

PACTO Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO EN MONEDA EXTRANJERA
Un recuento y análisis del régimen cambiario aplicable

LINA MARIA ARISTIZABAL MONTERO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

2020

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN	3
2. RÉGIMEN CAMBIARIO EN COLOMBIA	4
2.1. ¿Qué es y por qué existe el régimen cambiario en Colombia?	4
2.2. Evolución del régimen cambiario en Colombia	6
2.3. Régimen cambiario actual en Colombia	7
3. OBLIGACIONES DINERARIAS EN MONEDA EXTRANJERA	9
3.1. Definición de obligaciones dinerarias	9
3.2. Sobre el pago de las obligaciones.....	10
3.3. La Moneda	11
3.4. Reglas generales de pago de las obligaciones dinerarias	12
3.5. Reglas cambiarias relativas al pacto y ejecución de obligaciones dinerarias en moneda extranjera	15
4. CONTRATO DE SEGURO Y OBLIGACIONES DINERARIAS	18
4.1. Definición del contrato de seguro	18
4.2. Partes del contrato de seguro	20
4.3. Obligaciones dinerarias de las partes en el contrato de seguro	23
4.3.1. Pago de la prima.....	24
4.3.2. Obligación condicional del asegurador.....	25
5. RÉGIMEN DE PACTO Y EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE SEGURO EN MONEDA EXTRANJERA	27
5.1. Condiciones del pacto de seguros en moneda extranjera.....	27
5.2. Posibilidad de pago de obligaciones del contrato de seguro en moneda extranjera.....	29
5.3. Análisis de la aplicación práctica de las condiciones para el pacto y ejecución de seguros en moneda extranjera.....	33
5.3.1 En contratos de seguro entre residente y no residente colombiano	33
5.3.2. En contratos de seguro entre residentes colombianos	35
6. CONCLUSIONES	39
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

1. INTRODUCCIÓN

En el país, la normatividad cambiaria contribuye a controlar las divisas que entran al mercado colombiano, para ello, establece disposiciones en cuanto al pacto y la ejecución de obligaciones en moneda extranjera. En cuanto al pacto de las obligaciones dinerarias en contratos, la normativa cambiaria permite que se realice en moneda extranjera, siempre que se paguen en moneda local cuando el contrato se celebre entre residentes colombianos. Siguiendo esa línea, la regla general, es que el pago de las obligaciones en el país se debe realizar en moneda local, salvo ciertas excepciones que contemplan las normas jurídicas.

Por su parte, en el contrato de seguro se generan obligaciones dinerarias para las partes. La de pagar la prima en cabeza del tomador del seguro, y la obligación condicional en cabeza de la aseguradora de pagar la prestación asegurada en caso de ocurrencia del siniestro, la cual, generalmente se cumple pagando una suma de dinero.

Hay muchos tipos de contrato de seguro, y la necesidad de acudir a él es innegable en todos los campos de la economía. Por esa amplitud, puede presentarse que, según el carácter de los agentes involucrados y el tipo de seguro, sea conveniente pactar, pero sobretodo, pagar las obligaciones que surgen del contrato, en moneda extranjera. Por ejemplo, es común que en los seguros intervengan empresas extranjeras o filiales de empresas extranjeras, también que el tipo de seguro ampare siniestros que sea conveniente indemnizar en moneda extranjera.

Es así como las normas jurídicas cambiarias, permiten que en ciertos escenarios de un contrato de seguro se pueda pactar y ejecutar las obligaciones dinerarias que surgen en moneda extranjera. Determinar si es posible en un contrato de seguro específico pactar y ejecutar las obligaciones dinerarias en moneda extranjera, es importante no solo para las partes interesadas en el negocio y su ejecución de esa manera, sino además porque las partes del contrato están expuestas a sanciones por parte de las autoridades cambiarias si pactan y ejecutan contratos de seguro en moneda extranjera cuando no están realmente habilitadas por las normas.

En ese orden de ideas, este texto pretende, en un primer momento, resaltar la importancia y razón de ser del régimen cambiario colombiano, para posteriormente hacer un recuento y análisis de la normatividad cambiaria colombiana frente a las obligaciones dinerarias en cuanto a la posibilidad de su pacto y pago en moneda extranjera, y finalmente hacer énfasis específicamente en la posibilidad de pacto y pago en moneda extranjera de las obligaciones dinerarias del contrato de seguro, con el fin de establecer (i) porque existe un régimen cambiario en Colombia y cuál es su relación con las obligaciones dinerarias, (ii) bajo qué condiciones generales se pueden pactar y pagar obligaciones dinerarias en Colombia (iii) bajo qué condiciones se pueden pactar y pagar las obligaciones dinerarias de los contratos de seguro en Colombia en moneda extranjera.

2. RÉGIMEN CAMBIARIO EN COLOMBIA

2.1. ¿Qué es y por qué existe el régimen cambiario en Colombia?

El Régimen Cambiario de un país también se puede definir como Control a los Cambios Internacionales, Derecho de Cambios Internacionales o Derecho Cambiario, y es básicamente el conjunto de normas que tiene un país para regular los cambios internacionales (Castrillón, 1998).

Pero, ¿que son los cambios internacionales?, para abordar este concepto, es necesario recordar que una de las principales actividades de la economía de los países es el comercio, tanto interno como externo, y ello quiere decir que se está en constante intercambio de bienes y servicios, no solo dentro del territorio de los países sino hacia el exterior también, con otros países. Pero, el comercio no solo implica el intercambio de bienes y servicios, sino otra cuestión fundamental que son los medios de pago.

Adicionalmente, puede darse que entre los países se lleven a cabo transferencias de capitales por donaciones, ayudas, créditos, entre otros negocios jurídicos. Todas esas transacciones se registran en una herramienta llamada balanza de pagos. Así, la balanza de pagos es básicamente un registro, que llevan cada uno de los países, de las transacciones monetarias que tienen con el resto del mundo (Castrillón, 1998, p.28).

Uno de los medios de pago más importantes son las divisas que se intercambian y que se conservan por los países en las compraventas de bienes y servicios o en los créditos por ejemplo. Las divisas son *“las monedas de otros países que son aceptadas universalmente como medio de pago internacional”* (Castrillón, 1998, p. 30). Actualmente, los países deben asegurarse de contar con una cantidad de reservas en divisas que les permita pagar sus compromisos internacionales.

De esa manera, los cambios internacionales se pueden identificar como cualquier transacción internacional y los medios de pago utilizados para llevarlas a cabo, lo cual genera compromisos económicos internacionales al país y afecta la cantidad de moneda nacional y extranjera que circula. Debe tenerse en cuenta, que las transacciones internacionales pueden ser llevadas a cabo entre residentes de un mismo país o de diferentes países dadas las posibilidades del comercio y de pago hoy en día.

En ese sentido, el régimen cambiario son aquellas reglas de un país diseñadas para controlar cualquier operación, negocio o transacción que envuelva moneda extranjera, es decir para controlar las reservas de medios de pago internacionales del país que pueden ser divisas, oro u otros activos, con el fin de tener una balanza de pagos equilibrada, es decir, un equilibrio entre créditos y deudas internacionales provenientes de cualquier operación internacional (Castrillón, 1998).

