

Estado actual y perspectiva del derecho mercantil en Colombia

Presente y Futuro del Derecho de Seguros*

BERNARDO BOTERO MORALES**

*Fecha de recepción: 18 de septiembre de 2008
Fecha de aceptación: 22 de octubre de 2008*

SUMARIO

Introducción

1. El derecho de seguro dentro del marco del código de comercio. Decreto No. 410 de 1971
2. Las modificaciones al código de comercio
3. El futuro del derecho de seguros

Bibliografía

* Artículo resultado de Investigación a partir de los estudios de Derecho Mercantil con impacto en el desarrollo del mismo. Realizado en Colombia y respaldado por la Pontificia Universidad Javeriana, el colegio de abogados Javerianos, la Biblioteca Jurídica Díké y Ámbito jurídico de Legis. Septiembre de 2008.

** Abogado y Economista de la Pontificia Universidad Javeriana- Bogotá-. Ha desempeñado, entre otros, los cargos de Presidente de Aon Re Colombia Ltda. Corredores Internacionales de Reaseguros desde Octubre del año 2006 hasta la fecha y asesor de la misma empresa durante los años de 1997 y 2006; asesor, Cesvi Colombia S.A. desde el mes de Enero de 1997 hasta la fecha. Algunas de sus publicaciones a nivel nacional, en los últimos cinco años han sido "El seguro de Fianza. Naturaleza jurídica de las garantías de cumplimiento" en esta misma publicación, N° 15, Año 2000; y "Consideraciones Básicas para la determinación del límite de cobertura y del deducible en pólizas de infidelidad y riesgos" Edición N° 16

RESUMEN

El Derecho de Seguros si bien cuenta con una legislación y actividad propia, se inmersa y dispersa de forma relevante dentro y desde el mundo del Derecho mercantil, pero al tiempo se aleja de la misma debido a circunstancias particulares como su creciente expansión tanto en el sector público como privado. Se hace relevante entonces, presentar la llamada “Teoría del Riesgo” como ejemplo de la ya mencionada expansión y la constante modificación del Derecho de Seguros por fuera de la legislación comercial. Se señala por consiguiente, normas como la Ley 45 de 1990, Ley 35 de 1993 y la Ley 389 de 1997, de gran trascendencia pues las más representativas reformas fueron introducidas bajo esta Ley: consensualidad del contrato y la incorporación del Contrato de Seguro de responsabilidad civil.

El futuro del derecho de seguros se visualiza con énfasis en la indemnización, beneficios al asegurado y ausencia de formas solemnes para su perfeccionamiento, proyectándose o mejor, ampliándose para responder a las necesidades económicas, estatales y de protección comunitaria.

Palabras clave: contrato de seguros, actividad mercantil, legislación modificatoria, expansión.

ABSTRACT

Notwithstanding insurance law has its own legislation and activity, it may also be submerged and be diffused throughout the orbit of commercial law, but at the same time it comes part that area due to particular circumstances such as its growing expansion both in the public and the private sector. Therefore, the Theory of Risk is worth mentioning as example of the above mentioned expansion and the constant changing nature of insurance law outside of commercial law. Rules such as Law 45 of 1990, Law 35 of 1993 and Law 389 of 1997 are of great importance as the most representative amendments were introduced by [them]: non-solemnity and incorporation of the liability insurance policy.

The future of insurance law is seen by stressing out indemnification and lack of solemnity for completion, extending itself to respond to State economic needs and community protection.

Key words: *insurance policy, commercial business, amending legislation, expansion*

año 2001. Correo electrónico: bernardo.botero@agl.aon.com Sea lo primero agradecer a la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, en cabeza de su Decano Académico, Profesor CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, la honrosa deferencia de invitarme a compartir con tan dilecto auditorio y en asocio del ilustre jurista y Decano de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Doctor ALEJANDRO VENEGAS FRANCO, algunas reflexiones sobre el presente y futuro del Derecho de Seguros en Colombia.

