías aseguradoras. Esta seguridad solo puede lograrse una vez se tenga una completa claridad sobre los términos de prescripción de las acciones que emanan del contrato de seguro.

Desde la Ley 45 de 1990 con la expedición de la gran reforma en la legislación del contrato de seguro, se dio nacimiento a la acción directa como mecanismo idóneo y expedito para proteger los intereses y derechos de las víctimas y de sus causahabientes. Empero tal y como quedó evidenciado en páginas anteriores, esta supuesta protección no se ha aplicado de una manera eficaz en la realidad, debido a que no se establecieron mecanismos expeditos para que los damnificados tuvieran conocimiento de sus derechos y de la existencia de una póliza de seguro que facilitará la protección y la satisfacción de los mismos.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil en la citada Sentencia del 29 de junio de 2007, pretendió suplir este vacío normativo, mediante el establecimiento de un deber de información al asegurado frente al damnificado sobre la existencia de la póliza de seguro. A nuestro modo de ver, este deber solo pudo haber sido establecido por la Ley toda vez solo por intermedio de ella que los asegurados contarían con la verdadera obligación de informarles a los damnificados de la existencia de la póliza, en esta medida ¿Qué pasaría si un asegurado viola el deber impuesto por la Corte Suprema en esta Sentencia?; es decir ¿Cuál sería la consecuencia jurídica derivada del incumplimiento de dicho deber?, ¿Cabría por tal conducta imputar daños adicionales cuya fuente fuese la omisión de información?

Esta sentencia adicionalmente estableció como único término de prescripción para el ejercicio de esta acción, el quinquenal de la prescripción extraordinaria. En nuestro criterio, esta fue una infortunada conclusión fundamentada en la lectura subjetiva de una norma (artículo 1131 del Código de Comercio) que no justifica enteramente la conclusión a que la Corte arribó. Las mismas razones por las cuales existen dos clases de prescripciones para las acciones emanadas del contrato de seguro, pueden fundamentar la existencia de las mismas para la acción directa. El hecho de que el artículo exprese “*Fecha a partir...correrá la prescripción...*” no hace deducir inexorablemente la existencia de una sola clase de prescripción para estas acciones. Además ¿Por qué no fuese entonces la prescripción ordinaria, la que debería operar, si la realidad demuestra el conocimiento del damnificado de la ocurrencia del siniestro?. Según la Corte esto se debe a que es una prescripción objetiva que corre contra todo el mundo, y en esta medida sería la prescripción extraordinaria la que aplicaría para el presente caso. Sin embargo, esta explicación también se queda corta en fundamentación, ya que el damnificado como beneficiario del seguro se constituye en un interesado de dicho contrato y por tal también le sería aplicable la prescripción bienal.

Por otra parte, en la medida en que este artículo también regula la prescripción que corre a favor de la compañía de seguros y en contra del asegurado, ¿Será que frente a éste también solo correrá la prescripción extraordinaria?. A nuestro parecer es innegable que si para el asegurado corren las dos clases de prescripciones, frente al damnificado también lo debería hacer, ya que no existe fundamento legal ni interpretación razonable para concluir lo contrario.

Para nosotros, desde un comienzo (Decreto número 410 de 1971) la institución de la prescripción extintiva fue mal regulada para el contrato de seguro. En este sentido consideramos que el problema reside en la determinación de los sujetos pasivos y activos de la prescripción para este contrato, y de la utilización indiscriminada de instituciones para referirse a disímiles situaciones jurídicas, que por sus condiciones particulares implican o merecen regulaciones diferentes.

En este orden de ideas, en cada una de las reformas importantes al Código de Comercio sobre el tema (Ley 45 de 1990 y Ley 389 de 1997) se ha intentado infructuosamente darle solución a un problema tan serio, que en la mayoría de las veces significaba la pérdida de los derechos que se tenían, derivados de la celebración de un determinado contrato de seguro. Este hecho, unido a la falta de claridad en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, ha generado confusión en el tema y un tratamiento inadecuado de la institución.

En nuestro sentir, el hecho de haber surgido una nueva modalidad de contratar la póliza de responsabilidad civil, como lo es la delimitación contractual del riesgo con base en la reclamación, ha aumentado la incertidumbre en el tema de la prescripción. Las diferentes teorías sobre la ocurrencia del siniestro tampoco han ayudado a dar claridad al respecto.

