

**Incentivos económicos para la elección empresarial entre contratos de
servicios de asistencia y contratos de seguro**

Análisis de su naturaleza jurídica y diferencias contractuales

SARA PAREDES DUQUE

Monografía

Asesor

Juan Esteban Vélez Villegas

UNIVERSIDAD EAFIT

Escuela de derecho

Programa de derecho

Medellín

2024

Resumen

La presente monografía se centra en identificar los incentivos económicos que pueden influir en la elección de los empresarios entre llevar a cabo su actividad empresarial a través de contratos de seguro o contratos de servicios de asistencia, desde un punto de vista del derecho y la economía. Para ello, se ubican las diferencias y semejanzas en la naturaleza jurídica de ambos tipos de modalidades contractuales con el fin de determinar si estas diferencias son lo suficientemente importantes como para considerar que se trata de figuras sustancialmente distintas que requieren reglamentaciones separadas. Con lo anterior, se llega a conclusiones sobre el impacto de las regulaciones de la actividad aseguradora en el comportamiento de los actores del mercado en la elección de la modalidad contractual a utilizar.

Palabras clave: seguros, servicios de asistencia, incentivos, economía, naturaleza jurídica, contratos.

Contenido

1. INTRODUCCIÓN	6
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE ASISTENCIA Y DIFERENCIAS CON LOS CONTRATOS DE SEGURO	11
2.1. DEFINICIÓN DE CONTRATOS DE SERVICIOS DE ASISTENCIA Y DE LOS CONTRATOS DE SEGURO	
11	
2.2. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DE ASISTENCIA Y DE LOS CONTRATOS DE SEGURO	12
2.2.1. <i>Clasificación de los contratos</i>	13
2.2.2. <i>Elementos de la esencia</i>	14
2.2.2.1. El interés asegurable	15
2.2.2.2. El riesgo asegurable	16
2.2.2.3. La prima o precio del seguro	16
2.2.2.4. La obligación condicional del asegurador	17
2.2.3. <i>Revisión de la jurisprudencia y conceptos existentes sobre la naturaleza jurídica de estos contratos</i>	21
2.2.3.1. Sentencia C-940 de 2003 – Corte Constitucional	21
2.2.3.2. Concepto 2011078736-002 del 13 de diciembre de 2011 – Superintendencia Financiera	
28	
2.2.3.3. Sentencia C-432 de 2010 – Corte Constitucional	29
2.2.4. <i>Conclusiones frente al contraste de la naturaleza jurídica de ambas modalidades contractuales</i>	32

3. INCENTIVOS ECONÓMICOS PARA LA ELECCIÓN DE MODELO

CONTRACTUAL 35

3.1. EXPLORACIÓN DE LOS INCENTIVOS ECONÓMICOS QUE PODRÍAN INFLUIR EN LA ELECCIÓN ENTRE CONTRATOS DE ASISTENCIA Y SEGUROS PARA LAS EMPRESAS 35

3.1.1. *Incentivos consistentes en sanciones por la ejecución ilegal de actividad aseguradora* 37

3.1.1.1. Medidas cautelares por ejercicio ilegal de la actividad aseguradora 37

3.1.1.2. Sanción de delito y multa por la captación masiva y habitual de dineros 38

3.1.2. *Incentivos para evitar la regulación por ejercer actividad aseguradora*..... 39

3.1.2.1. La actividad aseguradora es de interés público y requiere autorización de la Superintendencia Financiera para ejercerse..... 39

3.1.2.2. Sometimiento de la entidad aseguradora a la vigilancia y poder sancionatorio de la Superintendencia Financiera..... 40

3.1.2.3. Objeto social 42

3.1.2.4. Limitaciones relativas a niveles de patrimonio..... 43

3.1.2.5. Obligación de constituir reservas técnicas 44

3.1.2.6. Inversiones sobre las reservas técnicas 45

3.1.2.7. Obligación de adoptar sistemas especiales de adopción de riesgos de seguros (SEARS) 46

3.1.2.8. Régimen de pólizas y tarifas 48

3.1.3. *Conclusiones sobre el impacto de los incentivos económicos identificados: Análisis de requisitos regulatorios, costos y preferencias del mercado* 49

3.1.3.1. Análisis de requisitos regulatorios 50

3.1.3.2. Análisis de costos.....	52
3.1.3.3. Análisis de preferencias del mercado	53
3.1.3.3.1. Los empresarios	54
3.1.3.3.2. Los consumidores	55
3.1.3.3.3. Preferencias generales del mercado	56
4. CONCLUSIONES	57
5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	61

1. Introducción

Un empresario, llamado Nicolás Keglevich¹, identificó una necesidad creciente en el mercado: ofrecer un servicio de asistencia médica a personas que, durante sus viajes, pudieran sufrir un accidente o enfermedad. Su propuesta permitiría a los viajeros recibir atención médica sin importar su ubicación geográfica. Sin embargo, al desarrollar esta idea, surgió una decisión crucial: ¿qué modalidad contractual le permitiría comercializar su servicio de la manera más eficiente y rentable en Colombia?

Por un lado, podía optar por el contrato de seguro, ampliamente regulado y bien establecido en el mercado, pero que implicaba someterse a estrictos controles y regulaciones. Por otro lado, tenía la opción de utilizar el contrato de servicios de asistencia, un contrato atípico y más flexible, pero menos definido jurídicamente. La elección entre estos dos tipos de contratos no es trivial. Para ello es necesario que aquellos empresarios que quieran prestar este tipo de servicios en Colombia analicen cuidadosamente los incentivos económicos y las implicaciones jurídicas de cada opción. Este trabajo busca desentrañar las motivaciones que llevan a los prestadores de servicios de asistencia a inclinarse por uno u otro tipo de contrato, y cómo estas decisiones impactan en la prestación del servicio y en la estructura regulatoria y económica del país.

Esta discusión no es de poca relevancia, pues los riesgos han hecho parte de la existencia del ser humano durante mucho tiempo. Fenómenos como inundaciones, sequías, erupciones volcánicas y ataques de animales salvajes, entre otros, han representado riesgos para el ser humano desde tiempos ancestrales (Bravo Reyes & Fernández Molano, 2011). Por lo anterior, las personas han intentado buscar formas de protegerse de los peligros inherentes a la existencia humana. De

¹ Fundador de *Assist Card*.

esta manera el contrato de seguro fue naciendo y evolucionando a lo largo del tiempo para configurarse como el modelo contractual que conocemos hoy. En este sentido, dicho contrato nació con el fin de que las personas pudiesen evitar o disminuir pérdidas y, por tanto, esta es la figura que tradicionalmente las personas naturales y jurídicas han utilizado para protegerse de los riesgos.

Ahora bien, similar a un contrato de seguro, en la actualidad se ha evidenciado el surgimiento de una nueva modalidad contractual atípica en la que también pareciera que se busca proteger a las personas tras la ocurrencia de ciertos riesgos. Esta figura se trata de los contratos de servicios de asistencia, la cual busca brindar un conjunto de servicios al contratante con el fin de superar percances e imprevistos a cambio del pago de un dinero (Torres González et al., 2011). Estos servicios de asistencia se manifiestan en diversas facetas del mercado como, por ejemplo, los contratos de servicios de asistencia: en viajes, médicos, de mascotas, bicicletas, autos y motos, legales, al hogar, entre otros.

Con base en lo anterior, se hace evidente la gran semejanza entre el contrato de servicios de asistencia y el contrato de seguro, especialmente porque ambas figuras buscan prevenir riesgos a cambio de un dinero. La similitud es tal que, en la actualidad, es posible encontrar ambas modalidades contractuales buscando proteger un mismo riesgo. En efecto, actualmente se identifican contratos de seguros de salud –por ejemplo, los que ofrece Seguros SURA– y contratos de servicios de asistencia médica –por ejemplo, los que ofrece *Assist Card*– buscando proteger el mismo riesgo –en este ejemplo, sufrir una contingencia de salud. Con base en lo anterior, surge la cuestión de si acaso ambas figuras son lo suficientemente diferentes como para ameritar un tratamiento legal distinto.

Considerando que la gestión de riesgos se trata de un aspecto fundamental para el éxito de las empresas y la protección de los particulares –toda vez que así se puede evitar que estas asuman

pérdidas por la ocurrencia de contingencias graves—, tanto los contratos de seguro como los contratos de servicios de asistencia son figuras que requieren de un análisis legal más profundo, para identificar cuál es la naturaleza jurídica de cada una y si efectivamente se tratan de figuras distintas. Además, es fundamental comprender por qué el contrato de servicios de asistencia comenzó a ganar popularidad, siendo una figura similar a los contratos de seguro ya existentes, que aparentemente persiguen el mismo objetivo de proteger a las personas frente a la materialización de riesgos. En consecuencia, surge la pregunta sobre cuáles son los incentivos económicos presentes en la legislación colombiana que llevan a los actores del mercado a optar por una u otra figura, toda vez que estas aparentemente persiguen el mismo objetivo.

A partir de lo anterior, surge un interrogante relevante: si el contrato de seguro ya existía para satisfacer la necesidad del mercado de cubrir los riesgos a los que está expuesto, ¿por qué se optaría por no emplear esta figura? ¿Qué motivó a las empresas a ofrecer la alternativa de los contratos de servicios de asistencia?

En todo caso, es importante poner de presente que para los términos de este trabajo se tocará un concepto fundamental para el planteamiento de este tema: la actividad aseguradora. Como se profundizará posteriormente, este concepto actualmente no se encuentra claramente definido. En efecto, en el ordenamiento jurídico colombiano sólo se evidencia una definición circular que podría permitir eludir el propósito de la regulación de la misma, pues plantea esta actividad como aquella que ejercen las empresas aseguradoras (criterio orgánico de definición). Por tanto, para este escrito se define la actividad aseguradora como el conjunto de operaciones realizadas por una persona natural o jurídica, orientadas a asumir riesgos específicos de otra, a cambio del pago de una contraprestación, en el marco de un contrato de seguro. Con base en lo anterior, este trabajo buscará determinar si el ejercicio realizado mediante los contratos de

servicios de asistencia puede considerarse equivalente a la actividad aseguradora –concepto que se encuentra intrínsecamente ligado con el contrato de seguro. La hipótesis del presente trabajo se orienta a que efectivamente se tratan de contratos idénticos pero que existen incentivos significativos para que las empresas prefieran los contratos de servicios de asistencia, evitando así someterse a la rigurosa regulación aplicable a los contratos de seguro.

Por tanto, con el fin de desarrollar el presente escrito, en primer lugar, el grueso del presente trabajo consiste en analizar los incentivos económicos evidenciados en la legislación colombiana que afectan a las empresas y que influyen en la elección de los empresarios entre el ofrecimiento de los contratos de servicios de asistencia y los contratos de seguros. De esta manera, se analizarán los costos, riesgos financieros y preferencias del mercado.

Para ello, previamente se identificarán las diferencias y semejanzas en la naturaleza jurídica entre los contratos de servicio de asistencia y los de seguro. Esto con el fin de determinar si las divergencias entre ambas figuras son lo suficientemente significativas para considerarlas modalidades contractuales distintas o, por el contrario, si es necesario unificarlas bajo un mismo régimen legal, evitando que una de ellas se “disfrace” de la otra en aplicación del principio de “la realidad sobre las formas”.

Ahora bien, frente a este aspecto se debe poner de presente que este trabajo no pretende resolver si los contratos de servicios de asistencia constituyen ejercicio ilícito de la actividad aseguradora. Aunque se pondrán de presente posibles argumentos a favor y en contra de la identidad de ambos tipos de contratos, esto sólo se hará para evidenciar que en la actualidad los empresarios se encuentran ante una opción frente a la forma de contratación al ofrecer este tipo de servicios. En este sentido, otros trabajos podrán resolver la cuestión de si el optar por ofrecer contratos de servicios de asistencia se trata de un ejercicio legal o no.

Finalmente, se propondrán recomendaciones o sugerencias prácticas para ajustar la manera de legislar sobre ambas figuras contractuales de modo que se evite la generación de incentivos indeseados que afecten negativamente el comportamiento de los actores del mercado.