INTRODUCCIÓN

El derecho de seguros dentro del marco del derecho mercantil. Procede, antes de adentrarnos en la tarea relativamente sencilla de describir someramente la evolución reciente del Derecho de Seguros en nuestro ordenamiento jurídico, y de adentrarnos en la más exigente e intrincada de tratar de predecir su futura evolución, realizar, habida consideración precisamente de la naturaleza y objetivos del presente coloquio, unas breves reflexiones sobre el alcance y contenido del denominado Derecho de los Seguros, dentro del marco del moderno Derecho Mercantil.

El mundo registra durante la última mitad del siglo XX y lo que va corrido del siglo XXI, una extraordinaria transformación, política, económica y social que genera, necesariamente, un amplio impacto sobre las instituciones de carácter mercantil, así como sobre la normatividad llamada a regir las relaciones comerciales entre los miembros de la comunidad.

Dentro de este nuevo entorno, el sector de los seguros, ha venido adquiriendo una notable importancia, dadas sus vastas proyecciones socio-económicas y los amplios beneficios que de su adecuada utilización pueden derivarse, como vehículo apto para el afianzamiento de valores tan caros a la sociedad moderna como la seguridad, la estabilidad y la solidaridad. Tiene pues el seguro como institución, un amplio potencial generador de beneficios para la comunidad, y de allí el marcado interés del legislador en introducir, como en efecto ha sucedido, significativas modificaciones al conjunto de normas que regula dicha actividad.

En efecto, procede observar cómo en forma cada día más depurada y exigente, han venido desarrollándose un conjunto uniforme de principios, que regulan los diversos aspectos del seguro en sus aspectos contractual y empresarial, los cuales no son comunes a ninguna otra disciplina jurídica. De hecho la sistemática y ordenada gestación doctrinaria de estos principios y su posterior concreción y desarrollo en normas de derecho positivo, han llevado la institución del seguro a desbordar los causes mismos del derecho comercial, el

cual, al decir del profesor argentino, Juan Carlos Morandi, ha sido incapaz de mantenerlo en su seno. Adicionalmente, en la regulación del seguro concurren, además de la cambiante normatividad de derecho privado, que regula los aspectos contractuales de dicha institución, normas de derecho público no menos dinámicas, que conforman el estatuto regulatorio tanto de la actividad en sí misma, como de las empresas de objeto social exclusivo, autorizadas para su explotación comercial.

A la anterior, ya de por sí significativa tendencia, se ha adicionado en los últimos años el inmenso compromiso asignado al sector de administrar las coberturas propias de la seguridad social, coberturas, aún en etapa de incipiente de desarrollo, que se resisten a su regulación, al menos en forma exclusiva, bajo los principios y normas que informan la actividad mercantil.

Es de tal trascendencia esta adición, realizada en nuestro país a raíz de la expedición de la Ley 100 de 1993 que, anticipándonos a lo que más adelante será el somero análisis del presente y futuro de los seguros en Colombia, procede poner de presente el hecho de que la misma alteró la tradicional clasificación dual de los seguros privados, entre seguros de daños y seguros de personas, de sólida y arraigada fundamentación en factores tanto históricos como jurídicos, al ampliarla a lo que es hoy una indiscutible clasificación tripartita, entre seguros de daños, seguros de personas y seguros de la seguridad social.

Establecida la existencia en la práctica de un verdadero Derecho de Seguros, dotado de características y principios propios, importa analizar, así sea brevemente, el verdadero alcance de dicho derecho.