Como lo expresamos en las páginas anteriores, consideramos que el siniestro para este tipo de seguros sigue siendo, como en el régimen general del contrato de seguro, la realización del riesgo, es decir el hecho externo imputable al asegurado. Esta es la única teoría que puede justificar que se hagan exigibles una serie de obligaciones y cobren importancia las cargas que se derivan de dicho contrato y que no podrían hacerlo de no haberse materializado el riesgo asegurado. El hecho de que la póliza solo ampare los siniestros que se reclamen durante una determinada vigencia, no comprueba en ninguna medida la calidad de “siniestro”, ya que este siempre será el mismo, es decir, la ocurrencia del hecho externo imputable al asegurado.

Lo problemático del asunto es que sigue confundiéndose el nacimiento de un derecho con su exigibilidad. Es claro que uno de los elementos esenciales del contrato de seguro es la obligación condicional en cabeza del asegurador y a favor de los beneficiarios de la póliza. En esta medida una vez materializado el riesgo amparado, la obligación que se tiene frente a la compañía de seguros se torna pura y simple, siendo posible su exigibilidad de manera inmediata por parte de los beneficiarios. Esta regla general para la mayor parte de los seguros, no se presenta en los seguros de responsabilidad civil, debido a que en virtud de la Ley (artículo 1131), el asegurado debe cumplir un requisito adicional para hacerse acreedor de la obligación indemnizatoria, como lo es la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima.

Así, el pago de la indemnización en el contrato de seguro de responsabilidad tiene envuelto las siguientes modalidades: en primera instancia el damnificado puede ejercer, en virtud de la acción directa, sus acciones frente al asegurador desde la ocurrencia misma del siniestro, que será entonces la condición que una vez cumplida tornará en pura y simple la obligación del asegurador. Los términos de prescripción en este caso se contarán desde la ocurrencia del siniestro y serán

solo quinquenales, toda vez que según la interpretación de la Corte para estas acciones solo aplica la prescripción extraordinaria.

Por su parte, frente al asegurado se presenta la siguiente solución. Por un lado, es claro que su patrimonio sigue siendo, aunque ya no exclusivamente, el interés asegurable contratado por la póliza. Para que el riesgo se materialice con relación a dicho interés es necesario, además de la ocurrencia del siniestro, como el hecho externo imputable a él mismo, que la víctima le reclame judicial o extrajudicialmente el pago de la indemnización respectiva. En esta medida se dará cumplimiento a la doble condición de este tipo de seguros, y solo de esta manera se justificarían las coberturas de gastos médicos y de defensa que están claramente incluidos bajo este tipo de pólizas.

En esta medida para el asegurado desde la ocurrencia del siniestro, empiezan a correr a su favor los términos de prescripción del régimen civil en virtud de la acción de responsabilidad, los cuales serán de 5 o 10 años dependiendo del caso. Por su parte, los términos de prescripción de la acción indemnizatoria derivada del contrato de seguro, solo empezarán a correr desde la ocurrencia de la condición adicional a la cual hicimos referencia anteriormente, que será la reclamación judicial o extrajudicial de la víctima, al causante del daño. En esta medida solo desde este momento principiarán a correr los 2 años de la prescripción ordinaria, y los 5 años (aunque muy excepcionalmente) de la prescripción extraordinaria.

La víctima entonces nunca quedará realmente desprotegida, a no ser que su inactividad por un período superior a los 10 años determine la extinción de la obligación civil. Entretanto ésta siempre tendrá el patrimonio del asegurado como prenda general, para hacer efectivo el pago de la indemnización. Adicionalmente si la víctima después de los 5 años no ejerció la acción directa, siempre, al demandar al asegurado después de estos 5 años, tendrá la posibilidad de llamar en garantía

al asegurador, y en esta medida el damnificado también tendría como prenda general el patrimonio de la compañía aseguradora.

Por último, quisiéramos hacer un llamado al legislador para que regule de una manera más acertada y detallada tan importantes temas, tanto la prescripción como la acción directa, en la medida en que solo de esta manera se puede tener certeza acerca de las condiciones particulares de cada una de estas instituciones. Es innegable que tanto para la prescripción en el contrato de seguro, como para la acción directa, el legislador pareció seguir con las modas legislativas contemporáneas en vez de estudiar concienzudamente el tema y darle cierta coherencia que permitiera, tanto a los interesados en el contrato de seguro, como a los demás operadores jurídicos del ordenamiento, un adecuado entendimiento de ambos temas.