Para llevar a cabo lo mencionado anteriormente, la presente monografía adoptará una metodología basada en el análisis económico del derecho, también conocida como enfoque de *Law and Economics*. Así, el trabajo combinará un estudio jurídico de los conceptos de “contrato de seguro” y “contrato de servicios de asistencia” –mediante el análisis de algunas sentencias pertinentes y un concepto emitido por la Superintendencia Financiera– con una perspectiva económica que examina a los distintos actores del mercado y los incentivos que los llevan a optar por una u otra figura contractual. Cabe destacar que la selección de jurisprudencia y conceptos estuvo orientada por el conocimiento propio sobre la escasez de fuentes en este tema específico, reforzado por entrevistas a expertos en seguros, quienes corroboraron que las decisiones analizadas son, en efecto, las más significativas, si no las únicas, en este contexto. Esta metodología se implementará con el objetivo de comprender cómo la legislación colombiana –tanto la normatividad aplicable a los contratos de seguros como la ausencia de regulación sobre los contratos de servicios de asistencia– incide en el comportamiento y las decisiones económicas de los agentes del mercado.

2. Naturaleza jurídica de los contratos de servicios de asistencia y diferencias con los contratos de seguro

Se iniciará el presente marco teórico definiendo la naturaleza jurídica de los contratos de seguros y los de servicios de asistencia, ubicando sus diferencias y semejanzas. Posteriormente, se determinará si estas figuras deben considerarse como modalidades de contratación separadas o si sus diferencias son tan insignificantes que la distinción entre ambas no es relevante y, por lo tanto, deberían regirse bajo una sola regulación como si fueran una misma figura contractual.

2.1. Definición de contratos de servicios de asistencia y de los contratos de seguro

El contrato de servicios de asistencia no se encuentra expresamente regulado en el ordenamiento jurídico colombiano. Este se trata de un contrato atípico que parece enmarcarse en un contrato de prestación de servicios – el cual también carece de una regulación expresa. Por tanto, debido a la ausencia de una definición en la legislación sobre este tipo de contratos, se procederá a explicarlo de acuerdo con los modelos existentes que ofrecen las compañías actualmente.

El contrato de servicios de asistencia es una modalidad de contratación en virtud de la cual una parte –que para los términos de este trabajo denominaremos como “prestador de servicios de asistencia”– se obliga a prestar un conjunto determinado de servicios a otra persona –que denominaremos como “contratante”– en caso de que ocurra un percance o imprevisto relativo al servicio ofrecido².

² Por ejemplo, el modelo ofrecido por *Assist Card* consiste en ofrecer servicios de asistencia médica en situaciones de emergencia durante el transcurso de un viaje.

Por otro lado, si bien el contrato de seguro se encuentra expresamente regulado en el ordenamiento jurídico colombiano –entre el artículo 1036 y 1162 del Código de Comercio–, allí no se contempla una definición de este contrato. No obstante, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia definió el contrato de seguro como aquel:

por virtud del cual una persona –el asegurador– se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina “prima”, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al “asegurado” los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta (Corte Suprema de Justicia, 1994, p.10)³.

Tras definir ambos tipos de contratos es claro que en cada uno de ellos una parte se obliga a llevar a cabo una prestación, en caso de que ocurra un imprevisto, a cambio de una contraprestación económica. Esta clara similitud lleva a que se haga relevante hacer un análisis detallado sobre la naturaleza jurídica de cada una de estas modalidades de contratación. Esto, con el fin de evaluar si –más allá de lo evidenciado en estas simples definiciones– se encuentran semejanzas y diferencias en cada uno de los aspectos que componen a estas figuras.

2.2. Análisis de la naturaleza jurídica de los contratos de asistencia y de los contratos de seguro

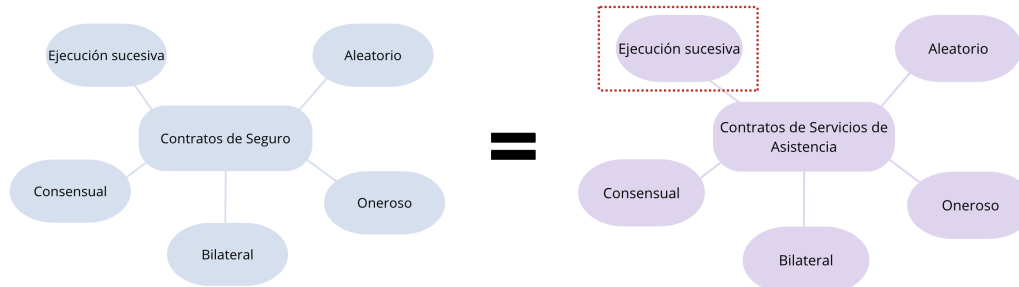
³ Esta definición ha sido reiterada por la Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias como: 24 de enero de 1994, S-002-94, exp. 4045; 22 de julio de 1999, S-026-99, exp. 5065; 27 de agosto de 2008, exp. 14171; 11 de junio de 2020, Sentencia SC3273-2020.

Para entender con mayor claridad la naturaleza jurídica de ambos tipos de figuras contractuales, se analizará dentro de cuáles categorías de las clasificaciones de los contratos se encajan cada uno de estos. Posteriormente, se definirá cuáles son los elementos de la esencia de cada uno. Ahora bien, se pone de presente que en la siguiente subsección se revisará cómo dichos elementos esenciales se evidencian en la jurisprudencia, de forma separada debido a la importancia de dichas decisiones y sus implicaciones.

2.2.1. Clasificación de los contratos

De acuerdo con el artículo 1036 del Código de Comercio el contrato de seguro se trata de “un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”⁴. Por su parte, el contrato de servicios de asistencia se trata de un contrato que, si bien es atípico, al revisar la manera en que se ejecuta por parte de las compañías que lo ofrecen también se trata de un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y, en algunos casos, de ejecución sucesiva. Llama la atención que en la mayoría de las clasificaciones contractuales ambos tipos se agrupan en la misma categoría. Por lo tanto, se hace relevante hacer un análisis más minucioso y revisar los elementos esenciales del contrato de seguro y compararlos con las características de los contratos de servicios de asistencia.

⁴ Subrayado fuera de texto.



Elaboración propia – Fig. 1.

2.2.2. Elementos de la esencia

Para examinar los elementos esenciales de estos contratos, es importante destacar que, según el artículo 1501 del Código Civil, estas son las características imprescindibles para que el contrato genere efectos jurídicos o, de lo contrario, se convierta en un contrato distinto. En este contexto, se procederá a definir los elementos esenciales del contrato de seguro con el propósito de determinar si el contrato de servicios de asistencia se convierte en este primero.

De acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio, los elementos de la esencia del contrato de seguro son: “1) El interés asegurable; 2) El riesgo asegurable; 3) La prima o precio del seguro, y 4) La obligación condicional del asegurador”. Se procederá a explicar cada uno de ellos con base en la legislación⁵.

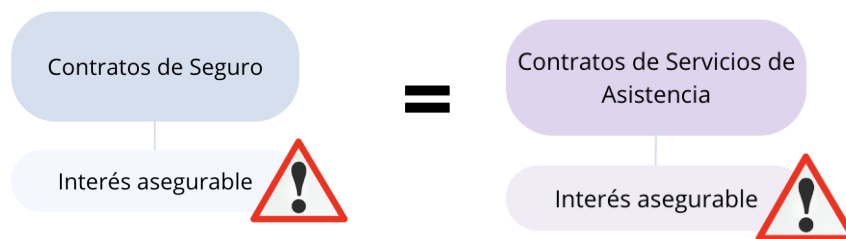
⁵ En todo caso, se pone de presente que dichos elementos han sido profundamente analizados por autores como Efrén Ossa, Andrés Ordoñez, Ignacio Jaramillo, Hernán Fabio López Blanco, entre otros.

2.2.2.1. El interés asegurable

El primer elemento esencial del contrato de seguro a revisar es el *interés asegurable*. Este se define como el interés “amenazad[o] en su integridad por uno o varios riesgos, que vincula a una persona consigo misma, con otra persona, o con bienes y derechos, ya sea de manera general o particular” (Ossa, 1991, p. 77)⁶. En otras palabras, el interés asegurable es el asunto expuesto a un riesgo o amenaza, cuya protección se busca mediante la celebración del contrato de seguro.

Cuando se habla del elemento del riesgo, este se entiende como la causa principal que conlleva a una pérdida. La palabra “riesgo” conlleva incertidumbre e inseguridad, pues se trata de la posibilidad de que se dé un resultado que no sea favorable, un resultado que pueda llevar a perder, a lesionar un interés (Vigil, 2022).

Este concepto, además de estar presente en los contratos de seguro, parece también estar implícito en los contratos de servicios de asistencia. Aunque no se le denomina explícitamente “interés asegurable”, estos contratos igualmente tienen como finalidad proteger un interés específico frente a un riesgo, amenaza o situación de emergencia. En virtud de lo anterior, es claro que el primer elemento de la esencia del contrato de seguro se comparte con los contratos de servicios de asistencia.

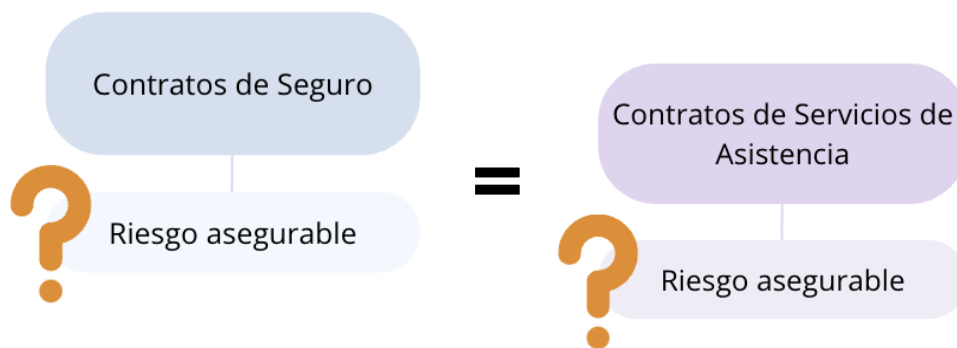


Elaboración propia – Fig. 2.

⁶ Esta definición fue acogida por la Corte Constitucional en Sentencia C-269 de 1999.

2.2.2.2. El riesgo asegurable

El segundo elemento esencial del contrato de seguro que se procederá a considerar es el del *riesgo asegurable*. De acuerdo con el artículo 1054 del Código de Comercio este elemento se refiere a “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”. Sobre este elemento, de nuevo, pareciera que el contrato de servicios de asistencia también contase con él, toda vez que, como se ha ido mencionando a lo largo del presente trabajo, esta modalidad contractual también busca proteger a sus contratantes de un riesgo o suceso incierto y que sólo en caso de configurarse dicha eventualidad, se daría origen a la obligación de la entidad prestadora de servicios de asistencia.

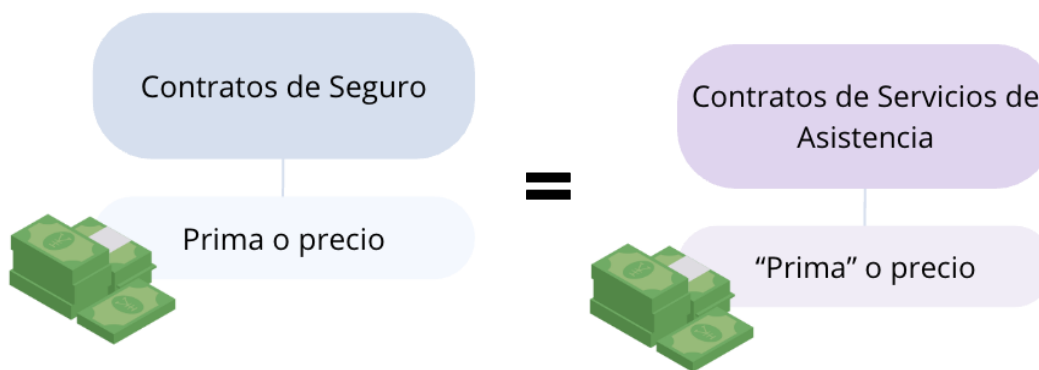


Elaboración propia – Fig. 3.

2.2.2.3. La prima o precio del seguro

El tercer elemento esencial del contrato de seguro a examinar es el de la *prima o precio del seguro*. Este elemento se refiere a la suma de dinero que el tomador del seguro acepta pagar como obligación de la parte contratante de dicho seguro. Considerando que los contratos de servicios de

asistencia también se tratan de contratos onerosos, es posible determinar que se cumple con un elemento similar. Si bien el pago que hace la parte beneficiada en el contrato de asistencia no se le denomina “prima”, es claro que este paga un precio por la asunción del riesgo. En este sentido, en virtud del principio de la realidad sobre las formas podría ser factible identificar este elemento de la esencia de los contratos de seguro como uno que los contratos de servicios de asistencia comparten con aquel.