Ahora bien, respecto del grado de control de un régimen cambiario, se tiene que control no significa que siempre haya una intervención o dominio fuerte sobre las transacciones que componen los cambios internacionales, sino que significa su regulación de la forma que más convenga al país, la cual puede tener expresiones variadas. Puede ejercerse

control de cambios a través de restricciones, a través de la vigilancia de las transacciones, o estableciendo obligaciones de reportarlas, sin que haya prohibiciones o un control severo a las mismas.

En últimas, Castrillón (1998) da una definición simple del Régimen Cambiario: “el conjunto de regulaciones sobre cualquier operación que envuelva moneda extranjera así tenga lugar entre residentes o no residentes de un país” (p. 21), y que puede ir desde restricciones o prohibiciones a ciertas operaciones, como a medidas no restrictivas, de mero trámite y de información.

Ahora bien, el Régimen Cambiario existe en Colombia como en otros países, porque es una de las herramientas de los Estados para procurar una economía saludable la cual permita un desarrollo para el país y una buena calidad de vida para los ciudadanos.

También, existe como una política macroeconómica de los países vinculada estrechamente a la política monetaria de los mismos. Es un régimen que pretende contribuir a que se cumplan los objetivos de la política monetaria de los países. Ello supone principalmente que el régimen cambiario existe para asegurar que los negocios u operaciones económicas se lleven a cabo en moneda local y así las decisiones de política monetaria que tome el Estado tengan un impacto real.

Adicionalmente, los países necesitan asegurarse de que tienen suficientes medios de pago internacionales para cumplir con sus obligaciones frente a otros países, principalmente de créditos. De tal manera que, al hacer un control de los cambios internacionales, más específicamente de la balanza de pagos, se puede regular a través de distintas políticas cuantas divisas salen y entran al país en las transacciones internacionales o, ajustar las políticas en determinado momento para evitar que salgan más divisas de las que entran al país.

Además, porque hoy en día las exportaciones de un país son una fuente primordial de obtención de recursos, con lo cual la cantidad de exportaciones afectará los ingresos del país y con ello los recursos disponibles para gastar o invertir en el funcionamiento y desarrollo de este. Por tanto, las transacciones internacionales y el control de estas se conectan con la política fiscal del Estado que se encarga de definir cuantos recursos se tienen disponibles y en que materias se van a invertir.

Si se logra un equilibrio en la balanza de pagos la política fiscal se verá beneficiada porque se tendrá más recursos o recursos constantes para el funcionamiento del Estado y evitar un déficit fiscal. De lo contrario, se generará presión en la cantidad de recursos que el Estado puede invertir lo cual generalmente termina disminuyendo la inversión en las políticas sociales, que en últimas, determinan la calidad de vida de los ciudadanos (Castrillón, 1998). En resumen, a una cantidad equilibrada de divisas que ingresen al país, habrá mayores ingresos para invertir, menor posibilidad de déficit fiscal, y consecuentemente, desarrollo para el país.

Adicionalmente, según cómo se mueva la balanza de pagos será necesario adoptar políticas cambiarias más restrictivas, y políticas monetarias para asegurar que suficiente moneda local circule en el país de manera que no se disminuyan drásticamente las reservas de divisas y otros medios de pago internacionales, por ejemplo devaluar la moneda o modificar las tasas de cambio. (Castrillón, 1998; Junguito, 2016, p.139-142)

Todas estas relaciones entre régimen cambiario, política fiscal y monetaria de un país, se hicieron más visibles hacia 1929 cuando se dio la Gran Depresión, la cual impactó de manera drástica la economía mundial. En ese momento, los países adquirieron consciencia de que la economía no era ya solo un asunto interno, sino que en gran medida también depende de las operaciones internacionales que ocurran en el mundo y la manera como estas pueden impactar a cada Nación. (Castrillón, 1998)

De ahí, surgió de manera más contundente la necesidad de controlar o regular los cambios internacionales de acuerdo con la política económica que adopte cada Estado, la participación, y las posibilidades de producción que tengan en la economía mundial. Así, cada país, como Colombia, decide qué régimen es el más conveniente según el contexto interno y externo en el que se este y las necesidades que determine el gobierno. (Meza, 1997, p.3)

2.2. Evolución del régimen cambiario en Colombia¹

En Colombia desde la Constitución de 1886 se facultó al Congreso para expedir leyes que estatuyeran una moneda de circulación nacional y un régimen cambiario. Existieron varios decretos antes de 1991 que regulaban el tema cambiario en Colombia, posteriormente la ley 9ª de 1991 es la norma en la cual se establecen las bases de la regulación cambiaria actual.

En 1968 se introdujo una modificación a la Constitución de 1886 que estatuyó las Leyes Marco, un tipo de leyes que delega al Congreso regular una materia de manera general, dando las pautas básicas para su desarrollo y el Gobierno la puede reglamentar de manera técnica, de acuerdo con las necesidades cambiantes de la sociedad, y limitado al marco general de la Ley. Una de las materias para las cuales aplican las Leyes Marco es el régimen cambiario.

Sin embargo, antes de las Leyes Marco el Gobierno reglamentó el tema cambiario a través de Decretos expedidos mediante facultades extraordinarias otorgadas por el Legislativo al presidente, los cuales en algunas ocasiones se recogieron en leyes que funcionaron de manera similar a las leyes marco, estableciendo la regulación general del régimen cambiario, aunque su tipología no estuviera estatuida en la Constitución. De esas normativas se destacan la Ley 1ª de 1959, la Ley 21 de 1963 y el Decreto Ley 444 de 1967.

¹ Toda esta sección es construcción propia basada en la narración de la evolución de las normas cambiarias en Colombia en las obras “Régimen Cambiario Colombiano” de María Castrillón y “El Mercado cambiario en Colombia: régimen legal” de Elizabeth Meza, las cuales también se citan a lo largo del estudio.

Con la Ley 21 de 1963 se creó la Junta Monetaria que es hoy la Junta Directiva del Banco de la República, se sentaron principios generales y se autorizó a la Junta para tomar decisiones cambiarias. Posteriormente, el gran hito es el Decreto-Ley 444 de 1967 el cual fue expedido con la técnica de las leyes marco por su cercanía con la reforma y se convirtió en la regulación permanente y general para los cambios internacionales hasta la expedición de la Ley 9ª de 1991 que fue la primera Ley Marco del régimen cambiario en Colombia de manera formal.

Antes de la Ley 9ª, la normativa se caracterizaba por ser más restrictiva, empezando por considerar que todas las transacciones de cambio internacional debían estar sujetas a control y, porque el mercado de divisas no era libre, sino que su uso se debía centralizar en el Banco de la República de manera permanente.

2.3. Régimen cambiario actual en Colombia

Según la Constitución Nacional de 1991 en sus artículos 150, 371 y 372 la regulación de los cambios internacionales está en cabeza del Congreso en primer lugar, a través de las leyes marco, y también en cabeza del Gobierno y de la Junta Directiva del Banco de la República, con el énfasis de que esta última se entiende como la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia. Así mismo, la Ley 9ª de 1993 reitera facultades regulatorias para el Gobierno y para el Banco de la República.