VI. BIBLIOGRAFIA

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 4 de julio de 1977.M.P.: JOSÉ MARÍA ESGUERRA SAMPER.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 3 de mayo de 2000. M.P.: NICOLAS BECHARA SIMANCAS.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 19 de febrero de 2003. M.P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 10 de febrero de 2005.M.P.: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 16 de diciembre de 2005. M.P.: JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 14 de julio de 2006. M.P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 12 de febrero de 2007. M.P.: EDGARDO VILLAMIL PORTILLA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 21 de marzo de 2007. M.P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Sentencia 29 de junio de 2007. M.P.: CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Cuarta-. Sentencia 15 de septiembre de 1995 C.P.: JULIO E. CORREA RESTREPO.

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Quinta-. Sentencia 6 de agosto de 1998 C.P.: MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF.

TEXTOS

VI ENCUENTRO NACIONAL DE ACOLDESE. La prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros. Medellín, Colombia. Agosto 6 a 10 de 1980. Editorial Skandia.

ACOLDESE Y FASECOLDA. Jurisprudencia de Seguros. Corte Suprema de Justicia 1971-2000. Impreso en el Departamento de Publicaciones de FASECOLDA. Bogotá, Colombia

OSSA, EFREN J. Teoría General del Seguro. Segunda Edición actualizada. Editorial Temis, 1991. Bogotá, Colombia.

STIGLITZ, RUBEN S. Y STIGLITZ, GRABRIEL A. Seguro contra la Responsabilidad Civil. Segunda Edición actualizada. Editorial Abeledo – Perrot. Buenos Aires, Argentina.

DIAZ-GRANADOS ORTIZ, JUAN MANUEL. El seguro de responsabilidad. Primera Edición. Editorial Universidad del Rosario, enero de 2006. Bogotá, Colombia.

LOPEZ BLANCO, HERNAN FABIO. Comentarios al Contrato de Seguro. Cuarta Edición. Dupre Editores Ltda., 2004. Bogotá, Colombia.

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, ANDRES E. El contrato de seguro: ley 389 de 1997 y otros estudios. Primera Edición. Desarrollo Editorial Salamanca. Universidad Externado de Colombia, julio de 1998. Bogotá, Colombia.

VELASQUEZ SIERRA, MARIO. Divagaciones Alrededor del Seguro. Segunda Edición ampliada y revisada. Editorial Critería. Medellín, Colombia. 2004.

PELAEZ GARCIA, MATEO. De los Sujetos Jurídicos Frente al Contrato de Seguro en el Derecho Colombiano. Monografía para optar al título de especialista en responsabilidad civil y seguros. Medellín, Colombia. 2004.

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, ANDRES E. Lecciones de Derecho de Seguros. No. 2 Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato. Universidad Externado de Colombia. Primera Ed. Noviembre de 2002.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. Tomo I. Ed TEMIS. Bogotá, Colombia 1999.

VELASQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Octava Edición actualizada. Editorial Temis. Bogotá, Colombia 2000.

LATORRE U, Luis F. Prescripción adquisitiva de la propiedad inmueble. Imprenta del Departamento. República de Colombia. 1908.

VITERVO, Camilo. El Seguro de la Responsabilidad Civil, Buenos Aires, Editorial De Palma, 1944, p. 122.

DECRETOS, CODIGOS Y LEYES

Congreso Nacional de la República. Ley 57 del 15 de abril de 1987. Código Civil. Bogotá, Colombia.

Presidente de la República. Decretos 1400 y 2019 de 1970. Código de Procedimiento Civil. Bogotá, Colombia.

Presidente de la República. Decreto 410 del 27 de marzo de 1977. Código de Comercio. Bogotá, Colombia.

Congreso Nacional de la República. Ley 45 del 18 de diciembre de 1990. Bogotá, Colombia.

Presidente de la República. Decreto 663 del 2 de abril de 1993. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Bogotá, Colombia.

Congreso Nacional de la República. Ley 389 del 18 de julio de 1997. Bogotá, Colombia.

Congreso Nacional de la República. Ley 791 del 27 de diciembre de 2002. Bogotá, Colombia.

Congreso Nacional de la República. Ley 964 del 8 de julio de 2005. Bogotá, Colombia.