Elaboración propia – Fig. 4.

2.2.2.4. La obligación condicional del asegurador

Finalmente, el último elemento esencial del contrato de seguro que se analizará es el de la obligación condicional del asegurador. Este elemento se refiere al pago de la prestación asegurada, por parte de la aseguradora, sólo en caso de que se cumpla la condición de que ocurra el riesgo asegurado. El pago de esta prestación asegurada, en el caso de los contratos de seguro, “se traduce en una indemnización en los seguros de daños o en la cancelación de la suma asegurada en los seguros de personas” (Corte Constitucional, 1999).

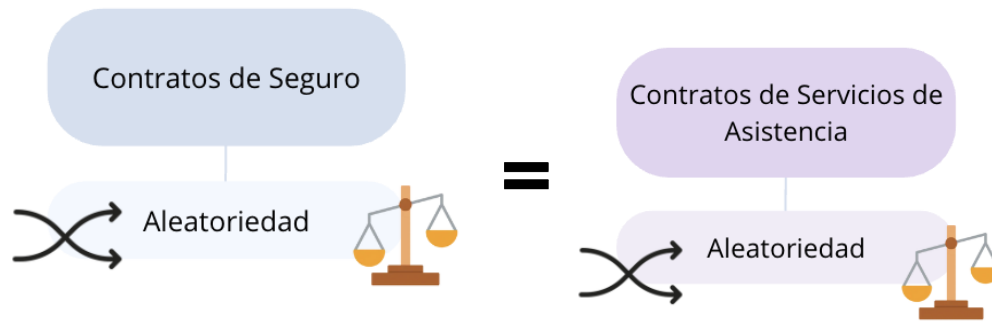
En este sentido, frente a este elemento esencial del contrato de seguro, hay dos aspectos que se deben analizar: (i) el carácter de condicional de la obligación del asegurador que, en este

caso específico, genera el carácter de aleatoriedad en este contrato; y (ii) la forma de cumplimiento de la prestación contratada por parte de la entidad aseguradora.

Frente al primer aspecto –de la aleatoriedad– el artículo 1498 del Código Civil define el contrato aleatorio como aquel en que “[...] el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida [...]”. El hecho de que la exigibilidad de la obligación del pago de la prestación, por parte de la aseguradora, esté supeditada a la ocurrencia del riesgo, significa que se está ante un contrato aleatorio, toda vez que el pago de la prima por parte del tomador podría generar una ganancia para una de las partes y una pérdida para la otra. En otras palabras, en caso de que sí ocurra la contingencia asegurada, entonces habría una ganancia para el tomador; en caso de nunca ocurrir la contingencia, por el contrario, sería una pérdida para este. Esto es lo que le da el carácter de aleatorio.

La característica de aleatoriedad se ve reflejada también en los contratos de servicios de asistencia, toda vez que el modelo es similar. El contratante paga un valor a cambio de que –en caso de que ocurra un riesgo, amenaza o emergencia– se lleve a cabo una prestación en su favor. En caso de que dicha situación no ocurra, se genera la situación de pérdida para el contratante, pues no se hace exigible la obligación en su favor de llevar a cabo dicha prestación.

En este sentido, en ambos tipos de contratos la exigibilidad de la obligación –ya sea de la aseguradora o del prestador de servicios de asistencia– depende de la concreción de un riesgo que va a generar que una de las partes se pueda ver más beneficiada que la otra. En otras palabras, ambos se tratan de contratos condicionales y ninguno es conmutativo pues el precio pagado –ya sea por el contratante o por el tomador– nunca será equivalente a la contraprestación pactada. Por tanto, en lo relativo a esta primera parte del elemento de la condicionalidad y la aleatoriedad, es claro que ambas modalidades contractuales se enmarcan en él.

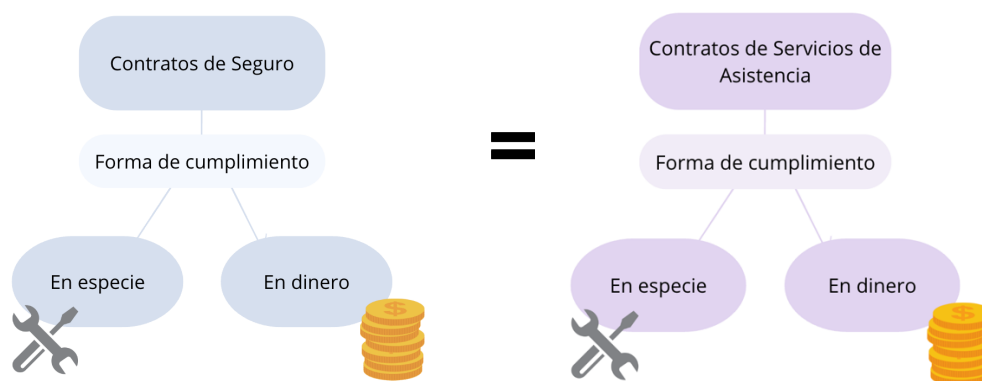


Elaboración propia – Fig. 5.

Respecto al segundo aspecto —de la forma de cumplimiento de la prestación contratada por la entidad aseguradora—, el artículo 1110 del Código de Comercio establece que la indemnización puede ser pagada en dinero, o mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada, a elección del asegurador. Es decir, en virtud del contrato de seguro es posible que la entidad aseguradora pague la prestación contratada tanto en dinero como en especie, con la limitante de que en este último caso se indica que el pago en especie se debe llevar a cabo por medio de la “reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada”.

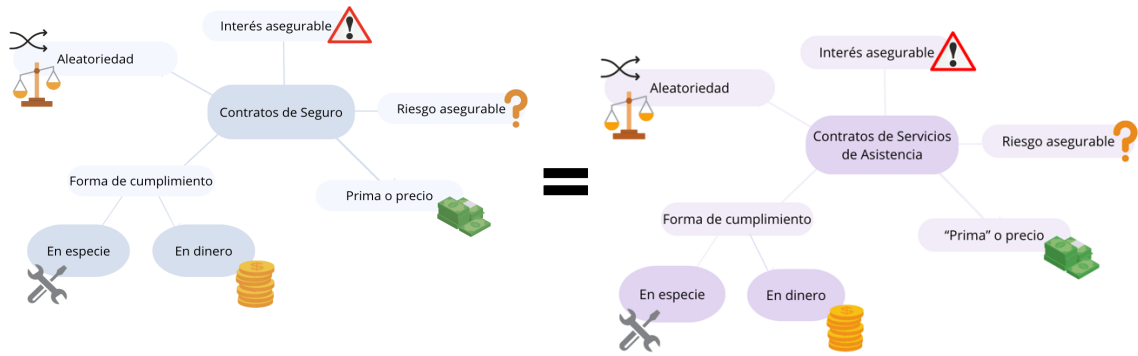
Ahora bien, surge la cuestión de si acaso es posible que el pago en especie que hace la entidad aseguradora —en el marco del contrato de seguro— se exceda de la “reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada”, es decir, que en caso de que ocurra la contingencia, el pago de la obligación por parte de la aseguradora se pague, por ejemplo, entregando una cosa no asegurada, organizando un evento, entre otras, que no se enmarquen en “reponer, reparar o reconstruir la cosa asegurada”. Como se explicará con mayor profundidad más adelante, no existe impedimento para que, en el marco de un contrato de seguro, se lleve a cabo el pago en especie por parte de la aseguradora excediéndose de dichos verbos, siempre y cuando lo anterior se haga en beneficio del asegurado.

Por su parte, en los contratos de servicios de asistencia –en virtud de su nombre– es posible interpretar que sólo es posible el pago en especie (en servicios). No obstante, se evidencia que en algunos de los modelos de contratos de asistencia –como el ofrecido por *Assist Card*– también se observa la posibilidad del pago de la contraprestación en dinero. En este sentido, se presenta otra clara equivalencia en los elementos esenciales del contrato de seguro con los que se encuentran en los contratos de servicios de asistencia.



Elaboración propia – Fig. 6.

En virtud de lo anterior, se concluye que el contrato de servicios de asistencia sí cumple con todos los elementos esenciales del contrato de seguro. Por tanto, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, es viable entender que el contrato de servicios de asistencia degenera en el contrato de seguro. Ahora bien, se procederá a revisar qué ha dicho la jurisprudencia y los conceptos jurídicos sobre este tema.



Elaboración propia – Fig. 7.

2.2.3. Revisión de la jurisprudencia y conceptos existentes sobre la naturaleza jurídica de estos contratos

Considerando que tras evaluar estas características pareciera que se comparten todos los elementos esenciales del contrato de seguro, se procederá a analizar qué se ha dicho al respecto en la jurisprudencia y conceptos que intentan resolver este asunto, así sea parcialmente.

2.2.3.1. Sentencia C-940 de 2003 – Corte Constitucional

En esta sentencia se demanda, entre otras normas, el artículo 111 de la Ley 95 de 2003 el cual indica, en términos generales, que los servicios funerarios no constituyen actividad aseguradora. En otras palabras, que los contratos de servicios funerarios no se enmarcan en los contratos de seguros y, por tanto, que no se trata de actividad aseguradora. Lo anterior, se estableció así en la norma:

[n]o constituyen actividad aseguradora los servicios funerarios, cualquiera sea su modalidad de contratación y pago, mediante los cuales una persona, o un grupo determinado de personas,

adquiere el derecho de recibir en especie unos servicios de tipo exequial, cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación.

Parágrafo 1°. Para efectos de lo previsto en el presente artículo se entiende por servicios funerarios el conjunto de actividades organizadas para la realización de honras fúnebres; pueden constar de servicios básicos (preparación del cuerpo, obtención de licencias de inhumación o cremación, traslado del cuerpo, suministro de carroza fúnebre para el servicio, cofre fúnebre, sala de velación y trámites civiles y eclesiásticos), servicios complementarios (arreglos florales, avisos murales y de prensa, transporte de acompañantes, acompañamientos musicales) y destino final (inhumación o cremación del cuerpo).

Por tanto, lo que se buscó con la demanda a dicha norma fue que la Corte resolviera, entre otras cosas, si acaso es válido entender que el contrato de servicios funerarios se debe clasificar como una figura distinta al contrato de seguros exequiales. Frente a esto, la Corte Constitucional estimó que el contrato de servicios funerarios, aunque no sea lo mismo que el contrato de seguros,

[...] si involucraría un factor asegurativo, al permitir que con los recursos formados por las cuotas captadas de un grupo grande de usuarios se constituya una mutualidad, que en virtud de la aplicación de la ley de los grandes números permita atender el riesgo de la muerte de uno o varios de ellos cuando acaece antes de que las cuotas cubran totalmente el valor del servicio respectivo (2003).

A pesar de lo anterior, la Corte señala algunas diferencias entre el contrato de seguro funerario y el contrato de servicios funerarios, sobre las cuales se hará un análisis detallado. En primer lugar, la Corte Constitucional considera que en los servicios funerarios no existe “prima”, toda vez que en la norma citada, al hablarse del contrato de servicios funerarios se habla de unas

cuotas fijadas con antelación, cuya cancelación oportuna da derecho a la prestación del servicio. Por lo anterior, la Corte estima que el elemento del “prepagado” ubica al contrato en una categoría distinta a la del contrato de seguros.

Sobre esta distinción que se menciona en la sentencia, la Corte asume que en los contratos de seguro no es posible acordar el prepagado de la prima, lo cual no sólo se aleja de la realidad contractual actual, sino que también contradice lo dispuesto en el artículo 1066 del Código de Comercio, que establece que “[e]l 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”. Esto significa que es completamente válido pactar que el pago de la prima se realice al momento de la entrega de la póliza, es decir, antes de la ocurrencia del siniestro y al inicio de la celebración del contrato. Por lo tanto, la prima puede pagarse de manera anticipada.

Adicionalmente, aunque en los contratos de servicios de asistencia no se utilice el término "prima" para referirse al pago de las cuotas, según lo discutido a lo largo de este trabajo, no debe perderse de vista que, conforme al principio de la realidad sobre las formas, el hecho de que un elemento jurídico adopte un nombre distinto no altera su verdadera naturaleza jurídica. Por tanto, se podría argumentar que este elemento diferenciador mencionado por la Corte en realidad no tiene cabida teniendo en cuenta las realidades contractuales de ambas figuras.