Esta distribución de la facultad de regulación cambiaria no es clara y hace que las funciones de las autoridades se traslapen. Lo que ha dado pie a diferentes opiniones y conflictos sobre competencia que han llegado hasta la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (Castrillón, 1998, p.93) las cuales pueden ser consultadas de manera más extensa en las referencias bibliográficas citadas ya que no corresponde al asunto de este estudio. Lo cierto, es que las dos autoridades administrativas pueden y han regulado los cambios internacionales teniendo como lineamiento la Ley Marco expedida por el Congreso. Por último, la Junta Directiva del Banco de la República también expide circulares que regulan materias específicas dentro del régimen cambiario y son importantes en la práctica mercantil.

Por su parte, la Ley 31 de 1992, vigente actualmente, asigna las funciones y facultades del Banco de la República, y lo establece como autoridad cambiaria. Además, se encargó de delimitar funciones del Gobierno para reglamentar el régimen de cambio internacional, aunque principalmente es la norma dedicada a la regulación de competencias y la dirección general del Banco en todos sus ámbitos incluyendo el cambiario, por tanto, es otra norma fundamental para el régimen cambiario.

Después de la Ley 9ª, la Resolución Externa No. 8 de 2000 del Banco de la República (en adelante “Resolución 8 de 2000”) fue la norma más importante de regulación cambiaria pues abarcó en detalle los diferentes aspectos cambiarios que se consideraron necesarios regular en el país. En efecto su epígrafe reza “*Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales*” y se la reconoció como el Estatuto Cambiario. Actualmente, esa norma fue recientemente derogada por la Resolución Externa No. 1 de

2018 expedida por el Banco de la República (en adelante “Resolución 1 de 2018) el 25 de mayo de 2018 con lo cual la anterior Resolución estuvo vigente hasta el 24 de mayo de 2018.

La Resolución 8 de 2000 tuvo varias modificaciones durante el tiempo que estuvo vigente las cuales se entendieron incorporadas a ella. No obstante, la Resolución 1 de 2018 es muy parecida a su predecesora, modifica algunas cosas, pero en general, conserva la regulación anterior. Por ejemplo, los apartes de la nueva Resolución pertinentes para este estudio, y que se verán más adelante, permanecieron inalterados.

En cuanto a reglamentación del Gobierno, se expidió el Decreto 1735 de 1993 para desarrollar las facultades otorgadas al Gobierno en la Ley 9ª y la Ley 31, el cual hoy esta compilado en el Decreto 1068 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público. Además, varios decretos sobre el sector financiero que tienen que ver con el régimen cambiario están compilados en el Decreto 2555 de 2010 que se conoce como el Decreto Único del Sector Financiero.

A la par del Decreto 1735 de 1993, se expidió la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, que fue la norma vigente antes de la Resolución 8 de 2000. Es decir, que tanto el Gobierno como el Banco de la República ejercieron la competencia reglamentaria de los cambios internacionales que les otorgaron la Ley y la Constitución y el régimen quedó un poco disperso. Pero, en últimas, podemos afirmar que la Resolución 8 de 2000, y hoy la Resolución 1 de 2018 ha sido y es, respectivamente, las normas fundamentales de consulta para el régimen cambiario.

Con todo, recordemos que la ley 9ª es el marco general del régimen cambiario actual. Su característica principal es que establece un régimen cambiario parcial y no absoluto, es decir, que no se controlan todas las transacciones que tengan que ver con moneda extranjera sino ciertas operaciones. De tal manera que hay un mercado libre de divisas o no regulado, y un mercado cambiario o regulado. Anteriormente, este aspecto del régimen era cambiante en Colombia de acuerdo con el contexto (Junguito, 2016), pero primordialmente fue un control absoluto. Hoy en día es claro que el control es parcial. A través de la reglamentación de la Ley se concretan los controles y la reglas de estos mercados así como de diferentes aspectos cambiarios.

Para entender mejor dichos mercados, hay que partir de la base que para el régimen cambiario actual existen operaciones internas y operaciones de cambio. Las operaciones internas son las operaciones económicas entre residentes colombianos, mientras que las operaciones de cambio se caracterizan básicamente por ser operaciones económicas entre residentes y no residentes colombianos. Las operaciones internas por regla general cambiaria² no se pueden llevar a cabo en moneda extranjera, mientras que las operaciones de cambio sí.

² Artículo 2.17.1.3. Decreto 1068 de 2015: “Operaciones Internas. Salvo autorización expresa en contrario, ningún contrato, convenio u operación que se celebre entre residentes se considerará operación de cambio. En consecuencia, las obligaciones que se deriven de tales contratos, convenios u operaciones, deberán cumplirse en moneda legal colombiana”

De manera que, el régimen cambiario se ocupa primordialmente de las operaciones de cambio³, dentro de las cuales se ubica el mercado libre y el mercado cambiario. La Ley 9ª determina de manera general cuales son las operaciones consideradas como operaciones de cambio pero no hay una definición. En los Decretos del Gobierno y las Resoluciones del Banco de la República se desarrolla de manera precisa cuales son las operaciones de cambio pero tampoco se definen. Así que, se entiende que solo son operaciones de cambio las que estén establecidas en las normas cambiarias como tal.

El mercado cambiario son aquellas operaciones económicas que implican manejo de moneda extranjera y son obligatoriamente canalizables, en contraste, el mercado libre son las operaciones económicas que implican manejo de moneda extranjera pero que no son obligatoriamente canalizables. Las normas cambiarias se encargan de especificar cuáles operaciones son obligatoriamente canalizables y las que no estén en la lista son libres. En ese sentido, la canalización es un medio de control de las operaciones obligatoriamente canalizables, y se refiere a que las divisas usadas en estas operaciones deben pasar o ser manejadas ya sea por los Intermediarios del Mercado Cambiario (IMC) o por cuentas corrientes de compensación.

Ahora bien, los IMC son instituciones, generalmente entidades bancarias encargadas de tramitar las operaciones obligatoriamente canalizables y reportar al Banco de la República las transacciones que se llevan a cabo. Por su parte, las cuentas de compensación son cuentas corrientes especiales para manejar las divisas de esas operaciones, y el titular tiene estrictos controles de esta cuenta, con obligaciones de reportar la información de sus transacciones y de la cuenta al Banco de la República. En el régimen anterior, el Banco de la República era el encargado de canalizar las divisas de manera centralizada, y como se dijo, casi siempre de manera absoluta para todas las operaciones antes de 1991.

Como ya se hizo alusión, en el mercado cambiario, los que realizan las operaciones tienen además la obligación de presentar una declaración de cambio, frente a los IMC o directamente al Banco de la República como titular de cuenta de compensación. Esta declaración consiste en formulario preestablecidos dependiendo de la operación que se realice y que contiene información sobre las mismas relevante para el Estado.

Por último, las operaciones del mercado libre pueden ser canalizadas voluntariamente a través de los medios descritos y tendrán también la obligación de declarar.