Al respecto escribía hace ya varias décadas el anteriormente citado autor argentino JUAN CARLOS MORANDI, en un artículo intitulado "*Autonomía y Sistematización del Derecho de Seguros*"¹, el cual por razón de la reciente dinámica del sector parece haber ganado actualidad, lo siguiente:

"Con un sentido lato, resulta difícil hablar de autonomía del Derecho de Seguros", ya que la ciencia del Derecho es una sola, edificada sobre principios generales, inalterables e indestructibles. Sin embargo, la naturaleza misma de las cosas y el natural acontecer de los hechos y actos que a las mismas se refieren, determinan en ciertos casos la necesidad de edificar una estructuración jurídica que, si bien responde en sus principios esenciales a los generales del Derecho –puesto que de ciencia jurídica se trata–, tiene también sus "propios principios" –secundarios y complementarios frente a los generales del Derecho–, sobre los cuales se estructura para responder a las necesidades que determinaron su creación. Solo en tal sentido creemos que se puede hablar de un Derecho autónomo; autónomo en cuanto a su funcionamiento independiente frente a otra rama del Derecho, pero nunca en cuanto a los principios generales que gobiernan todo el sistema".

1 Revista de la extinta Asociación Colombiana de Compañías de Seguros "Asecolda". No. 6.

La sucintamente expuesta tesis del profesor Morandi de otorgar al Derecho de Seguros un grado tal de especialidad, que induzca a considerarlo como un derecho autónomo, si bien no huérfana de defensores eminentes como ANTÍGONO DONATI² y ERNESTO CABALLERO SÁNCHEZ³, no corresponde a una concepción realista de la estructura organizacional y sistemática del Derecho.

Es en nuestro criterio claro que la actividad aseguradora, y como corolario el Derecho de Seguros que regula la misma, no obstante la cambiante dinámica en su regulación a que hemos hecho referencia, se encuentra inspirada y cuenta con un amplio arraigo en los principios que informan el Derecho Mercantil.

Por otra parte, la regulación por normas de derecho público de la actividad aseguradora y de los operadores autorizados para su explotación, no constituye, en si misma, razón suficiente para justificar el otorgamiento de autonomía jurídica al Derecho de Seguros, por cuanto tal fenómeno no es extraño a otras disciplinas del Derecho Mercantil, como la banca, la fiducia y en general la intermediación financiera, sin que ello amerite instituir las en ramas autónomas del derecho.

Siguiendo a los profesores J. EFREN OSSA⁴ e ISAAC HALPPERIN⁵ estimamos que, el alcance de la autonomía del Derecho de Seguros no tiene porque ir mas allá de conferir a dicha institución la necesaria unidad científica y didáctica, así como de dotarla de autonomía legislativa, en el sentido y con el alcance de que su regulación se realice mediante un conjunto armónico de normas legales, que involucren los aspectos contractual, empresarial, tributario, financiero y laboral de la misma.

No resulta, sin embargo, exótico a pesar de lo hasta aquí expuesto, avizorar, así sea con cierta timidez, una creciente influencia sobre el conjunto de las actividades del sector, de la especial naturaleza del ordenamiento jurídico que en materia contractual e institucional inspiran la normatividad que regula la seguridad social, hoy delegada en su administración al sector institucional privado y/o público de los seguros. Tal influencia inducirá, en mi criterio más temprano que tarde, modificaciones en principios reguladores del sector que, sin llegar a constituirlo en un derecho autónomo, lo lleven a apartarse cada día más de normas y principio propios del Derecho Mercantil, tradicionalmente inspiradores, como ya se dijo, de la normatividad propia del Derecho de Seguros. Dejo en esta forma plasmada mi primera inquietud sobre el futuro del Derecho de Seguros en Colombia.

2 ANTÍGONO DONATI, (1960) Los Seguros Privados – Manual de Derecho. Librería Bolch Barcelona.

3 ERNESTO CABALLERO SÁNCHEZ. Curso de Derecho Mercantil.

4 J. EFREN OSSA G. Tratado Elemental de Seguros. Editorial Lerner, Bogotá.

5 ISAAC HALPERIN, (1983). Seguros. Ediciones Depalma, Buenos Aires.

I. EL DERECHO DE SEGURO DENTRO DEL MARCO DEL CÓDIGO DE COMERCIO. DECRETO NO. 410 DE 1971

El Título V El Contrato de Seguro del Libro Cuarto de los Contratos y Obligaciones Mercantiles del Código de Comercio, realizó avances importantes en materia de la regulación del contrato de seguro, en la medida en que actualizó, sistematizó y dotó de mayor claridad la en alto grado obsoleta legislación sobre dicho contrato, consignada en el antiguo Código de Comercio Terrestre adoptado para la República de Colombia, como es bien sabido, mediante la Ley 57 de 1.887.