En segundo lugar, la Corte indica que la obligación que surge como contraprestación en el contrato de servicios funerarios consiste en la prestación de un servicio en especie en vez del pago de una indemnización, como es lo propio del contrato de seguro. Sobre esta segunda diferencia, se podría plantear que no es viable entender que en el contrato de seguro sólo es posible que la parte

aseguradora cumpla con su contraprestación por medio del pago de una indemnización en dinero. En efecto, como ya se mencionó anteriormente de forma superficial, el artículo 1110 del Código de Comercio permite que, en el marco del contrato de seguro, la indemnización se pague no sólo en dinero, sino que también es posible llevar a cabo el pago mediante reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada.

Ahora bien, se podría argumentar que –en el caso específico de los auxilios funerarios otorgados en virtud de un contrato de seguro exequial– los servicios funerarios proporcionados por una aseguradora no se enmarcan dentro de las acciones de “reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada”. Lo anterior, argumentando que los servicios como la preparación del cuerpo, la obtención de licencias de inhumación o cremación, el traslado del cuerpo, el suministro de carroza fúnebre y la obtención de cofre fúnebre, entre otros, no se ajustan a ninguno de los verbos previstos por la norma. Por tanto, como ya se anticipó, vale la pena preguntarse si esta se trata de una norma modificable y, por tanto, si acaso es posible, en el marco de un contrato de seguro, que una entidad aseguradora ofrezca servicios adicionales a los de reposición, reparación o reconstrucción de una cosa asegurada.

En virtud del artículo 1162 del Código de Comercio, la norma analizada –el artículo 1110 *ibidem*– sólo podrá modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario. En virtud de lo anterior, se podría sostener que es perfectamente posible que una entidad aseguradora, en el marco de un contrato de seguro, ofrezca servicios diferentes a los establecidos en la norma – como por ejemplo ofrecer servicios fúnebres– sin actuar en contravía de lo establecido por la norma. Esto siempre y cuando la decisión sobre la forma de pago de la indemnización esté a disposición del tomador, asegurado o beneficiario. Es decir, mientras se amplíen las opciones en beneficio de los tomadores, permitiéndoles elegir entre una indemnización en dinero o la

prestación de un servicio (en este caso, un servicio funerario). Por tanto, en virtud de lo expuesto, se podría argumentar que este argumento de la Corte tampoco tiene cabida para explicar la diferencia entre ambos tipos de contratos.

En tercer lugar, la Corte indica que el contrato de seguros siempre se trata de un contrato aleatorio mientras que el contrato de servicios funerarios no lo es. Con el fin de evaluar esta afirmación, vale la pena recordar cuál es la definición de un contrato aleatorio y cómo se diferencia del contrato conmutativo. El artículo 1498 del Código Civil indica que “[e]l 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”. Teniendo esto en cuenta, es perfectamente claro que el contrato de seguro siempre se trata de un contrato aleatorio, situación que además se exige toda vez que hace parte de los elementos esenciales de este contrato.

Por tanto, se podría razonar que no es cierto que el contrato de servicios funerarios no se trate de un contrato aleatorio. En efecto, de acuerdo con la definición citada NO es necesario que el contrato aleatorio requiera de la ocurrencia de un evento incierto –lo cual excluiría la muerte– sino que requiere que no exista una equivalencia entre las prestaciones, esto es, que haya incertidumbre sobre la posibilidad de ganancia o pérdida.

En este sentido, teniendo en cuenta que el contrato de servicios funerarios consiste en el pago de unas cuotas fijadas con antelación para recibir como contraprestación los servicios funerarios pactados y que no se tiene claridad de cuándo es el momento de la muerte de la persona que contrata los servicios funerarios (y que el pago de las cuotas fijadas podría darse de forma indefinida en el tiempo hasta la ocurrencia de la muerte), entonces se genera esta incertidumbre de ganancia o pérdida para cada una de las partes.

Por ejemplo, la parte contratante podría pagar durante 40 años la cuota de los servicios funerarios antes de morir y que, de ese modo, en cierta medida genere una pérdida pues el dinero invertido no es equivalente al dinero que se utilizaría para prestar los servicios fúnebres. O, por el contrario, la parte contratante podría pagar la primera cuota y fallecer inmediatamente y que la entidad prestadora de servicios funerarios deba cumplir con su obligación inmediatamente, generando una pérdida para esta pues los servicios funerarios son mucho más costosos que esta primera cuota. En conclusión, los contratos de servicios funerarios, también se tratan de contratos aleatorios, por más que la muerte se trate de un evento cierto, pues la incertidumbre de la ocurrencia de un riesgo no es el elemento que define la aleatoriedad.

Finalmente, la Corte considera que el contrato de servicios funerarios no implica la captación de recursos del público sino que se trata de una venta de servicios pagados periódicamente y anticipadamente, a diferencia del contrato de seguro. Lo anterior toda vez que esta indica que no se cumple con lo prescrito en el Decreto 3227 de 1982, el cual establece los requisitos para que se entienda que se está bajo una captación masiva de recursos de manos del público por parte de las entidades financieras, estimando la Corte que la prestación de servicios funerarios no se encuadra en la descripción normativa de aquella.

Se podría sostener que la Corte parte de una premisa equivocada al tratar de diferenciar ambos tipos de contrato con base en las facultades que ostentan el tipo de entidades que pueden ejercer actividad aseguradora (como captar masiva y habitualmente recursos del público) mas no con base en una diferencia entre los contratos en sí mismos. En otras palabras, si bien es cierto que sólo las empresas aseguradoras –siendo estas las únicas autorizadas para celebrar contratos de seguro– pueden manejar, aprovechar e invertir recursos captados del público y que esto las diferencia de las empresas que ofrecen contratos de servicios funerarios, lo anterior, legalmente,

no se trata de un elemento esencial del contrato de seguro. Se trata simplemente de una diferencia en las facultades que ostentan uno u otro tipo de empresa, pero no de los tipos de contratos.

En otras palabras, no es correcto concluir que no existe un contrato de seguro sólo porque la parte contratante no cumple con los requisitos legales para ofrecerlo, especialmente si en la práctica se cumplen los elementos esenciales del contrato de seguro. Esto ignoraría el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas y permitiría que las normas consistentes en la calidad que debe tener la parte que ofrece un contrato de seguro se eludan, ya que se argumentaría que una entidad no aseguradora no celebra un contrato de seguro –por no ser aseguradora– independientemente de si en efecto se cumplen con los elementos esenciales del contrato de seguro. Es decir, acudir a un criterio orgánico de definición del contrato de seguro conllevaría a que se ignoraran todas las normas relativas a las limitaciones de las entidades que pueden celebrar contratos de seguro, pues sería imposible incumplir dichas normas.

En conclusión, se podría alegar que la sentencia no logra argumentar de manera adecuada la distinción entre las figuras contractuales del contrato de seguro y los contratos de servicios de asistencia. Aunque en teoría podría ser posible diferenciar ambas figuras, dicha distinción debe fundamentarse en una clara separación basada en la naturaleza jurídica de cada contrato, especialmente en cuanto a los elementos esenciales del contrato de seguro. No se debe realizar una diferenciación superficial basada en características externas o accidentales, sino en el análisis profundo de los elementos constitutivos que definen cada contrato.

**2.2.3.2. Concepto 2011078736-002 del 13 de diciembre de 2011 –
Superintendencia Financiera**

En este concepto, la Superintendencia Financiera se pronuncia frente a una consulta consistente en la cuestión de si acaso las empresas que ofrecen servicios de asistencia jurídica, mecánica y médica –contratadas por aseguradoras para dar cumplimiento a las prestaciones objeto de cobertura de las pólizas por ellas expedidas– da lugar a que tales empresas queden sometidas a la vigilancia de dicha Superintendencia. Sobre esto, la respuesta fue que estas empresas no se encuentran sometidas a tal vigilancia toda vez que estas actúan como simples proveedores de las entidades aseguradoras para el cumplimiento de los “amparos de asistencia” extendidos como cobertura adicional. Lo anterior, pues sigue siendo la aseguradora quien asume el riesgo y se obliga a proveer un determinado tipo de asistencia.

La Superintendencia Financiera añade que este esquema que ofrecen las aseguradoras de tener coberturas adicionales consistentes en “amparos de asistencia” el cual se encuentra previsto en el artículo 1110 del Código de Comercio. Allí se estipula que las empresas aseguradoras pueden decidir, una vez ocurra el siniestro, optar por la modalidad de pago de la indemnización por la vía de la reposición, reparación, o reconstrucción del bien o persona asegurada, acudiendo a una empresa dedicada a los servicios que se requieran para ello.

Con base en este concepto, es posible extraer las siguientes conclusiones: (i) las aseguradoras sí pueden ofrecer servicios dentro del marco de un contrato de seguro como parte del cumplimiento de la indemnización; y (ii) las empresas que prestan servicios de asistencia sólo estarán exentas de la vigilancia de la Superintendencia Financiera cuando no estén directamente

vinculadas a los contratantes de estos “amparos de asistencia” bajo un contrato de seguro, es decir, cuando no asuman el riesgo dentro de dicho contrato.

Por tanto, aunque el concepto no aborda específicamente el caso en que las entidades prestadoras del servicio asuman el riesgo en virtud del cumplimiento de los contratos de servicios de asistencia, de lo expuesto por esta entidad se puede extraer que, si la empresa que ofrece los servicios de asistencia asume directamente el riesgo ante la ocurrencia de un siniestro, dicha entidad debería estar sometida a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. Esto es porque estaría celebrando un contrato de seguro.

2.2.3.3. Sentencia C-432 de 2010 – Corte Constitucional

En esta sentencia se demanda el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 en que se le adiciona al artículo 111 de la Ley 795 de 2003 (la norma demandada en la sentencia anteriormente mencionada) una prohibición de ofrecer el contrato de seguros de exequias pagadero indemnizando en especie. Es decir, se prohíbe que la indemnización de un contrato de seguros funerarios se pague brindando servicios funerarios, agregando que sólo podría hacerse el pago de esta indemnización en dinero. La norma, específicamente, indica lo siguiente:

Las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales, con excepción de las empresas aseguradoras, podrán prestar directamente y en especie este tipo de servicios, independientemente de que las cuotas canceladas cubran o no el valor de los servicios recibidos, cualquiera sea la forma jurídica que se adopte en la que se contengan las obligaciones entre las partes.

PARÁGRAFO 3o. Las empresas aseguradoras autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia o quien haga sus veces, en la explotación del ramo del seguro exequial o cualquiera otro con modalidad de cubrimiento para gastos funerarios, deberán indemnizar únicamente en dinero a favor del tomador o sus beneficiarios, previa comprobación por parte de estos del pago del monto del servicio funerario asegurado, suministrado directamente por entidades legalmente constituidas para prestar este tipo de servicios exequiales; salvo que el servicio funerario se preste con afectación a la Póliza de Seguro Obligatorio en Accidentes de Tránsito (SOAT).

La norma citada se demandó alegando que esta era lesiva al derecho a la libre competencia garantizado por el artículo 333 de la Constitución, pues se argumentó que le prohíbe a las aseguradoras ofrecer el seguro de exequias con indemnización en especie e indicó que sólo podrían indemnizar en dinero, sacándolas del mercado parcialmente. En esta sentencia la Corte reitera los argumentos mencionados en la sentencia anteriormente referida y además señaló los argumentos que se procederán a explicar.

En primer lugar, señaló que los seguros exequiales son ofrecidos por empresas aseguradoras, mientras que los servicios funerarios son prestados por otro tipo de empresas. Se podría razonar que esta no se trata en realidad de una distinción sustancial que permita determinar que exista una diferencia en la naturaleza contractual de una u otra figura. Simplemente demuestra un argumento circular y que permite que quienes no son entidades aseguradoras utilicen otro nombre para un modelo contractual similar o idéntico, como ya se explicó anteriormente.

En segundo lugar, la Corte menciona que las empresas que prestan servicios funerarios lo que hacen es prestar un conjunto de actividades que son suministradas en especie, mientras que las aseguradoras que ofrecen seguros exequiales llevan a cabo la indemnización en efectivo una vez ocurre el siniestro. Este argumento, de nuevo, parte de la base de que el artículo 1110 del

Código de Comercio brinda una lista taxativa e inmodificable sobre las maneras de indemnización por parte de las aseguradoras y que, por tanto, no es posible que en el marco de un contrato de seguro se presten servicios exequiales.