3. OBLIGACIONES DINERARIAS EN MONEDA EXTRANJERA

3.1. Definición de obligaciones dinerarias

Las obligaciones dinerarias también se conocen como obligaciones pecuniarias, obligaciones de dar una suma de dinero, o deudas de dinero, y, dentro de las

³ Aunque no deja por fuera las operaciones internas y también regula el uso de moneda extranjera en las mismas como se verá más adelante.

clasificaciones que generalmente se conocen de las obligaciones se podrían ubicar en las obligaciones de género, si se toma que el dinero es un género, y en las obligaciones de dar (entregar).

Sin embargo, la doctrina se ha cuestionado y ha debatido sobre este tema, llegando a afirmarse que las obligaciones dinerarias merecen una clasificación especial como otro tipo o clasificación individual de las obligaciones (Hinestrosa, 2007), debido a sus particulares características. Así pues, lo anterior se sostiene, si se considera que el dinero no es un género como cualquier otro y por ello el objeto de la obligación dineraria no es igual a la obligación de género.

En la obligación de género se debe una determinada cantidad y calidad de unidades de bienes genéricos según se haya convenido y si no es posible dar bienes de la calidad debida a lo menos se deberán dar unos de calidad mediana. Pues bien, esa calidad media no se puede predicar del dinero y por ello lo que se debe en una obligación dineraria es un determinado valor convenido por las partes representado en unidades monetarias. También se podría tomar como una obligación de género especial.

En cuanto a que sea una obligación de dar, SOUCI (1982) citado por Hinestrosa (2007, pp. 148 -149) lo cuestiona por los diferentes medios de ejecución o pago de la obligación que han surgido, los cuales a su vez surgen de una “desmaterialización” de los elementos físicos del dinero. Esto es, el pago de obligaciones dinerarias a través de transferencias electrónicas, tarjetas de crédito y demás métodos de pago que han surgido y continúan surgiendo actualmente, que desvirtúan la naturaleza de que la obligación se ejecuta simplemente dando o entregando una suma de dinero, a pasar a que se requieran otro tipo de actos como obligaciones de hacer.

Como se quiera clasificar, de todos modos, la obligación dineraria es única porque consiste como ninguna otra según definiciones del profesor Larenz (1964) en dar, transferir o proporcionar al acreedor la disposición de una suma de dinero o una determinada cantidad de unidades monetarias convenida, las cuales representan un valor de cambio y un poder adquisitivo de acuerdo con la moneda⁴ a la que se haga referencia en la obligación que se pactó (Hinestrosa, 2007, p.148)

3.2. Sobre el pago de las obligaciones

Otro concepto importante para el presente estudio, es el pago. El pago en cualquier tipo de obligación hace referencia al cumplimiento de la prestación debida⁵ o a la satisfacción del acreedor mediante la ejecución de lo que se debe, sin embargo, este concepto se ha ligado principalmente a las obligaciones dinerarias (Hinestrosa, 2007). De ahí, que se diga que se cumplen transfiriendo o pagando una suma de dinero.

Las reglas relativas al pago de las obligaciones están definidas en nuestro Código Civil y Código de Comercio de manera amplia, tratan sobre los diferentes aspectos a tener en

⁴ Dólares americanos, euros, libra esterlina, pesos colombianos, etc.

⁵ Código Civil, “Artículo 1626: El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.”

cuenta como son: quien puede pagar, a quién se debe pagar, que se debe pagar, cuando y donde se debe pagar, entre otros que pueden surgir en el cumplimiento de la obligación.

De dichas reglas se extrae, que el pago debe hacerse de manera total, en el momento convenido y de la forma precisa en que fue estipulado, de lo contrario se podría estar ante un incumplimiento de la obligación por pago parcial, cumplimiento tardío o defectuoso. Para este estudio, nos concentramos en la ejecución precisa de las obligaciones dinerarias, esto es, en el qué debe pagarse y cómo deben pagarse las obligaciones dinerarias.

En ese sentido, la teoría general de las obligaciones establece que el pago debe hacerse exactamente según lo dispuesto en el título fuente de la obligación, por ejemplo, según lo dispuesto por una sentencia judicial o para nuestros efectos, según lo pactado por las partes en un contrato. Es decir, que debe cumplirse con lo convenido como deuda, para que se considere pagada una obligación.

Ello hace referencia a que debe identificarse el objeto de la obligación (puede ser de dar, hacer, no hacer o una especial), y los demás pormenores pactados o fijados por la fuente de la obligación para su ejecución. Además, el objeto se completa con los elementos naturales de la obligación específica y con las reglas especiales que disponga la ley para cada caso.

Lo anterior se sustenta en el artículo 1627 del Código Civil el cual dispone:

“ARTICULO 1627. <PAGO CEÑIDO A LA OBLIGACION>. El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes.

El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.”

3.3. La Moneda

Ahora bien, tal como se expuso anteriormente, en las obligaciones dinerarias el objeto debido o lo que se debe para que sean cumplidas, es pagar una suma de dinero, la cual representa un valor de cambio de acuerdo con la moneda de referencia que se estipuló en la fuente de la obligación.

Pero ¿a qué hace referencia el dinero o moneda con la que se debe pagar una obligación dineraria?, la definición de moneda, dinero o pecunia como también se le ha llamado, puede variar y ser muy amplia según si es desde el punto de vista económico o jurídico, sin embargo, Hinestrosa (2007), apoyado en diversos autores consultados en su estudio, nos ofrece una simple: “Moneda es todo aquello que sirve o funciona como instrumento de cambios” (p.152).

A partir de esa definición hay que recordar que la moneda ha pasado por cambios en la historia, ya que en un principio se usaban bienes como la sal y el oro para el intercambio

hasta que se llegó a la moneda metálica. La moneda metálica en Colombia era representativa de su peso en oro y podía ser intercambiada en el Banco de la República por oro. Posteriormente, se empezó a cambiar la cantidad y el material utilizado para acuñar las monedas metálicas y así su valor real como bien no era el mismo que decían representar (Hernández, 2004).

Hoy en día, se ha pasado de la moneda metálica a los billetes, y de que su valor estuviera respaldado más fielmente en las reservas en oro del Estado que los expide a que su valor sea respaldado por la “confianza” (Hinestrosa, 2007 p.152) en que les da la sociedad o el mercado, lo cual finalmente determina el valor de cambio de las monedas de los países.

En últimas, lo importante de la moneda o el dinero para nuestro estudio, es que es un “‘documento’ con sello, respaldo e imperio de un Estado o de una unión estatal” (Hinestrosa, 2007, p.152) y su función es permitir el intercambio de bienes y servicios para lo cual fija el valor de cambio o precio de los mismos. Así una determinada cantidad de unidades monetarias o una suma de dinero será el precio de un bien o servicio. De tal manera que, el dinero es un medio de pago, y el medio de pago por excelencia en las obligaciones dinerarias como su nombre lo indica.

Sin embargo, actualmente, la manera de pagar obligaciones dinerarias ha cambiado aún más y no solo se entregan monedas metálicas o billetes para pagar una suma de dinero, sino que hay nuevos medios de pago. Se trata de los medios de pago surgidos principalmente por las nuevas tecnologías como son: las transferencias bancarias, las tarjetas de crédito y débito, las tarjetas cargadas, entre otros, e incluso el cheque y cartas de crédito como medios de pago también son medios de pago que prescinden de la entrega de monedas metálicas o billetes.