Avances significativos consignados en dicho estatuto constituyen, la adopción de la denominada moderna teoría de riesgo, con arreglo a la cual son asegurables ya no exclusivamente hechos o eventos estrictamente fortuitos, tal como lo predicaba el artículo 635 del antiguo Código de Comercio Terrestre⁶ sino, tal como lo consigna el Art. 1054 del C.Co de 1971⁷, hechos o eventos mas o menos fortuitos.

Tal modificación dio viabilidad jurídica a desarrollos tan importantes como el seguro de la responsabilidad civil, no viable de otorgarse bajo el antiguo Código, no sólo por razón de la estrecha definición de riesgo consignada en el Art. 635 de dicho estatuto, sino, además, por expresa disposición del Art. 676 del mismo, el cual, en su inciso primero establecía que

“El asegurador no está obligado a indemnizar la pérdida o deterioro procedente de vicio propio de la cosa, de un hecho personal del asegurado, o de un hecho ajeno que afecte civilmente la responsabilidad de éste.”

Deben, adicionalmente, abonarse al Código de Comercio, entre otros avances notables: haber precisado el alcance del concepto de interés asegurable en los seguros de personas; haber consignado norma expresa sobre prescripción de la acciones derivadas del contrato de seguro; haber hecho claridad sobre la figura de la subrogación del asegurador en los derechos del asegurado contra el tercero causante del siniestro; haber dado viabilidad jurídica al seguro de lucro cesante, seguro de proscrito otorgamiento, a la luz de lo dispuesto por el numeral 1º del Art. 646 del antiguo código⁸.

6 Código de Comercio Terrestre de 1887. Art. 635 inciso segundo: “Se entiende por riesgo la eventualidad de todo caso fortuito, que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados.”

7 Código de Comercio de 1971. Art. 1054: “Denomínase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”

8 Código de Comercio Terrestre de 1887. Art. 646. Por consiguiente, no pueden ser materia de seguro: 1º Las ganancias o beneficios esperados;...”

No se registra similar esfuerzo de actualización legislativa, dicho sea de paso, en lo tocante con el Título XIII - Del Seguro Marítimo, Libro Quinto - De la Navegación, en el cual se transcribieron sin mayor elaboración normas tradicionales del seguro marítimo, algunas de ellas definitivamente obsoletas como la del Art. 1706 que consagra la posibilidad del seguro sobre el riesgo putativo o sea el que – como reza la norma –

“...solo existe en la conciencia del tomador o del asegurado y del asegurador, bien sea porque ya haya ocurrido el siniestro o bien porque ya se haya registrado el feliz arribo de la nave en el momento de celebrarse el contrato.”

2. LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO DE COMERCIO

No obstante los importantes avances registrados en materia del contrato de seguro con la expedición del C.Co, la verdad es que los más significativos y de mayor importancia se han producido mediante modificaciones introducidas al mismo en diversas épocas. Veamos los más trascendentales:

Mediante la Ley 45 de 1990 se produjo, en primer término, una profunda modificación en el alcance de la regulación de la actividad aseguradora en materia de competencia, régimen de inversiones y estructura patrimonial, que condujo al sector, de una virtual co-administración por el Estado, en la cual los textos de pólizas y tarifas eran uniformes y previamente aprobados por la entonces Superintendencia Bancaria, a una total libertad de competencia, en la que, lejos de propiciarse, como hasta entonces, los acuerdos a través del ente gremial “Fasecolda” en clausulados y costos de las coberturas, se pasó a prohibir dichos acuerdos, como prácticas restrictivas de la competencia de mercado. Este cambio de regulación introdujo una radical transformación en los sistemas de competencia entre las aseguradoras y generó, de hecho, una significativa reducción en el costo de las coberturas.