Se reitera que esta argumentación resulta deficiente por dos razones principales. Por un lado, parte de la base de que las aseguradoras, en el marco de los contratos de seguros exequiales, sólo pueden brindar una indemnización en efectivo y no en la prestación de servicios fúnebres. Es decir, argumenta que la diferencia entre los contratos de seguros funerarios y los contratos de prestación de servicios fúnebres radica en la forma en que se brinda la compensación, sin considerar que esta misma forma de compensación es la que se encuentra en discusión por la misma norma demandada. Se trata de un argumento circular, ya que utiliza la prohibición legal como justificación para la diferencia que intenta argumentar, cuando precisamente es esa prohibición la que está en debate. En otras palabras, no tiene sentido que la existencia de una prohibición que impide la indemnización en especie en los contratos de seguros funerarios se utilice como el mismo argumento para afirmar que estos contratos son distintos de los contratos de prestación de servicios funerarios, que sí pueden pagarse en especie.

Por otro lado, como ya se explicó anteriormente, no se comparte la opinión de que el artículo 1110 del Código de Comercio sea inmodificable toda vez que el artículo 1162 *ibidem* permite modificar las disposiciones del artículo 1110 en favor del asegurado. Lo anterior sugiere que las normas relacionadas con los contratos de seguros pueden ser adaptadas para ajustarse a las necesidades específicas del asegurado.

En conclusión, tampoco en esta sentencia se encuentran argumentos jurídicos lo suficientemente contundentes para acreditar que efectivamente el contrato de seguro y el contrato de servicios de asistencia se tratan de dos contratos con una naturaleza jurídica lo suficientemente

distinta como para que no se traten de un mismo contrato que deba regularse por las mismas normas.

En todo caso, tras revisar el concepto y fallos mencionados, es relevante señalar que las decisiones y conceptos considerados anteriormente representan una parte limitada de las pocas contribuciones que se han realizado sobre este tema. Aunque existen algunos análisis, la información disponible respecto a la diferencia esencial entre los contratos de seguros y los contratos de servicios de asistencia sigue siendo escasa. Las referencias expuestas aquí constituyen, hasta la fecha, las más significativas en este campo.

2.2.4. Conclusiones frente al contraste de la naturaleza jurídica de ambas modalidades contractuales.

Tras llevar a cabo el análisis de la naturaleza jurídica de cada uno de estos contratos, y luego hacer una lectura juiciosa del concepto y la jurisprudencia del tema, se evidencia –en un análisis preliminar– que no existe una diferencia sustancial que pueda diferenciar el contrato de servicios de asistencia del contrato de seguro. Lo anterior, toda vez que cada uno de los elementos esenciales del contrato de seguro se cumplen por parte de los prestadores de servicios de asistencia y que la jurisprudencia encontrada no muestra un análisis lo suficientemente contundente como para interpretar contundentemente que se tratan de dos figuras sustancialmente diferentes.

Ahora bien, con el fin de evitar ignorar lo planteado por la Corte Constitucional –la cual entiende que dichos contratos se tratan de dos figuras sustancialmente distintas– se intentará llegar a una explicación plausible sobre lo que la Corte quería decir con ello. Una posible conjetura es que la Corte Constitucional, para diferenciar el contrato de seguro del contrato de servicios de

asistencia, propone un quinto elemento esencial del contrato de seguro: la captación masiva y habitual del dinero.

De acuerdo con lo anterior, se puede interpretar que, cuando dicha Corporación indicaba que estas figuras se diferenciaban en que en los contratos de servicios funerarios no se ejercía la captación de recursos del público, esta estaba agregando un elemento esencial adicional al contrato de seguro. En otras palabras, es posible plantear, con base en la interpretación de la sentencias de la Corte Constitucional, la teoría de que los contratos de prestación de servicios (que a lo largo del presente trabajo se ha denominado como “contratos de servicios de asistencia”) degeneran en contratos de seguro cuando cumplen con el nuevo elemento esencial de captar de forma masiva y habitual el dinero.

En este sentido, se debe tener presente que no cualquier contrato de prestación de servicios que cumpla con el elemento de la aleatoriedad se tratará de un contrato de seguro. En efecto, no todos los contratos de este cumplen con este nuevo posible elemento esencial de la captación masiva y habitual de dineros del público.

Por ejemplo, los contratos de prestación de servicios jurídicos pactados bajo la modalidad de asesoría permanente no podrían asimilarse a contratos de seguro, ya que carecen de tal elemento esencial. En efecto, ni los abogados ni las firmas jurídicas cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 3227 de 1982, puesto que su modelo de negocio no consiste en recaudar fondos de un grupo amplio de personas para cubrir los riesgos o siniestros de algunos de ellos. Por el contrario, aunque bajo una asesoría permanente los clientes pueden hacer uso o no de los servicios contratados (lo cual le da el elemento de la aleatoriedad), los fondos recaudados no cumplen con el criterio de captación masiva de dinero, ya que no están destinados a cubrir siniestros, sino a

compensar los servicios jurídicos que posiblemente se prestarán en el transcurso del tiempo que se haya contratado el servicio.

Por tanto, es importante tener en cuenta que no es posible decir que cada uno de los contratos de servicios que se encuentren en el mercado se traten de contratos que esencialmente sean contratos de seguro en virtud del principio de la realidad sobre las formas. Para poder llegar a esta conclusión es necesario hacer un análisis juicioso de cada uno de los contratos de servicios de asistencia para poder determinar si se enmarcan o no en los elementos esenciales del contrato de seguro, específicamente en el posible elemento de la captación masiva del dinero –de acuerdo con la conjetura planteada –con el fin de poderle dar un mejor entendimiento, y brindar una explicación plausible acerca de lo indicado por la Corte Constitucional.

En todo caso, es importante reiterar que lo anterior no se trata del objeto principal del presente trabajo. Futuras investigaciones se podrán pronunciar más a profundidad sobre lo anteriormente proyectado. Este capítulo se presenta con el fin de mostrar la manera en que se ha interpretado esta discusión por parte de la Corte Constitucional y la Superintendencia Financiera, dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior, para ponerle de presente al lector que los empresarios tienen una elección entre ambos tipos de modalidades contractuales.

En virtud de lo anterior, surge una duda importante: si ya existía el contrato de seguro para suplir la necesidad del mercado de cubrirse de los riesgos ante los cuales se encuentran expuestos ¿por qué se evitaría usar esta figura? ¿por qué las empresas empezaron a brindar la opción de celebrar contratos de servicios de asistencia? Para responder a estas preguntas, se entrará a analizar cuáles son los posibles incentivos económicos de las empresas para elegir ofrecer uno u otro modelo contractual.

3. Incentivos económicos para la elección de modelo contractual

Para poder analizar cuáles son los posibles incentivos económicos que se encuentran en la legislación colombiana para que las empresas se inclinen por adoptar uno u otro modelo contractual, es necesario entender qué es un incentivo. De acuerdo con Gregory Mankiw un incentivo es un elemento que motiva a las personas a comportarse de una cierta forma; puede ser de una manera positiva, como por medio de una recompensa, o negativo, como por medio de una sanción (2012). Frente a esta definición, es importante entender que los incentivos no sólo son monetarios y, por tanto, es perfectamente posible que una norma –o en general la regulación general de un tema específico– motive a las personas a actuar de una u otra manera. En virtud de lo anterior, se hace relevante evaluar la amplia normatividad de la actividad aseguradora para determinar si acaso es posible que esta genere recompensas o castigos a las personas, llevándolas a actuar de una u otra manera.

3.1. Exploración de los incentivos económicos que podrían influir en la elección entre contratos de asistencia y seguros para las empresas

Antes de señalar los incentivos encontrados en el ordenamiento jurídico colombiano en lo relativo a este tema, es esencial aclarar que se hará un análisis sobre lo que el ordenamiento jurídico colombiano entiende por actividad aseguradora. Como ya se adelantó, este término no está claramente definido. De acuerdo con el artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993), la actividad aseguradora es aquella realizada por las entidades

aseguradoras. A su vez, el artículo 5 del mismo estatuto establece que “[s]on entidades aseguradoras las compañías y cooperativas de seguros y las de reaseguros”.

Estas disposiciones presentan una definición circular, ya que no especifican en qué consiste la actividad aseguradora, sino únicamente quiénes la desarrollan. Al limitarse a señalar que la actividad aseguradora es la ejercida por las compañías de seguros, y que estas entidades son las que realizan dicha actividad, persiste la falta de claridad sobre el verdadero alcance del término actividad aseguradora.

Para evitar una interpretación que permita eludir el propósito de la regulación de la actividad aseguradora, se podría argumentar que no es adecuado utilizar este criterio orgánico para definirla. De lo contrario, no sería posible determinar cuándo una empresa no aseguradora está infringiendo la normativa al ejercer ilegalmente dicha actividad. Por lo tanto, con el fin de poder darle sentido lógico a toda la normatividad establecida –para los términos de este escrito– se entenderá por actividad aseguradora el conjunto de operaciones realizadas por una persona natural o jurídica orientadas a asumir riesgos específicos de otra, a cambio del pago de una contraprestación, en el marco de un contrato de seguro.

Teniendo claro que al hablar de actividad aseguradora se hará referencia, en términos generales, al ejercicio de las empresas al ofrecer y ejecutar contratos de seguros (o contratos que cumplan con los elementos esenciales del contrato de seguro, tal como el contrato de servicios de asistencia), entonces se procederá a hacer un resumido recuento de la regulación de la actividad aseguradora. Lo anterior, con el fin de lograr identificar los posibles incentivos que podría tener una empresa para optar por no ofrecer contratos de seguro y, en su lugar, ofrecer contratos bastantes semejantes –como los contratos de servicios de asistencia–, buscando eludir dichas regulaciones. Tras mostrar dichos incentivos, se evaluará si acaso los castigos propuestos

legalmente son suficientes para inducir a las personas a actuar de la manera esperada por el Estado o, si por el contrario, las demás regulaciones existentes en el ordenamiento jurídico se tratan de incentivos que producen efectos indeseados en los comportamientos de las personas.

3.1.1. Incentivos consistentes en sanciones por la ejecución ilegal de actividad aseguradora

Para empezar, se revisarán los incentivos que podrían motivar a las empresas a ofrecer de forma transparente los contratos de seguro y ejercer abiertamente la actividad aseguradora, con el fin de evitar la imposición de sanciones, castigos, multas, medidas cautelares, entre otras.

3.1.1.1. Medidas cautelares por ejercicio ilegal de la actividad aseguradora

Una norma que podría incentivar a los empresarios a evitar ejercer actividad aseguradora de forma ilegal, son las medidas cautelares que la Superintendencia Financiera puede imponer contra quienes realicen actividades financieras y aseguradoras de manera ilegal, según el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En efecto, esta entidad puede: (i) suspender las actividades so pena de la imposición de multas sucesivas, (ii) la disolución de la personería jurídica, (iii) la liquidación de las operaciones realizadas ilegalmente. Adicionalmente, aquellos contratos celebrados sin autorización estatal para desarrollar actividad aseguradora no producirán efecto legal. Lo anterior, sin perjuicio: del derecho del contratante a obtener el reembolso del dinero pagado, de la responsabilidad en que incurra de cara al contratante y de las sanciones pertinentes por ejercer actividad aseguradora.

Además de eso, el Decreto Reglamentario 1228 de 1996 indica que una vez se ordenen las medidas cautelares mencionadas “[...] se deberá dar traslado al juez civil del circuito especializado o, a falta de éste, al juez civil del circuito que corresponda al domicilio de la persona objeto de las medidas para que adelante la liquidación de operaciones realizadas ilegalmente por personas naturales o jurídicas carentes de autorización [...]”.

Lo anterior, podría significar una motivación para abstenerse de llevar a cabo contratos de servicios de asistencia “disfrazados” de contratos de seguros.

3.1.1.2. Sanción de delito y multa por la captación masiva y habitual de dineros

Otro incentivo consistente en un castigo, el cual parece tener mayor peso que el anterior, se trata del delito de captación masiva y habitual del dinero sin autorización de autoridad competente. En efecto, el artículo 316 del Código Penal indica que “[e]l que desarrolle, promueva, patrocine, induzca, financie, colabore, o realice cualquier otro acto para captar dinero del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de ciento veinte (120) a doscientos cuarenta (240) meses y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

En este sentido, con el fin de evitar tanto una pena de prisión –que puede llegar a ser de hasta 20 años– como una multa –que puede llegar a ser de hasta \$65.000.000.000 en 2024–, es posible que los agentes del mercado decidan evitar ejercer actividad aseguradora ilegal o incurrir en el riesgo de celebrar contratos que puedan entenderse como encajados en la actividad aseguradora.