Esos diferentes medios de pago no son monedas, simplemente son medios de poner a disposición del acreedor la suma de dinero convenida de manera más fácil, especialmente si se trata de grandes cantidades de dinero que deben ser transferidas, pero la moneda de pago como se ha descrito sigue siendo la misma, la respaldada por un Estado o unión estatal⁶ que sirve para fijar el valor de cambio de las cosas según el poder adquisitivo que tenga en el mercado.

Con ello en mente, podemos volver a establecer como debe ser pagada una suma de dinero debida en Colombia, específicamente en cuanto a qué moneda puede ser usada para pagar, y si se puede pagar con una moneda extranjera.

3.4. Reglas generales de pago de las obligaciones dinerarias

La doctrina (Hinestrosa, 2007; Castrillón, 1998) ha señalado que son los artículos 2224 del Código Civil y 874 del Código de Comercio los que fijan dos reglas relevantes para el pago de obligaciones dinerarias:

⁶ Aunque, esta característica debe ser reevaluada con las nuevas criptomonedas que han surgido y levantan cuestionamientos acerca de la necesidad de respaldo de las monedas por un Estado.

El inciso primero del artículo 2224 establece que:

“ARTICULO 2224. PRESTAMO DE DINERO. Si se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato.”

Esta regla es conocida como el principio nominalista según el cual, en las obligaciones de dinero solo se debe la cantidad de unidades monetarias fijada en la fuente de la obligación, en contraposición con la corriente llamada valorismo que tiene en cuenta el valor real de la moneda según sus variaciones en la economía, y por ello, sostiene que en las obligaciones dinerarias no solo se debe la suma convenida en la obligación, sino la suma que sea necesaria para incorporar las variaciones del valor de la moneda.

Por su parte, el artículo 874 del Código de Comercio prevé:

"Artículo 874. Cuando no se estipule otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda legal colombiana. La moneda nacional que tenga poder liberatorio al momento de hacer el pago se tendrá como equivalente de la pactada, cuando ésta no se halle en circulación al tiempo del pago.

Las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario se cubrirán en moneda legal colombiana, conforme a las prescripciones legales vigentes al tiempo de hacer el pago."

Así las cosas, el artículo 874 del Código de Comercio establece que en principio se entiende que cuando se debe una suma de dinero (obligación dineraria) se debe en moneda legal colombiana, es decir, en la moneda establecida como de curso legal en el país. Además, que es posible que se contraigan obligaciones dinerarias en moneda extranjera, pero que solo en algunas ocasiones, según lo permitan otras normas jurídicas, es posible pagar o cubrir estas obligaciones en moneda extranjera, de lo contrario la obligación debe ser pagada en moneda nacional colombiana.

De la regla anterior se destaca la prevalencia de la moneda nacional sobre la extranjera, pues, se prefiere el pago en dicha moneda si nada más se ha estipulado, y porque se protege la soberanía de la moneda nacional permitiendo que solo en algunas ocasiones se pueda pagar en divisas. Esto deviene de lo explicado previamente sobre el régimen cambiario y su justificación.

Castrillón (1998) destaca que esto no siempre fue así, y que la regla dependía de los diferentes regímenes cambiarios que estuvieron vigentes en el país, por ejemplo, en 1904 se permitía el pacto y pago de obligaciones dinerarias en moneda extranjera, lo cual significaba una libertad cambiaria total, pero en 1933 se pasó a un control absoluto de las operaciones de cambio y ya no fue posible el pago en divisas (pp.168-169). Actualmente, rige el control parcial de operaciones de cambio, como se mencionó, y por

ello algunas obligaciones hacen parte del mercado libre y otras del mercado regulado, así que dependiendo del tipo de operación habrá o no posibilidad de pacto y pago en divisas según el régimen actual.

Precisamente, el reconocido tratadista Louis Josserrand (1950), en su Teoría General de las Obligaciones, ya describía que el pago de una suma de dinero debe hacerse en “valores de curso legal” (p.671) y ponía como ejemplo los billetes o cheques de curso legal para realizar el pago, debido al curso forzoso que imponen los países a su moneda. Otra afirmación relevante del profesor Josserrand (1950), es que la liberación de la obligación dineraria se efectúa cuando el acreedor recibe efectivamente el valor que se convino entre las partes, por cualquier medio de pago válido y con la moneda de curso legal, ya que cuando hay moneda de curso forzoso no se puede pagar con otra, debido a los regímenes cambiarios que se establecieron en el mundo.

Ahora recordemos, el artículo 2224 del Código Civil, que dispone que solo se debe pagar la suma de dinero establecida en la obligación y no más allá, lo cual, cómo se explicó es la expresión del principio nominalista en nuestro Código. Sin embargo, frente al principio nominalista se opone la indudable devaluación de las monedas, lo cual quiere decir que, el valor de cambio de estas y su poder de adquirir bienes y servicios varía en el tiempo debido a los cambios en la economía mundial, la confianza de los consumidores en la moneda y otros factores, que son objeto de estudio de diversas disciplinas como la Economía.

Por ello, cuando se tiene una obligación dineraria las personas saben que el valor de la moneda puede cambiar para el momento en el cual se deba pagar, de manera que, a pesar de la regla del artículo 2224, hoy en día en Colombia se aceptan diferentes técnicas para compensar la pérdida de poder adquisitivo de la moneda en obligaciones dinerarias, que se han llamado, herramientas de corrección monetaria.

Se tiene la indexación o indización que consiste en atar la suma de dinero debida a un índice económico que tenga en cuenta la variación de la moneda o los precios de los bienes y servicios, como lo es el Índice de Precios al Consumidor, IPC. También, la actualización de la suma de dinero debida al momento de su liquidación, con lo cual el monto debido no se “corrige” desde un principio, sino que se actualiza al final según la variación de la moneda (inflación), nuevamente a través de índices económicos como el IPC.

Pero, sin lugar a duda, la herramienta de corrección monetaria que más tiene que ver con este estudio es la llamada “cláusula oro” o cláusula valutaria. Se trata de estipular el pago de obligaciones dinerarias en divisas y pagar la obligación en moneda nacional tal como lo permite el artículo 874 referido. Con esta, las personas vinculan la suma de dinero debida con una moneda extranjera que consideran más fuerte, por lo cual su valor en el tiempo no se va a ver tan afectado cómo es posible que ocurra con la moneda nacional.

Al respecto de esta práctica, la doctrina afirma enfáticamente que no se trata de que se contraigan obligaciones en moneda extranjera, sino que es un simple instrumento de corrección, pues las verdaderas obligaciones en moneda extranjera son aquellas que, según las normas jurídicas colombianas, se pueden estipular y pagar en divisas (Castrillón, 1998, p.167; Hinestrosa, 2007, p.149). Sobre esto, pasaremos a hablar en seguida.