Ameritan adicionalmente mención especial las modificaciones introducidas en el marco regulatorio del contrato de seguro por la Ley 45 de 1990, en cuanto hace referencia al mérito ejecutivo de la póliza, Art. 1053, al término para el pago de la prima, Art. 1066, a la terminación del contrato por el no pago de la prima, Art. 1068 y al ámbito de la cobertura que se otorga bajo el contrato de reaseguro, Arts. 1134 y 1135, entre otros.

Nota: Esta norma fue, en criterio de algunos juristas de la época, derogada por el Art.13 de la Ley 27 de 1888, que en sus incisos 1º y 3º establece: “1º En toda clase de seguros, cuando las partes acordaren fijar el valor asegurable en una suma determinada, la suma convenida será obligatoria para ambas partes como valor asegurable... 3º Si una utilidad imaginaria hubiere sido asegurada en una valuación y el asegurador rechazare la estimación que a ella se diere, deberá probar que ella excede del provecho que al tiempo de la conclusión del contrato pudiera haberse operado, según los cálculos comerciales.”

Adicionalmente, son de destacar en materia regulatoria de carácter contractual, en lo tocante con el seguro de responsabilidad civil:

- La inclusión dentro del Art. 1127 de la posibilidad de asegurar la culpa grave, limitación de cobertura ampliamente debatida por la comisión redactora del código, no obstante haber sido ya desde 1930 superada por la ley francesa del contrato de seguro. A este respecto prevaleció en la comisión el criterio opuesto a la asegurabilidad de dicha culpa, defendido por el profesor J. EFREN OSSA GÓMEZ, por considerar que *“quien amerita dicha cobertura no la requiere y quien la requiere no la amerita”*.

No fue, sin embargo, muy afortunada en su redacción la reforma del referido Art. 1127, en la medida en que si bien dio vía libre al seguro de la culpa grave, lo hizo *“...con la restricción indicada en el artículo 1055.”*, norma que en forma expresa prohíbe el aseguramiento de la misma.

Pero no paran allí las críticas a la reforma de dicha norma pues, adicionalmente, modificó el ámbito de la cobertura que se otorga bajo el seguro de responsabilidad civil, al pasar de otorgarla respecto de los perjuicios patrimoniales que “sufra” el asegurado, a que hacía referencia la norma original, a otorgarla respecto de los perjuicios patrimoniales que “cause” el asegurado, con lo cual se eliminó de un tajo, salvo pacto expreso en contrario, la cobertura para los perjuicios extra patrimoniales que se causen a la víctima.

- La precisión introducida en el Art. 1131, aún no exenta de controversia, en cuanto a la fecha a partir de la cual se cuenta la prescripción de las acciones, y
- La consagración en el Art. 1127 del seguro de responsabilidad civil como seguro a favor de terceros y el establecimiento en el Art. 1133, en desarrollo de dicho principio, de la acción directa contra el asegurador en favor de la víctima.

Posteriormente, mediante la Ley 35 de 1993 en su Art. 23, se estableció, respecto de los riesgos propios de la actividad financiera, la posibilidad del aseguramiento de los mismos, ya no con base el principio general consagrado en el Art. 1954 del C.Co., o sea, en que el evento generador de la obligación a cargo del asegurador hubiese “ocurrido” durante el período de vigencia de la cobertura sino, con base en que el evento generador de la obligación a cargo del asegurador hubiese sido “descubierto” durante el período de vigencia de la cobertura. Se dio pues la posibilidad de amparar, como a la letra reza la norma, *“...hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por tomador y asegurador.”*

Dicha ley creó, adicionalmente, la posibilidad de modificar, mediante pacto expreso y para los seguros de los grandes riesgos, el término para el pago de la indemnización por el asegurador y la tasa de interés por la mora en el pago de la misma, Art. 21, así como, el término para la revocatoria del contrato, Art. 22.