3.1.2. Incentivos para evitar la regulación por ejercer actividad aseguradora

Contrario al acápite anterior, se mostrarán los posibles incentivos para que un empresario procure evitar ejercer actividad aseguradora y, en consecuencia, celebre contratos similares al del contrato de seguro, sometiéndose al riesgo de incurrir en alguna de las sanciones anteriormente mencionadas.

3.1.2.1. La actividad aseguradora es de interés público y requiere autorización de la Superintendencia Financiera para ejercerse

El artículo 335 de la Constitución Política de Colombia indica que la actividad aseguradora es de interés público y, en consecuencia, esta sólo puede ser ejercida con previa autorización estatal. Este especial control se justifica porque el negocio de los seguros implica una captación masiva y habitual del dinero, situación que amerita la especial protección de los consumidores financieros por medio de la autorización que debe obtener toda persona natural o jurídica por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia. El artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero indica que los objetivos de la intervención estatal, entre otros, consisten en garantizar que el desarrollo de esta actividad esté en concordancia con el interés público, que las entidades cuenten con el patrimonio adecuado para garantizar su solvencia, promover la libre competencia y eficiencia, entre otras.

En resumen, esta autorización estatal previa no sólo busca garantizar que las entidades aseguradoras cuenten con la capacidad financiera, técnica y administrativa para asumir los riesgos inherentes a su actividad, sino también asegurar que operen en condiciones de transparencia y

solvencia que protejan a los consumidores financieros. De esta forma, se procura mantener la confianza del público en el sistema asegurador y en el adecuado funcionamiento del mercado financiero en su conjunto. Si bien este se trata de una regulación totalmente legítima y coherente, este requerimiento de autorización estatal podría implicar un “inconveniente” u “obstáculo” para que las empresas decidan optar por el ofrecimiento de contratos de seguros, entendiéndose esto como un incentivo para optar por otro modelo contractual.

3.1.2.2. Sometimiento de la entidad aseguradora a la vigilancia y poder sancionatorio de la Superintendencia Financiera

En este contexto, el sometimiento de la entidad aseguradora a la vigilancia y poder sancionatorio de la Superintendencia Financiera adquiere especial relevancia. Esta entidad, como autoridad de supervisión, no sólo se encarga de otorgar la autorización inicial para que las compañías de seguros puedan operar, sino que también tiene la facultad de inspeccionar, vigilar y sancionar a estas entidades para asegurar el cumplimiento de la normatividad vigente, es decir, están constantemente revisando el actuar de las empresas que ejerzan actividad aseguradora.

En efecto, el artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero indica que las instituciones sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, como lo son las entidades que ejercen actividad aseguradora, están sujetas al poder sancionatorio administrativo de dicha Superintendencia. Adicionalmente, el artículo 209 permite incluso que la Superintendencia Financiera imponga sanciones administrativas personales a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales, entre otros, de una institución que se encuentre sujeta a su vigilancia en caso de incurrir en el incumplimiento de deberes, obligaciones legales o

estatutarias, órdenes, requerimientos, instrucciones, que les correspondan en el ejercicio de sus funciones. Es posible que esta vigilancia adicional también logre desincentivar a las empresas que quieran ofrecer este tipo de contratos, pues se trata de una presión adicional en el ejercicio de su objeto.

Ahora bien, sería posible argumentar que aquellas entidades que ofrezcan sus productos o servicios, y que no se encajen en la definición de actividad aseguradora, de todas formas se encuentran vigiladas por otro tipo de entidades, como por ejemplo la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia de Sociedades. Si bien lo anterior es cierto, no se debe perder de vista que la vigilancia que ejerce la Superintendencia Financiera no sólo está encaminada a tramitar las denuncias que presenten los consumidores, iniciar investigaciones, vigilar, inspeccionar, sancionar y controlar, entre otras, –cómo también lo hacen la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia de Sociedades– sino que la vigilancia de esta implica aún mayores cargas.

En efecto, además de esto, de acuerdo con el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las “[...] entidades vigiladas deberán presentar informes respecto de su situación, de tiempo en tiempo, en las fechas que el Superintendente Bancario determine y en la forma y con el contenido que para el efecto prescriba”. Lo anterior implica una carga mayor para las empresas vigiladas por la Superintendencia Financiera, en contraste con aquellas entidades que sólo se encuentran vigiladas por la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia de Sociedades. Lo anterior implica no sólo mayores barreras de entrada, sino que también significa un aumento en los costos de transacción de las entidades que deseen desarrollar esta actividad.

Por esta razón, el hecho de que las aseguradoras estén bajo el control de la Superintendencia Financiera podría ser un incentivo para que las empresas busquen otras opciones que les evite tal

vigilancia. Esto puede llevar a que algunas compañías, que desean ofrecer este tipo de servicios, opten por “disfrazar” un contrato de seguro como un contrato de servicios de asistencia, para evitar las barreras de entrada y los costos adicionales que implicaría ser reguladas como aseguradoras.

3.1.2.3. Objeto social

De acuerdo con el numeral 3 del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las empresas que ejerzan actividad aseguradora, esto es, las compañías y cooperativas de seguros, tendrán un objeto social consistente exclusivamente en “la realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente, aparte de aquellas previstas en la ley con carácter especial”. Esta restricción limita, en gran medida, la capacidad de diversificación de las empresas aseguradoras, ya que sólo pueden dedicarse a las actividades propias del seguro, impidiendo la posibilidad de expandirse a otros mercados y crecer en el ejercicio de su actividad mercantil.

Esta limitación a su objeto social se convierte en un incentivo para evitar ejercer actividad aseguradora, ya que la excesiva especialización y las restricciones normativas impuestas hacen que otras formas contractuales, como los contratos de servicios de asistencia, resulten más atractivas al no estar sujetas a estas restricciones.

3.1.2.4. Limitaciones relativas a niveles de patrimonio

Además de la supervisión ejercida por la Superintendencia Financiera, la ley impone a las entidades aseguradoras limitaciones en cuanto a los niveles de patrimonio que deben mantener para operar en el país. Estas limitaciones son fundamentales para garantizar que las aseguradoras cuenten con la solidez financiera necesaria para hacer frente a las obligaciones adquiridas, especialmente en situaciones de alto riesgo o en escenarios económicos adversos. Esto, pues el patrimonio es un buen elemento para medir la posición financiera de una entidad, siendo esto especialmente importante cuando una empresa se obliga a asumir determinados riesgos en el ejercicio de la actividad aseguradora.

En efecto, el artículo 16 de la Ley 795 de 2003 indica que las entidades aseguradoras requieren de un capital mínimo

para solicitar su constitución. Para el 2024 este capital es de \$15.217.000.000, más el patrimonio requerido para operar los diferentes ramos de seguro (Decreto 2555 de 2010, artículos 2.31.1.1.1 y 2.31.1.1.2), así:

RAMO DE SEGURO	VALOR 2024
Automóviles	\$4.992.000.000
Crédito a la exportación	\$3.889.000.000
SOAT	\$3.058.000.000
Incendio y/o terremoto y/o lucro cesante	\$3.058.000.000
Cumplimiento	\$3.058.000.000
Transporte	\$1.679.000.000
Vida individual	\$2.782.000.000
Invalidez y sobrevivencia	\$2.782.000.000
Pensiones – Ley 100 de 1996	\$6.650.000.000
Pensiones voluntarias	\$4.992.000.000
Riesgos profesionales	\$4.436.000.000
Enfermedades de alto costo	\$2.782.000.000
Vida grupo	\$2.782.000.000
Demás ramos de seguros	\$1.679.000.000

En virtud de lo anterior, es posible evidenciar que el patrimonio requerido para poder constituirse como entidad aseguradora se trata de un valor significativo que no necesariamente es de fácil acceso para los empresarios que quieran ingresar a este mercado, lo cual se convierte en una alta barrera de entrada. Es posible que la dificultad en poder adquirir unos niveles tan altos de patrimonio devenga en un incentivo para las empresas para optar por una modalidad de contratación diferente a la del contrato de seguro.

3.1.2.5. Obligación de constituir reservas técnicas

Además del patrimonio requerido por parte de las empresas aseguradoras, la normativa colombiana también establece que estas deben tener reservas técnicas suficientes que les permitan responder eficazmente a las reclamaciones y compromisos contractuales. El Decreto Único Financiero 2555 de 2010, modificado por el artículo 1 del Decreto 2973 de 2013 en su artículo 2.31.4.1.1. indica que “[l]as entidades aseguradoras tienen la obligación de calcular, constituir y ajustar en forma mensual sus reservas técnicas [...]”.

Las reservas técnicas buscan, además de proteger la confianza pública en el sistema asegurador en su conjunto al evitar el riesgo de insolvencia, concretamente pretende: (i) asegurar el cumplimiento de las obligaciones futuras derivadas de los compromisos asumidos en las pólizas (Reserva de Riesgos en Curso), (ii) atender el pago de las obligaciones asumidas en los seguros de vida individual o en los seguros cuyo beneficio se paga en forma de renta (Reserva Matemática), (iii) compensar posibles desbalances financieros (Reserva de Insuficiencia de Activos), (iv) atender el pago de los siniestros ocurridos avisados y no avisados (Reserva de Siniestros

Pendientes), (v) cubrir riesgos sobre los cuales pueda existir desviaciones con respecto a lo esperado o estimado (Reserva de Desviación de Siniestralidad), (vi) cubrir los riesgos de eventos catastróficos que no ocurren frecuentemente pero tienen una alta severidad (Reserva de Riesgos Catastróficos).

Dichas reservas técnicas deben acompañarse de un soporte técnico en los estados financieros mensuales de la compañía para poder acreditar la suficiencia de las reservas que se reporten. De nuevo, no sólo la obligación de mantener reservas, sino la de acompañarla con un soporte técnico mensual indudablemente se trata de un deber de gran magnitud que podría incentivar a las empresas a no enmarcarse dentro de la actividad aseguradora.

3.1.2.6. Inversiones sobre las reservas técnicas

De acuerdo con lo expresado anteriormente, las reservas técnicas se tratan de un elemento de vital importancia en la gestión financiera de las entidades aseguradoras. Toda vez que estas se constituyen para asegurar que las compañías de seguros puedan cumplir con sus obligaciones frente a los asegurados, el artículo 2.31.3.1.2. de Decreto Único Financiero 2555 de 2010, establece una lista sobre cuáles inversiones son posibles realizar para las empresas aseguradoras con el dinero de las reservas técnicas. Lo anterior es fundamental para garantizar que las aseguradoras inviertan estos fondos de manera prudente y estratégica. Por ejemplo, dentro de las inversiones permitidas por la norma se encuentran, títulos de deuda pública, bonos y títulos hipotecarios, títulos del Banco de la República, participaciones en fondos de inversión colectiva, acciones de alta, media, baja y mínima bursatilidad, etc.

Además, el Decreto Único Financiero 2555 de 2010 en su artículo 2.31.3.1.11. trae límites en la concentración de propiedad accionaria por parte de las entidades aseguradoras. Dicha norma indica que “[c]on el valor resultante de la suma de los recursos que respaldan las reservas técnicas sólo se podrá invertir en acciones de una sociedad hasta el diez por ciento (10%) de las mismas”. Asimismo, en el artículo 2.31.3.1.18. se prohíbe “[...] realizar inversiones con recursos de las reservas técnicas en títulos cuyo emisor, aceptante, garante u originador de una titularización sea la entidad aseguradora o la sociedad de capitalización, las filiales o subsidiarias de las mismas, su matriz o las filiales o subsidiarias de esta.”

Lo anterior significa una clara restricción en la libertad de inversión de las entidades aseguradoras que, si bien cumple un fin legítimo consistente en garantizar la seguridad del dinero invertido, de todas formas implica limitaciones en el ejercicio de la actividad. Lo anterior, de nuevo, puede llevar a desincentivar a aquellos que pretendan ejercer actividad aseguradora, con imposiciones de reglas tan rígidas frente a la manera de utilizar e invertir las reservas.