3.5. Reglas cambiarias relativas al pacto y ejecución de obligaciones dinerarias en moneda extranjera

Como vimos, es posible estipular o pactar obligaciones dinerarias en moneda extranjera según el artículo 874 del Código de Comercio, pero su pago efectivo en moneda extranjera depende de otras normas, normas cambiarias, que son las encargadas de determinar las reglas para el pago de obligaciones en divisas. Aun así, las normas cambiarias también se refieren al pacto de obligaciones en moneda extranjera.

En primer lugar, está el artículo 28 de la Ley 9 de 1991, que reafirma lo dicho por el artículo 874 en cuanto a la legalidad del pacto de obligaciones dinerarias en divisas, así:

“Artículo 28. Las obligaciones que se pacten en monedas o divisas extranjeras se cubrirán en la moneda o divisa estipulada si fuere legalmente posible. En caso contrario, se cubrirán en moneda legal colombiana en los términos que fije la Junta Monetaria mediante normas de carácter general”.⁷

De tal manera que, si quedaba alguna duda sobre la aplicación de la norma contenida en el Código de Comercio a obligaciones dinerarias civiles que se quieran estipular en moneda extranjera⁸, esta prescripción de la Ley 9ª aplica para todo tipo de obligaciones dinerarias.

En segundo lugar, y ya en relación con el pago de las obligaciones dinerarias pactadas en moneda extranjera, tenemos las siguientes normas cambiarias:

El artículo 3 del Decreto 1735 de 1993 (*“por el cual se dictan normas en materia de cambios internacionales”*), hoy recogido por el artículo 2.17.1.3 del Decreto 1068 de 2015, que dispone:

*“ARTÍCULO 2.17.1.3. Operaciones Internas. Salvo autorización expresa en contrario, ningún contrato, convenio u operación que se celebre entre residentes se considerará operación de cambio. En consecuencia, las obligaciones que se deriven de tales contratos, convenios u operaciones, deberán cumplirse en moneda legal colombiana.
(Art. 3 Decreto 1735 de 1993)”*

⁷ Según el artículo 16 de la Ley 31 de 1992, las funciones de la antigua Junta Monetaria, corresponden hoy a la Junta Directiva del Banco de la República.

⁸ Aunque, consideramos que sería un caso no muy frecuente, dadas las particularidades que debe tener una obligación dineraria para buscar su pacto en moneda extranjera, las cuales consideramos son propias del ámbito comercial.

Frente al mismo punto, la Resolución 1 de 2018 emitida por la Junta Directiva del Banco de la República dispuso en sus artículos 83 y 86⁹ lo siguiente:

“Artículo 83o. PROHIBICIÓN DE OPERACIONES EN MONEDA EXTRANJERA EN EL PAÍS. Salvo lo dispuesto en normas especiales de la presente resolución, no está autorizada la realización de depósitos o de cualquier otra operación financiera en moneda extranjera o, en general, de cualquier contrato o convenio entre residentes en moneda extranjera mediante la utilización de las divisas de que trata este título.”

“Artículo 86o. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta.

Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada salvo las excepciones establecidas en esta resolución. (...)”

De acuerdo con lo anterior, la primera regla del pago de obligaciones estipuladas en moneda extranjera es que las operaciones internas, por regla general, no pueden ser pagadas en divisas sino en moneda legal colombiana, salvo que sea autorizado su pago por otra norma, y por operaciones internas, como se explicó en la sección 2.3 y según las normas transcritas, se entienden los contratos convenios o cualquier operación celebrada entre residentes colombianos.

Es decir, que las obligaciones celebradas entre residentes colombianos, por regla general, no pueden pagarse en moneda extranjera (ya que como lo dicen los artículos 2.17.1.3 y 83 transcritos, puede haber una autorización en contrario). Pueden ser estipuladas en moneda extranjera, pero deben ser pagadas en moneda colombiana, en ese sentido, las partes pueden escoger la tasa o la fecha de la TRM aplicable para hacer el pago, si no lo hacen, la TRM será la de la fecha en que se convino la obligación. Por ello, estas obligaciones no son consideradas reales obligaciones en moneda extranjera sino más bien una expresión de la cláusula valutaria.

Según esta regla, las obligaciones dinerarias de un contrato de seguro celebrado entre una aseguradora y un tomador residentes colombianos se pueden estipular en moneda extranjera pero no se podrían pagar en dicha moneda, a no ser que fueran autorizadas expresamente. Se verá a continuación que para el contrato de seguro aplican normas cambiarias especiales y se ampliará al respecto.

⁹ El texto completo de este artículo también estaba contenido de manera muy parecida en la Resolución 8 de 2000, artículo 79 y la Resolución 21 de 1993, artículo 95, con algunas modificaciones relevantes en cada una, que ya no se encuentran vigentes.

La segunda regla, es que las operaciones de cambio, por regla general¹⁰, si pueden ser pagadas en moneda extranjera. Ahora bien, las operaciones de cambio están definidas de manera general en el artículo 4° de la Ley 9ª de 1991 y de manera específica en el artículo 2.17.1.1 del Decreto 1068 de 2015, pero tienen en común que casi siempre son operaciones celebradas entre residentes y no residentes colombianos.

Es decir, que las “verdaderas” obligaciones en moneda extranjera en Colombia son las operaciones de cambio, aquellas que se celebran entre un residente y un no residente colombiano, ya que pueden ser pactadas y pagadas en moneda extranjera. Aun así, se debe tener en cuenta que en la Resolución 1 de 2018 se advierte que puede haber excepciones al pago en divisas según la operación de cambio que se trate.

No obstante, destacamos una de las posibilidades que se presenta en la Resolución 1 de 2018 para el pago en moneda extranjera de operaciones internas; el inciso tercero del artículo 56 de la Resolución que contempla a las cuentas de compensación como un mecanismo que lo permite. Para mayor ilustración, el artículo 56 es del siguiente tenor:

“Artículo 56° MECANISMO DE COMPENSACIÓN. En adición a lo previsto en el artículo anterior, los residentes que utilicen cuentas bancarias en el exterior para operaciones que deban canalizarse a través del mercado cambiario deberán registrarlas en el Banco de la República bajo la modalidad de cuentas de compensación.

El registro de las cuentas de compensación deberá efectuarse a más tardar dentro del mes siguiente a la fecha de la realización de una operación que deba canalizarse a través del mercado cambiario.

Los residentes, si así lo acuerdan, deberán utilizar las cuentas de compensación para girar y recibir divisas correspondientes al cumplimiento de obligaciones derivadas de operaciones internas cuyo pago no está expresamente autorizado en moneda extranjera en esta resolución. (Subrayado propio)

El Banco de la República reglamentará los términos y las condiciones aplicables para el registro, la presentación de las declaraciones de cambio, el suministro de información, los ingresos, egresos y traslados de divisas.”