Finalmente y circunscribiéndonos a los cambios, en nuestro criterio más significativos, introducidos por el legislador en la normativa regulatoria de la actividad aseguradora desde la expedición del código en el año de 1971, procede hacer referencia a la Ley 389 de 1997.

Dos modificaciones de especial trascendencia fueron introducidas por dicha ley al contrato de seguros, así:

- La modificación del carácter solemne a consensual del contrato, realizada mediante el artículo 1º de la Ley.

Ya en el año de 1961 el Gobierno Nacional, consciente de la necesidad de dotar el contrato de seguro de la agilidad que exige el dinámico desarrollo de las operaciones comerciales, así como de la conveniencia de poner a tono nuestra legislación con las modernas tendencias de la doctrina, consagraba en el proyecto de Código de Comercio presentado a la consideración del Congreso de la República, el carácter consensual del contrato de seguro. Modernas legislaciones sobre dicho contrato, como la francesa de 1930 y la argentina de 1967, le otorgan dicho carácter.

El código del año 71, menos a tono en este como en otros aspectos ya comentados con las modernas tendencias de la doctrina y la legislación, había preservado, luego de un amplio debate en la comisión redactora, el carácter solemne de dicho contrato.

- La incorporación en nuestro régimen legal del contrato de seguro de responsabilidad civil, de la controvertida modalidad anglosajona del seguro por reclamación o *claims made*, con arreglo a la cual se ampara la responsabilidad del asegurado por las reclamaciones que contra este o directamente contra el asegurador sean presentadas durante la vigencia de la póliza, independientemente de que el hecho generador de la misma se hubiere realizado con anterioridad a la fecha de iniciación de la cobertura.

No menos trascendental fue la incorporación bajo el Art. 5º de la citada ley 389 de 1997, de la viabilidad de la comercialización de pólizas de seguros por intermedio de los establecimientos de crédito, incorporación que permitió el amplio desarrollo que en la última década se ha registrado en el sistema de comercialización denominado de “bancaseguros”.

3. EL FUTURO DEL DERECHO DE SEGUROS

De dónde venimos

En síntesis, en cuanto hace referencia al contrato, venimos de un acuerdo de voluntades revestido para su validez de precisas formalidades; concebido para transferir riesgos – entendidos como tales hechos futuros y necesariamente fortuitos, susceptibles de causar

perjuicios de índole patrimonial—, generador de una prestación de carácter estrictamente indemnizatorio y concebido en beneficio exclusivo del asegurado.

En cuanto hace referencia a la institución, venimos de una actividad altamente regulada por el Estado con énfasis en cuanto hace referencia a su forma de operación y régimen de competencia, orientada a suplir los requerimientos de protección de las personas jurídicas y naturales, en atención a necesidades de carácter individual.

En dónde estamos

Estamos hoy en día, en cuanto hace referencia al contrato, en presencia de un acuerdo de voluntades desprovisto de formalidades para su perfeccionamiento, concebido para transferir riesgos – entendidos como hechos no necesariamente fortuitos, o si se quiere más propiamente, siguiendo a Alfredo Manes⁹, a la atención de necesidades futuras, económicas y más o menos fortuitas – generador de una prestación no siempre de carácter estrictamente indemnizatorio y concebido en beneficio tanto del asegurado como de terceros.

En cuanto hace referencia a la institución, estamos en una actividad virtualmente libre en materia de competencia y altamente regulada por el Estado en materia financiera, con énfasis en la supervisión de la solidez y solvencia patrimonial de las aseguradoras, y cada día más orientada a suplir los requerimientos de protección no solo de las personas jurídicas y naturales sino de la comunidad en general.

Hacia dónde vamos

Decíamos al inicio de la presente disertación que describir la evolución reciente del derecho de seguros en nuestro ordenamiento jurídico es tarea relativamente sencilla. No lo es, ciertamente, tratar de predecir su futura evolución.