3.1.2.7. Obligación de adoptar Sistemas Especiales de Adopción de Riesgos de Seguros (SEARS)

En el marco de la regulación del sector asegurador, la Circular Externa 029 de 2014 de la Superintendencia Financiera indica que todas las entidades aseguradoras deben diseñar y constituir un Sistema Especial de Adopción de Riesgos de Seguros (SEARS) para poder gestionar adecuadamente los riesgos de su actividad. Dicho sistema debe contener políticas sobre la asunción de riesgos, la infraestructura adecuada para la gestión de los riesgos de seguros, las metodologías

especiales para la medición de los riesgos de seguros, los procesos de control de riesgos y los mecanismos de control de los procesos.

Adicionalmente, las entidades aseguradoras deben someter el SEARS a un estudio previo por parte de la Superintendencia Financiera con el fin de que esta pueda objetarlo o corregirlo en cualquier momento. En virtud de lo anterior, cada entidad debe tener en todo momento a disposición de la Superintendencia la información empleada en el cálculo de los valores y medidas de control adoptados en dicho sistema. Los resultados de los riesgos medidos se le deben reportar a la Superintendencia trimestralmente.

El objetivo de los SEARS es fortalecer la capacidad de las aseguradoras para gestionar de manera proactiva los riesgos inherentes a su actividad, garantizando así la protección de los asegurados y la estabilidad del sistema financiero. No obstante, la implementación de estos sistemas representa un desafío significativo para las entidades aseguradoras desde un punto de vista práctico. Además de la complejidad técnica que implica la gestión integral de riesgos, las aseguradoras deben someterse a un riguroso proceso de mantenimiento y actualización trimestral, cuyos resultados deben ser reportados a la Superintendencia Financiera, lo cual implica unos altos costos de transacción para las empresas. Este requisito impone una carga considerable en términos de recursos, tiempo y esfuerzo, ya que demanda un monitoreo constante, ajustes periódicos y la capacidad de responder de manera efectiva a las exigencias regulatorias, situación que podría incentivar no utilizar este modelo contractual.

3.1.2.8. Régimen de pólizas y tarifas

Además de los requisitos ya mencionados, de acuerdo con el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las empresas que ejercen actividad aseguradora requieren de una autorización de sus pólizas y tarifas por parte de la Superintendencia Financiera para la autorización inicial de ejercer como entidad aseguradora o para la explotación de un nuevo ramo. En efecto, las mismas pólizas deben ajustarse a las siguiente exigencias: (i) su contenido debe ser acorde a las normas so pena de ineficacia, (ii) la redacción debe ser sencilla, (iii) los amparos y las exclusiones deben resaltarse y encontrarse en la primera página de la póliza, (iv) las tarifas deben ser equitativas y suficientes.

Esta exigencia responde a la necesidad de garantizar que los contratos de seguros y las condiciones económicas asociadas cumplan con los estándares legales y regulatorios establecidos, protegiendo así los derechos de los consumidores y asegurando la transparencia y equidad en las condiciones ofrecidas. Es tal la importancia que se le dan a los requisitos planteados, que la Superintendencia Financiera podrá prohibir la utilización de la póliza o tarifa que no cumpla con estos, hasta que se acredite el cumplimiento de los requisitos respectivos. Adicionalmente, esta entidad podría incluso suspender el certificado de autorización de la entidad cuando las deficiencias sean sistemáticas (además de las sanciones legales a las que haya lugar). Esta gran cantidad de requisitos, que generan incluso más costos de transacción para este tipo de entidades, puede actuar como otro incentivo económico para que las empresas exploren y se desempeñen en otras modalidades contractuales similares, ajenas a la de la actividad aseguradora.

3.1.3. Conclusiones sobre el impacto de los incentivos económicos identificados:

Análisis de requisitos regulatorios, costos y preferencias del mercado

Recapitulando lo ya mencionado, el cuarto principio económico, según Mankiw, es que “las personas responden a los incentivos”, bajo el entendido de que las personas racionales responden a los incentivos debido a que toman sus decisiones haciendo un análisis comparativo entre los costos y los beneficios de optar por una u otra opción (2012) . Es por esto, que los incentivos desempeñan un rol primordial en el estudio del derecho y la economía. En este sentido, este autor indica que es de suprema importancia que las autoridades no pierdan de vista los incentivos a la hora de implementar normatividades y de tomar decisiones. En efecto, es común que las actuaciones de las autoridades alteren los costos y los beneficios a los que las personas se enfrentan y, así, su conducta también puede verse alterada. En este sentido, cuando las autoridades no tienen en cuenta cómo sus medidas repercuten en los incentivos, es posible que se generen resultados que no deseaban.

En el contexto actual, las decisiones empresariales sobre la oferta de productos y servicios están profundamente influenciadas por factores económicos, regulatorios y de mercado. Habiendo observado la gran regulación existente sobre la actividad aseguradora en Colombia, es necesario evaluar el dilema que presentan los empresarios cuando se trata de elegir entre ofrecer seguros o contratos de servicios de asistencia. Este dilema se ve acentuado por un entorno regulatorio complejo y desigual: mientras que las entidades aseguradoras están sujetas a un estricto marco normativo que regula su funcionamiento, las empresas que ofrecen servicios de asistencia no enfrentan la misma carga normativa toda vez que este en realidad se trata de un contrato atípico al que simplemente le aplica la normatividad general de los contratos. A partir de los incentivos

mencionados, se profundizará en cómo los requisitos regulatorios, los costos y las preferencias del mercado, son impactados por las diferencias normativas entre ambos tipos de servicios.

3.1.3.1. Análisis de requisitos regulatorios

Como se ha reiterado repetidas veces a lo largo del presente escrito, la actividad aseguradora está sujeta a una estricta normatividad dado su carácter de actividad de interés público. Por ello, en primer lugar, cualquier entidad que desee operar como aseguradora debe obtener autorización previa de la Superintendencia Financiera, situación que desde el principio genera una barrera de entrada al mercado y, por tanto, se trata de una disposición normativa que podría desincentivar la entrada al mercado de posibles empresarios a la actividad aseguradora propiamente. Ahora bien, aquellos empresarios que busquen eludir esta normatividad podrían intentar optar por ofrecer contratos de servicios de asistencia, argumentando que no se enmarca en la normatividad estipulada y, por tanto, sin requerimiento de autorización para llevar esta actividad a cabo.

En segundo lugar, las aseguradoras autorizadas están sometidas a vigilancia constante y pueden ser sancionadas por cualquier incumplimiento normativo. Esta vigilancia implica costos adicionales relacionados con el cumplimiento normativo, auditorías internas y consultorías legales, lo cual genera grandes costos de transacción. Dicha situación, probablemente también funja como un elemento de decisión importante para los empresarios que buscan ofrecer este tipo de modalidad contractual pues, poder evitar esta cantidad de costos de verificación de cumplimiento normativo dentro de la empresa desde un punto de vista de las personas racionales es un claro incentivo.

En tercer lugar, las aseguradoras deben cumplir con estrictos requisitos de capital mínimo y mantener reservas técnicas adecuadas para garantizar su solvencia frente a posibles reclamaciones. Esto es de suprema dificultad para las empresas pues el requerimiento de capital es de un valor significativo y, además, implica tener un dinero adicional para garantizar su solvencia. Por otro lado, estas reservas técnicas deben estar invertidas en activos seguros y líquidos, limitando la capacidad de la aseguradora para utilizar estos recursos en inversiones más rentables. Esta barrera de entrada en el mercado también se podría tratar de un incentivo bastante importante para que las empresas opten por evitar entrar en la categoría de entidad aseguradora pues la necesidad de un capital inicial no sólo es supremamente amplio, sino que llevar a cabo esta actividad conlleva grandes limitaciones en el uso del dinero para llevar a cabo su actividad.

Estas regulaciones, aunque justificadas desde la perspectiva de la protección del consumidor financiero y la estabilidad del sistema, imponen cargas significativas que crean incentivos económicos para que las empresas opten por contratos de servicios de asistencia, que no están sujetos a estas restricciones.

Ahora bien, dentro de dichas regulaciones también se encuentran las sanciones a quienes ejercen actividad aseguradora de forma ilícita o a quienes ejercen captación masiva y habitual de los recursos del público, siendo este un incentivo que debería llevar a los empresarios a optar por evitar incurrir en dichas conductas. No obstante, teniendo en cuenta los incentivos anteriormente mencionados, estos parecen tener prevalencia en incentivar al uso de contratos de servicios de asistencia por ser contratos menos regulados, al hacer un análisis de riesgos.

3.1.3.2. Análisis de costos

Relacionado al punto anterior, los costos asociados a la actividad aseguradora son considerablemente altos debido a las múltiples exigencias regulatorias impuestas por la normativa vigente. En primer lugar, la constitución de reservas técnicas, que son fondos destinados a cubrir potenciales reclamaciones de los asegurados, representa un gasto significativo. Estas reservas no sólo deben mantenerse en niveles adecuados conforme al volumen de primas emitidas y los riesgos asumidos, sino que también están sujetas a estrictas regulaciones sobre cómo deben ser invertidas. Las inversiones de las reservas técnicas deben realizarse en activos de bajo riesgo y alta liquidez, como títulos de deuda pública o títulos del Banco de la República, lo cual limita las oportunidades de obtener mayores rendimientos financieros. Este tipo de inversiones, aunque seguras, suelen tener un retorno bajo, reduciendo así la rentabilidad global de la aseguradora.

Estas obligaciones financieras impactan directamente en la liquidez de las aseguradoras, ya que una parte considerable de sus recursos está comprometida en fondos de reservas que no pueden ser utilizados para otros fines estratégicos o de crecimiento. Esta restricción reduce la capacidad de la empresa para aprovechar oportunidades de inversión que podrían ofrecer mayores rendimientos, como inversiones en tecnologías emergentes. Además, mantener estas reservas implica costos administrativos adicionales, incluyendo la necesidad de contratar personal especializado en gestión de riesgos y auditorías financieras, lo cual aumenta la carga operativa.

Por otro lado, la implementación de sistemas especiales de administración de riesgos de seguros (SEARS), que son obligatorios para las aseguradoras, añade otro nivel de complejidad y gasto. Estos sistemas requieren inversiones significativas para monitorear, medir y mitigar los riesgos inherentes a la actividad aseguradora. Además, demandan recursos humanos altamente

capacitados para gestionar y operar dichos sistemas, incluyendo analistas de riesgos, auditores internos y consultores externos. Los costos también podrían incluir auditorías externas periódicas para verificar el cumplimiento de los estándares regulatorios, la actualización continua del sistema de gestión de riesgos, y la formación constante del personal para adaptarse a los cambios normativos. Todos estos factores se suman para aumentar significativamente los costos operativos de las aseguradoras, creando un entorno económico menos competitivo frente a alternativas menos reguladas, como los contratos de servicios de asistencia.

En contraste, las empresas que ofrecen contratos de servicios de asistencia no enfrentan estos costos de transacción en la misma medida, lo que les permite operar con mayor eficiencia económica y flexibilidad financiera. La ausencia de requisitos de capital mínimo y la falta de obligaciones en la constitución de reservas técnicas reducen significativamente los costos operativos, permitiendo a estas empresas adaptarse rápidamente a las condiciones cambiantes del mercado. Esto representa un incentivo económico claro para optar por los contratos de servicios de asistencia en lugar de los contratos de seguro. En virtud de lo anterior, también parece que los incentivos consistentes en sanciones no son lo suficientemente fuertes para desincentivar en este sentido.

3.1.3.3. Análisis de preferencias del mercado

En el análisis de las preferencias del mercado, es fundamental considerar cómo las características regulatorias y económicas de los seguros y los contratos de servicios de asistencia influyen en las decisiones de los empresarios y consumidores.

3.1.3.3.1. *Los empresarios*

Desde la perspectiva de los empresarios –que buscan elegir una modalidad de contratación para ofrecer– la complejidad y los altos costos asociados a la actividad aseguradora pueden hacer que los contratos de servicios de asistencia resulten más atractivos. Al evaluar las opciones disponibles, estos tienden a preferir aquellos productos que les ofrezcan mayor flexibilidad operativa y menores barreras regulatorias. Los contratos de servicios de asistencia, al no estar sujetos a la misma carga normativa que los contratos de seguros, permiten a las empresas evitar los requisitos de solvencia, la constitución de reservas técnicas y los sistemas complejos de administración de riesgos, que pueden limitar significativamente su margen de maniobra financiera y aumentar sus costos operativos.