Este artículo permite que los residentes puedan ponerse de acuerdo para pagar operaciones internas en moneda extranjera a través de una cuenta de compensación o cuenta bancaria en el exterior. De esta manera, se canalizan voluntariamente las divisas y por ello se deben cumplir con unas obligaciones de registro e información respecto de la cuenta y de las operaciones ante el Banco de la República. Así, consideramos que

¹⁰ La Resolución 1 de 2018 trae la novedad de que al final del artículo 86 establece que puede haber excepciones, establecidas en la misma Resolución, que no permitan el pago de operaciones de cambio en moneda extranjera. Esto no se incluía en el artículo 79 de la Resolución 8 de 2000 que contemplaba la misma regla sobre obligaciones en moneda extranjera.

este es un mecanismo válido de mención que requiere que las dos partes de la operación interna estén de acuerdo para pagar la misma en moneda extranjera así no esté autorizado su pago expresamente en otra norma, tal como lo expresa el artículo 56.

Este mecanismo no es nuevo de la Resolución 1 de 2018 pues ya se presentaba como una posibilidad desde la Resolución 8 de 2000 original pero de otra manera. En efecto, en el artículo 79 de la Resolución 8 de 2000 se incluía un párrafo 5 que estipulaba la misma regla: *“Párrafo 5. Los residentes podrán cumplir en moneda extranjera obligaciones derivadas de operaciones internas, si así lo acuerdan, mediante el giro o recepción de divisas en cuentas de compensación abiertas para el efecto.”*

Dicho párrafo se mantuvo hasta 2013 cuando fue derogado por la Resolución Externa 1 de 2013 del Banco de la República, pero al tiempo, fue modificada e incluida en el artículo 56 de la anterior Resolución 8 de 2000 y hoy continúa en el mismo artículo de la Resolución 1 de 2018.

4. CONTRATO DE SEGURO Y OBLIGACIONES DINERARIAS

4.1. Definición del contrato de seguro

El contrato de seguro es un contrato típico en la legislación colombiana regulado in extenso en el Título 5 del Código de Comercio en el cual se dictan normas relativas a distintos tipos de seguros. En el Capítulo 1 de dicho título se encuentran los principios comunes a los distintos seguros, y la Ley intenta dar una definición del contrato de seguro y de sus partes en los primeros artículos, de la cual debemos partir, antes de acudir a otras fuentes:

“ARTÍCULO 1036. CONTRATO DE SEGURO. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 389 de 1997. El nuevo texto es el siguiente:> El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.”

De la definición del artículo 1036 transcrito se destaca que antes de la reforma introducida por la Ley 389 de 1997 el contrato tenía carácter solemne, el cual residía en que la aseguradora expidiera la póliza de seguro, antes de ello, no existía contrato. Hoy, el contrato de seguro es un contrato consensual, por tanto, no es necesario esperar a que se expida la póliza para que exista el contrato.

Ahora bien, la definición legal realmente lo que plasma son las características del contrato pero se podría decir que no es una definición en estricto sentido o que se queda corta. Por ello, la doctrina nacional e internacional, además de la jurisprudencia nacional se han encargado de definir de manera más precisa este contrato a partir de la legislación. Aunque, no hay una definición inequívoca del mismo.

Al respecto el Doctor Efrén Ossa ha expuesto la siguiente noción del contrato de seguro:

“Es un contrato solemne, bilateral, oneroso y aleatorio (art. 1036), en que intervienen como partes el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos

(art. 1037, ord. 1º) y el tomador que, obrando por cuenta propia o por cuenta de tercero, traslada los riesgos (arts. 1037, ord. 2º y 1039), cuyos elementos esenciales son (art. 1045) el interés asegurable (arts. 1083 y 1137), el riesgo asegurable (art. 1054), la prima, cuyo pago impone a cargo del tomador (art. 1066) y la obligación condicional del asegurador que se transforma en real con el siniestro (art. 1072) y cuya solución debe aquel efectuar dentro del plazo legal (art.1080). Y que si versa sobre un seguro de daños, no puede constituir para el titular del interés asegurable (asegurado) fuente de enriquecimiento (art. 1088), en tanto que, si concebido para cubrir riesgos personales, el valor del interés asegurado ha de consultar tan solo el arbitrio de las partes (art. 1138)” (Ossa, 1984, pp.1-2)¹¹

Otra doctrina nacional, reconoce que la legislación no define el contrato sino que expone sus características, y ofrece una explicación a la falta de precisión legal así:

(...)Esa ausencia de definición normativa tiene una explicación, el contenido heterogéneo del seguro, lo cual impide que pueda darse una definición única que resulte predicable para cada tipo de seguro, de lo que infiere que dadas las peculiaridades de cada especie de seguro no puede hablarse de un contrato único, sino de multiplicidad de modalidades contractuales (...)” (Becerra, 2014, p.17)

La Corte Suprema de Justicia también ha hecho lo propio en cuanto a dar nociones del contrato como lo hizo en sentencia No. 002 del 24 de enero de 1.994, Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Carlos Esteban Jaramillo Schloss:

“(...) bien puede decirse, sin ahondar desde luego en mayores detalles técnicos para el caso impertinentes, que es aquél negocio solemne, bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo 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, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de “daños” o de “indemnización efectiva”, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro (...)”.

Por otro lado, reconocida doctrina francesa ha definido desde hace algún tiempo, el contrato de seguro como:

“una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de

¹¹ Se aclara frente a esta definición, que fue plasmada por el profesor Ossa en su obra antes de la reforma de 1997 mencionada arriba. Por tanto, en ese momento el contrato era solemne, hoy y desde 1997 es consensual.

un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística” (Picard & Besson (1964) citado en Ossa, 1984, p.2).

Finalmente el profesor español Veiga Copo, ha reconocido la dificultad de una definición única del contrato, pero ha escogido construir esta:

“(…)aquel contrato por el que una entidad aseguradora a cambio de una contraprestación dineraria se obliga a reparar, asistir o indemnizar a otra (asegurado) o a quien ésta ordene los daños sufridos por la verificación de un suceso o evento futuro e incierto acaecido dentro de los límites pactados”(Veiga, 2010)

4.2. Partes del contrato de seguro

Teniendo como contexto las anteriores definiciones pasamos a revisar las partes del contrato de seguro establecidas en el artículo 1037, el cual también ha sido ampliado y desarrollado por la doctrina. Según el artículo, las partes del contrato de seguro son el asegurador y el tomador, y nos da algunas luces sobre sus características.

“ARTÍCULO 1037. PARTES EN EL CONTRATO DE SEGURO. Son partes del contrato de seguro:

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

Sobre el asegurador no hay duda, debe ser en Colombia una persona jurídica debidamente constituida y autorizada específicamente para celebrar contratos de seguro. El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) establece quienes pueden ser entidades aseguradoras y regula lo relativo a su constitución y otras reglas para su operación. La Superintendencia Financiera es la encargada de impartir la autorización de funcionamiento y de inspeccionar, vigilar y controlar a estas entidades.

Hasta el año 2013, personas jurídicas extranjeras no podían ser aseguradoras en Colombia. Con la modificación introducida al EOSF por el artículo 61 de la Ley 1328 de 2009 y otros, esto cambió, y se introdujo en el país lo que se conoce como “liberalización de los seguros” (Fortich, A., 2014), porque se permitió la compra de seguros en el extranjero por parte de residentes colombianos y se permitió la venta y oferta de seguros en Colombia por parte de aseguradoras extranjeras bajo ciertas reglas. Estas reglas solo entraron en vigencia hasta el 15 de julio de 2013 por disposición de la Ley.