No obstante, a riesgo de equivocarnos, procederemos a proponer a este ilustrado auditorio algunas reflexiones sobre el futuro del derecho de seguros en Colombia, desde la perspectiva, como lo hemos hecho hasta ahora, por una parte, del contrato – Derecho Privado de Seguros, como, por la otra, de la institución – Derecho Público de Seguros.

Por lo que respecta al ámbito propio del contrato de seguro – Derecho Privado de Seguros, y más concretamente en lo tocante con los elementos esenciales del mismo, “interés asegurable”, “prima o precio” y “obligación condicional del asegurador”, no se perciben, al menos por el suscrito, factores que permitan prever cambio o evolución significativos. La verdad es que dichos elementos, con sus notas diferenciadoras en cuanto hace referencia al ámbito propio de los seguros de personas, de una parte y de los seguros de daños, de la otra, y salvo ligeros ajustes esencialmente de forma, han

9 EDUARDO MANES. Teoría General del Seguro.

permanecido estables y no se vislumbran razones de alteración de los mismos en el futuro.

No ocurre igual con el elemento "riesgo", el cual, como quedó anotado con anterioridad, ha venido flexibilizándose en forma gradual, siendo previsible la continuidad en el futuro de dicha tendencia, habida consideración de los notables avances registrados en la ciencia, que hacen cada día más susceptibles de ser previstos, sucesos hasta hace poco totalmente fortuitos. Tal sucede, por vía de ejemplo, con la no muy lejana previsibilidad de enfermedades y deficiencias orgánicas, susceptibles de ser plenamente establecidas gracias al acelerado avance de las investigaciones sobre el genoma humano, iniciadas escasamente hace 18 años.

Otro, si bien no elemento esencial, si nota característica de los seguros de daños, que ha venido flexibilizándose en los últimos años, es el relativo al "carácter indemnizatorio del seguro", el cual encuentra ya desde hace algún tiempo algún grado de excepción tanto en los denominados seguros "por valor de reposición o remplazo", como en los seguros "de o por valor admitido". Ejemplo aún más claro de dicha flexibilización constituyen nuevas modalidades de cobertura, como los denominados "seguros paramétricos"¹⁰, que viene desde hace ya algún tiempo otorgándose en el exterior y empiezan a ofrecerse en Colombia, los cuales generan obligaciones de pago a cargo de aseguradores por ocurrencia de eventos amparados bajo pólizas de seguro, sin sujeción alguna a la prueba del perjuicio sufrido por el asegurado. Algo similar sucede con los denominados "sistemas alternativos de transferencia de riesgos"¹¹, mas parecidos a una operación financiera que a una verdadera cobertura de seguro.

La posibilidad, por otra parte, de que se permita la contratación directa de seguros en el exterior, prevista dentro del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos, aprobado por el Congreso Colombiano y pendiente de aprobación por el Congreso de la Unión Americana, plantea adicionalmente nuevos interrogantes que es preciso despejar, como son, entre otros, los referentes a la jurisdicción y a la ley aplicables al contrato.

No está por demás hacer nuevamente referencia a los seguros de la Seguridad Social, y más concretamente a las denominadas pólizas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, a los seguros de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y a los

10 Seguro Paramétrico es una modalidad de cobertura mediante la cual se establece una suma a indemnizar fija, sujeta la ocurrencia en un territorio previamente definido de un evento de determinadas características, con total prescindencia de la evaluación de los daños efectivamente causados por dicho fenómeno. Por ejemplo un terremoto o un huracán.

11 Sistemas Alternativos de Transferencia de Riesgos. Si bien existen diversas modalidades, son, en esencia, sistemas mediante los cuales se otorgan coberturas que garantizan al asegurado o al reasegurado la indemnización de siniestros al momento de su ocurrencia, bajo el compromiso por parte de este de reintegrar al asegurador o reasegurador, en un lapso previamente convenido, parte o la totalidad de la suma indemnizada.

seguros de renta vitalicia, los cuales, si bien se rigen por las normas del C.Co, en materia del contrato de seguro, están igualmente sujetos a la normatividad propia de la seguridad social, así como a una ampliamente flexible interpretación en lo tocante con las restricciones y limitaciones de sus coberturas, en la medida en que se considere que las mismas puedan entrar en conflicto con la protección de derechos fundamentales. Ejemplo claro de dicha flexibilización es la tendencia a considerar como imprescriptibles las obligaciones surgidas de tales seguros.