Los contratos de servicios de asistencia, al no requerir la misma supervisión por parte de entidades regulatorias como la Superintendencia Financiera, presentan una oportunidad para que las empresas puedan operar con mayor libertad en la estructuración de sus servicios, fijación de precios y elección de modelos de negocio. Esta menor carga regulatoria facilita la entrada al mercado y reduce los costos asociados al cumplimiento normativo, lo cual resulta en una mayor preferencia por este tipo de contratos entre los empresarios que buscan optimizar costos y mejorar la eficiencia de sus operaciones. Además, los contratos de servicios de asistencia suelen tener estructuras más simples y menos reguladas, permitiendo a las empresas responder de manera más ágil y adaptarse rápidamente a las necesidades cambiantes de los consumidores.

Ahora bien, como ya se adelantó, sería posible plantear que las sanciones previstas con el fin de evitar el ejercicio ilegal de la actividad aseguradora se trata de un incentivo que busca evitar esta práctica. No obstante, pareciera que el resto de incentivos encontrados en el ordenamiento tienen un peso mayor que no previene a las entidades de aventurarse a implementar contratos con

una naturaleza idéntica a los contratos de seguro, sin encontrarse autorizados para ejercer actividad aseguradora.

3.1.3.3.2. *Los consumidores*

Desde la perspectiva de los consumidores que buscan con quién contratar, las preferencias también pueden verse significativamente influenciadas por las percepciones de flexibilidad, accesibilidad y valor añadido. Los consumidores suelen buscar opciones que les ofrezcan una combinación óptima de protección y costo. En este sentido, los contratos de servicios de asistencia pueden percibirse como más accesibles debido a su menor complejidad contractual y su enfoque en servicios específicos. A diferencia de los contratos de seguro— que a menudo están sujetos a términos complejos y a procedimientos más rigurosos de evaluación de riesgos— los contratos de servicios de asistencia tienden a ofrecer una experiencia más directa y fácil de entender para los consumidores. Esta simplicidad y la posibilidad de acceso a servicios más personalizados y adaptados a sus necesidades concretas pueden hacer que los consumidores los prefieran sobre las opciones de contratos de seguros tradicionales.

Además, los consumidores pueden estar más dispuestos a contratar servicios de asistencia cuando perciben que estos ofrecen una atención más rápida y directa en situaciones de emergencia o necesidad, sin tener que enfrentar largos procesos de reclamación y compensación típicos de los seguros. Esta preferencia se ve reforzada por la posibilidad de contar con servicios más específicos, como asistencia en el hogar o en carretera, que satisfacen necesidades inmediatas y tangibles.

3.1.3.3.3. *Preferencias generales del mercado*

En conjunto, las preferencias del mercado, tanto desde la perspectiva de los empresarios como de los consumidores, muestran una inclinación hacia la simplicidad, la flexibilidad y la reducción de costos. Estas preferencias crean un entorno donde los contratos de servicios de asistencia se perciben como una alternativa más atractiva frente a los seguros tradicionales, especialmente en un contexto donde la regulación para estos últimos impone mayores barreras de entrada, costos operativos más elevados, y una menor capacidad de adaptación rápida a las necesidades del mercado.

Si bien todas estas regulaciones normativas tienen una importancia legítima desde el punto de vista del derecho y de la protección del consumidor financiero, su existencia y rigidez generan incentivos económicos que pueden tener efectos adversos no deseados. La intención de asegurar la solvencia de las entidades aseguradoras, proteger los intereses de los consumidores y garantizar la estabilidad del sistema financiero es valiosa y necesaria; sin embargo, estas normativas, al imponer cargas significativas en términos de costos operativos, requisitos de capital, y restricciones de inversión, pueden desalentar a las empresas a participar en el mercado asegurador y, en su lugar, incentivarlas a optar por contratos de servicios de asistencia no regulados.

Por tanto, es crucial reevaluar y adaptar la forma en que se regula la actividad aseguradora para mitigar estos efectos adversos, sin sacrificar los objetivos primordiales de protección y seguridad que subyacen a la regulación existente. Esto implica un equilibrio cuidadoso entre la protección del consumidor financiero y la creación de un entorno competitivo y dinámico que favorezca la innovación y el acceso a los servicios de seguros.

4. Conclusiones

En conclusión, se pudo extraer a lo largo del presente escrito que no existe una diferencia sustancial entre los contratos de seguro y los contratos de servicios de asistencia, pues, por un lado, ambos comparten los elementos esenciales legalmente planteados del contrato de seguro, por otro lado, en el concepto y jurisprudencia importante sobre el tema no se evidencian argumentos jurídicos lo suficientemente contundentes como para acreditar que se tratan de dos contratos con una naturaleza jurídica supremamente diferente. No obstante, se planteó la interpretación consistente en un posible quinto elemento esencial del contrato de seguro, propuesto tácitamente por la Corte Constitucional, consistente en la captación masiva y habitual del dinero del público.

Teniendo claro lo anterior, se evidenciaron múltiples incentivos económicos como: el requerimiento de autorización por parte de la Superintendencia Financiera para ejercer actividad aseguradora, el sometimiento de la entidad aseguradora a la vigilancia y poder sancionatorio de esta, las limitaciones relativas a niveles de patrimonio, la obligación de constituir reservas técnicas, las inversiones que se pueden ejercer sobre las reservas técnicas, la obligaciones de adoptar SEARS, el régimen de pólizas y tarifas, y, a forma de castigo, las consecuencias administrativas y penales del ejercicio ilegal de la actividad financiera y aseguradora.

Además, se hizo la claridad de que aunque estas regulaciones cumplen con objetivos legítimos de la protección del consumidor financiero y de la estabilidad del sistema, imponen grandes cargas, esto es, incentivos económicos, para que las empresas opten por evitar ofrecer contratos de seguro y “disfrazarlos” con contratos de servicios de asistencia, al no estar estos sujetos a tales restricciones.

En virtud de lo anterior, se evidencia que las preferencias del mercado, tanto desde la perspectiva de los empresarios como de los consumidores, muestran una inclinación hacia la simplicidad, la flexibilidad y la reducción de costos. Estas preferencias crean un entorno donde los contratos de servicios de asistencia se perciben como una alternativa más atractiva frente a los seguros tradicionales, especialmente en un contexto donde la regulación para estos últimos impone mayores barreras de entrada, costos operativos más elevados, y una menor capacidad de adaptación rápida a las necesidades del mercado.

Esto plantea una necesidad de reevaluar las regulaciones vigentes sobre la actividad aseguradora, para evitar que las cargas regulatorias desincentiven la participación en este sector y, en consecuencia, incentiven la elusión de la normatividad. Lo anterior, logrando garantizar simultáneamente la protección del consumidor financiero y la estabilidad del sistema.

A partir de los hallazgos de este trabajo, se sugieren algunas recomendaciones generales, no con el propósito de hacer una propuesta detallada, sino para ofrecer orientaciones prácticas al legislador con base en los resultados evidenciados. El objetivo principal es simplificar la normatividad y regulación existente, sin eliminarla, y evitar conductas elusivas por parte de las empresas frente al marco regulatorio actual.

En primer lugar, es fundamental concretar el marco normativo aplicable, estableciendo reglas claras que definan cuándo se ejerce actividad aseguradora y, en consecuencia, cuándo los contratos de servicios de asistencia deben considerarse como contratos de seguro. Lo anterior, con el fin de brindar la suficiente claridad sobre el ejercicio de esta actividad y cuándo esta se ejerce de forma ilícita. Esto, con el fin de evitar la elusión de las normas por los vacíos legales evidenciados.

En segundo lugar, es necesario simplificar la normatividad y requisitos para el ejercicio de la actividad aseguradora. En este punto es pertinente aclarar que lo que se pretende no es que se eliminen los requisitos regulatorios que se imponen a la actividad aseguradora, pues se reitera que el fin de estos es legítimo y deseado, sino de hacerlos más generales, accesibles y flexibles. Lo anterior, para evitar los comportamientos elusivos por parte de las empresas y para que sea lo suficientemente flexible como para adaptarse a las dinámicas del mercado, sin imponer una carga excesiva que desincentive la participación en el sector.

En tercer lugar, podría ser factible fomentar la competencia en el sector asegurador, reduciendo barreras de entrada, pero sin desatender los principios fundamentales de protección al consumidor y estabilidad financiera. Esto, no sólo para evitar el ejercicio ilegal de la actividad aseguradora por medio del uso de figuras idénticas a la del contrato de seguro, sino también para favorecer un entorno competitivo más inclusivo y accesible para nuevas empresas y modelos de negocio.

Finalmente, es necesario que el legislador no pierda de vista cómo las regulaciones que lleva a cabo implican la existencia de incentivos económicos. Por lo anterior, es necesario que al momento de legislar este esté consciente en todo momento de la necesidad de mantener una regulación equilibrada para evitar generar incentivos económicos indeseados. En este sentido, es fundamental encontrar un balance que permita operar con flexibilidad a los agentes del mercado, pero bajo un marco que garantice la protección de los intereses del ordenamiento jurídico.

Para ello, se invita a realizar un análisis de los posibles efectos que cada decisión normativa puede generar en la economía y en las decisiones de los agentes del mercado. Es fundamental que las regulaciones se diseñen buscando no sólo proteger al consumidor, sino también fomentando un mercado dinámico y competitivo. En este sentido, es necesario evitar caer en una sobrerregulación

que, lejos de proteger, limite la innovación y la expansión del sector asegurador. Adicionalmente, con este fin, se recomienda llevar a cabo un análisis de derecho comparado de modo que se pueda tomar ideas sobre la manera en que se ha llevado a cabo esta regulación en otros países para evitar generar incentivos indeseados.

5. Referencias Bibliográficas

Assist Card. (2023). Condiciones Generales.

<https://www.assistcard.com/DocumentHandler/GetDocument?recordId=184>

Bernal Cárdenas, M. (s.f.). Los seguros en Colombia.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/contad/article/download/1639/1478/5625>

Bravo Reyes, J.H., y Fernández Molano N.A. (2011). Una mirada histórica sobre los seguros y sus inicios en Colombia.

<https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=gs>

Casadiego Leal, P.L. (s.f.). Naturaleza Jurídica del Contrato de Seguro y sus Implicaciones en el Régimen de Reticencia e Inexactitud de la Información, como Causal de Nulidad Relativa, por Dolo o Culpa del Tomador.

<https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/ba6672a3-0ded-4d37-924c-7ea4075176d4/content>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-269 de 1999 (M.P. Martha Victoria Sáchica De Moncaleano; 28 de abril de 1999).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-269-99.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-432 de 2010. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 2 de junio de 2010).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-432-10.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 940 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy

Cabra; 15 de octubre de 2003). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-940-03.htm>

Corte Suprema de Justicia. Expediente 4045 (M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss; 24 de enero de 1994).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SC3273-2020 (M.P. Luis Armando Tolosa

Villabona; 11 de junio de 2020). https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2020/09/SC3273-2020-2011-00079-01_1.pdf

Ossa Gómez, E. J. (1991). *Teoría General del Seguro*. Bogotá - Colombia: Temis.

Fasecolda. (2024, Septiembre 23). Régimen de seguros.

<https://publicaciones.fasecolda.com/regimen-de-seguros/chapter/p3-c4-1/>

López Blanco, H.F. (2022). *Comentarios al contrato de seguro*.

Mankiw, N.G. (2012). Principios de economía.

<https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/bd2711c3969d92b67fcf71d844bcbaed.pdf>

Jaramillo Jaramillo, C.I. (2013). *Derecho de seguros*. Tomo II.

Ordóñez Ordóñez, A.E. (2002). *Lecciones de derecho de seguros N2. Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*.

Ordóñez Ordóñez, A.E. (2002). *Lecciones de derecho de seguros N1. Cuestiones generales y caracteres del contrato*.

Superintendencia Financiera de Colombia. (2011). Concepto 2011078736-002 del 13 de diciembre de 2011. <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/16241>

Torres González, M.A., Cortés Segura F.A. y Uribe Aristizabal, J.C. (2011). Naturaleza Jurídica en Colombia de la Asistencia en Viaje Internacional.

<https://intellectum.unisabana.edu.co/bitstream/handle/10818/3826/Miryam%20Aide%20Torres%20Gonz%20E1lez.pdf?sequence=1>

Vigil Iduate, A. (2022). La delimitación del riesgo y el principio indemnizatorio.

<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/download/36373/28803/146642#:~:text=28%20del%20Decreto%20Ley%20N,responsabilidades%20o%20en%20sus%20bienes%20E2%80%9D>