Procede finalmente en lo tocante con las reflexiones sobre el futuro del derecho de seguros en materia contractual, hacer referencia, ya no por razones ligadas a la evolución misma de dicha institución, a la necesidad de establecer una normatividad propia para los denominados seguros de cumplimiento, en la medida en que, por razón de la naturaleza misma de la obligación asumida por el asegurador bajo dichos seguros, se hace necesario, entre otras determinaciones, establecer: el carácter irrevocable de la cobertura otorgada, la improcedencia de la terminación del contrato por agravación del estado del riesgo o por no pago de la prima y la asegurabilidad de los actos tanto potestativos como dolosos del tomador.

En lo tocante con el ámbito propio de la institución aseguradora – Derecho Público de Seguros, se vislumbra una cada día mayor injerencia del Estado en la regulación de los aspectos relativos al fortalecimiento patrimonial de las aseguradoras, a la solidez y solvencia financiera de las mismas y a su régimen de inversiones. Ha venido adicionalmente tomando injerencia el Estado en el seguimiento de la normatividad y prácticas sobre gobierno corporativo, establecidas por las empresas, concepto éste que involucra una clara definición de principios, de políticas, de planes estratégicos y de prácticas comerciales, así como el seguimiento de resultados y el adecuado control de los diversos riesgos propios de la actividad.

Nuevos e importantes retos se vislumbran adicionalmente para la actividad regulatoria del sector de los seguros en Colombia – Derecho Público de Seguros – como producto, entre otros, de los siguientes hechos:

- La delegación en el sector privado de seguros del otorgamiento de las coberturas propias de la seguridad social;
- La ampliación cada día mayor del ámbito de cobertura de los seguros obligatorios, los cuales se iniciaron en el país con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) creado mediante la Ley 1032 de 1991, ramo que se ha convertido a la fecha en el tercero de mayor facturación, con \$669.000 millones en primas emitidas durante el año 2007;
- La internacionalización de la actividad aseguradora, mediante la inclusión del mercado transfronterizo de seguros en el TLC con los Estados Unidos, aprobado, según se consignó con anterioridad, por el Congreso de Colombia y pendiente de aprobación por el Congreso de la Unión Americana;

- El creciente incremento en la cuota de mercado de aseguradoras extranjeras, las cuales han pasado de representar en 1986 el 24% del capital del sector, a representar hoy en día el 63% del mismo.

Si como no sin razón se afirma, los hechos económicos constituyen antecedentes de la normatividad jurídica, los hechos aquí descritos, forzarán, sin duda, nuevas regulaciones del sector acordes con las cambiantes realidades del mercado.

Solo me resta, para terminar, consignar mi íntima convicción de que, en todo caso, en lo tocante con la sustancia de los elementos esenciales y atributos jurídicos del contrato de seguros, es de esperarse que éste haya de permanecer, en lo que es dable vislumbrar, esencialmente estable.

BIBLIOGRAFÍA

Códigos

Código de Comercio Terrestre (1887).

Código de Comercio (1971).

Libros

Caballero Sánchez, Ernesto, "Curso de Derecho Mercantil".

Donati, Antígono (1960). "*Los Seguros Privados*", Manual de Derecho, Librería Bolch, Barcelona- España.

Halperin, Isaac (1983). "*Seguros*", Ediciones Depalma, Buenos Aires.

Ossa G., J. Efrén,. "*Tratado Elemental de Seguros*". Editorial Lerner, Bogotá.

Manes, Eduardo. "*Teoría General del Seguro*".

Revistas

Revista de la extinta Asociación Colombiana de Compañías de Seguros "Asecolda". No. 6.