La labor del asegurador en el contrato es asumir los riesgos que le traslada el tomador a cambio de una prima y tiene la obligación condicional de pagar una indemnización si el riesgo llega a concretarse, de acuerdo con lo que se pacte. Por ello, es que es tan

importante que la persona jurídica aseguradora esté sujeta a unos controles y reglas del Estado para asegurar que tiene capacidad técnica y financiera para asumir y cubrir esos riesgos si llegan a ocurrir. Es así como unas de las reglas importantes son las reservas obligatorias de dinero que deben guardar según las potenciales responsabilidades que puedan tener que asumir, y contar con reaseguros (Ossa, 1984).

La otra parte del contrato según la ley, es el tomador, persona natural o jurídica que contrata el seguro y traslada los riesgos al asegurador. Ello lo puede hacer por cuenta propia o por cuenta ajena. Estas modalidades y algunas reglas al respecto están previstas en los artículos 1038 al 1044 del Código de Comercio.

Además, en el contrato de seguro la doctrina ha identificado que existen en el mismo 3 figuras, que bien pueden concurrir en el tomador del seguro, o estar en cabeza de otras personas. Precisamente, a lo largo de las normas del Título 5 se mencionan al tomador, al asegurado y al beneficiario del contrato de seguro constantemente, aunque estos últimos no se definen, y se da a entender que pueden concurrir en la misma persona tomadora del seguro, o no, como se vislumbra en el artículo 1047 y 1054 del C.Co.

Lo ordinario en el contrato de seguro es lo expresado en el artículo 1040, que cuando no se especifica otra cosa, se entiende que el seguro es contratado en beneficio del tomador, es decir, que el tomador contrata el seguro para sí mismo o por cuenta propia. En este caso, el interés del tomador es protegerse a sí mismo, y para ello traslada riesgos que lo amenazan; en su patrimonio, a sus cosas o a su misma persona, dependiendo del tipo de seguro. Aquí, el tomador es a la misma vez la persona asegurada, es decir sobre la misma persona radican las calidades de tomador y asegurado (Ossa, 1984, p. 6).

Respecto al asegurado, como se dijo, la legislación no trae una definición, y esto se debe en parte a que el concepto varía según se trate de seguros de daños o de personas. En los seguros de daños el asegurado es “la persona titular del interés asegurable”¹² (Ossa, 1984, p.8) y esto quiere decir que es la persona cuyo patrimonio puede resultar afectado directa o indirectamente por la realización de un riesgo. También se puede decir que es el sujeto pasivo del daño o del riesgo que se traslada al asegurador. (Ossa, 1984). Por su parte, en los seguros de personas se puede decir que el asegurado es “la persona directamente amenazada por los eventos asegurados”(Ossa, 1984, p.10) porque es sobre su vida, integridad corporal, capacidad, salud y demás que se celebra el contrato de seguro; es la persona misma que está expuesta a los riesgos que se aseguran en el contrato.

Ahora bien, esa identidad tomador-asegurado se rompe cuando el seguro es contratado por cuenta ajena o por cuenta de un tercero, como lo permite el artículo 1039 del Código de Comercio. Esta modalidad significa que el tomador celebra el contrato pero no para proteger su interés sino el de una tercera persona, o en beneficio de un tercero, que será, el asegurado. En los seguros de daños, se identifica al asegurado como otra persona diferente del tomador, que no participa en la formación del contrato, por ello, no se lo

¹² El interés asegurable es definido en el artículo 1083 del Código de Comercio para los seguros de daños y en el 1137 para los seguros de personas.

considera parte del mismo, pero como ya se explicó, es el titular del interés asegurable, por tanto, tiene derecho a la indemnización o prestación condicional a cargo del asegurador según lo expresa el artículo 1039.¹³

Lo anterior varía un poco en los seguros de personas, ya que el asegurado no se concibe como el titular del interés asegurable sino como el sujeto pasivo del riesgo, sobre su propia persona. Así, puede ocurrir que se contrate un seguro sobre la vida de un tercero de los que permite el artículo 1137 ordinales 2 y 3 de la legislación comercial. En estos casos, hay un tomador y un tercero asegurado, pero el tomador es quien tiene el interés asegurable y el asegurado es la persona sobre la cual recae el riesgo de muerte o accidente. También pueden darse seguros en beneficio de terceros llamados seguros colectivos obligatorios de vida o accidentes de trabajo que tienen un contenido más patrimonial. En estos el tomador es el empresario que busca proteger su interés patrimonial ante la eventual, muerte, incapacidad o enfermedad de un trabajador.

Lo cierto es que, cuando el tomador contrata el seguro por cuenta propia es tomador y asegurado al tiempo, porque le interesa su protección misma, la de su interés asegurable sobre su patrimonio o cosas, o sobre él mismo como persona, y cuando el tomador contrata por cuenta ajena o de tercero, identificamos por lo menos a dos personas diferentes, el tomador y el asegurado, que el profesor Efrén Ossa (1984) califica como “*personas interesadas en el contrato de seguro*” (p.21), pero que solo se reconoce al tomador como parte del contrato.

En cuanto al beneficiario, este tampoco tiene una definición expresa en el Código de Comercio pero varias normas que lo mencionan permiten establecer que es la persona que tiene derecho a recibir la indemnización o prestación prometida por el asegurador en caso de ocurrir el siniestro (Ossa, 1984). De manera que podemos decir que el concepto de beneficiario es usado por la ley comercial para hacer alusión a la persona que en últimas tiene el derecho a recibir la prestación asegurada, y lo general es que esta figura este en cabeza del tomador-asegurado.

Como se explicó, cuando el tomador celebra el seguro por cuenta propia, también es el asegurado, pues busca proteger su interés asegurable o su propia vida o integridad personal entre otros. Así mismo, el tomador-asegurado, también será el beneficiario del seguro si es quien tiene el derecho a recibir la prestación asegurada. Pero, puede ocurrir, como se dijo, que el tomador y asegurado sean personas diferentes. En este caso el beneficiario será cualquiera de los dos que tenga el derecho a percibir la prestación asegurada según el tipo de contrato, pues como se evidenció las dinámicas pueden ser diversas.

¹³ Aunque, como lo menciona el artículo 1042 del Código de Comercio, en esta modalidad puede darse que el tomador si tenga una especie de interés secundario en el contrato, y lo ordinario es que lo tenga, por ejemplo, porque quiere protegerse de la eventual responsabilidad por pérdida o daño de la cosa frente al asegurado, por proteger un crédito que tenga o cumplir un contrato con el tercero (Ossa, 1984, p.17).

Por último, el beneficiario puede ser otra persona totalmente diferente al tomador y al asegurado, de ahí que se contemple como otra figura interesada dentro del contrato de seguro. En este escenario, no interviene en la formación del contrato, es un tercero, como el asegurado independiente del tomador, pero que a pesar de ello tiene derecho a recibir la prestación asegurada debido a que así se establece en el contrato o por disposición de la Ley.

Recordemos que, por disposición del artículo 1047 siempre que asegurado y/o beneficiario no estén en cabeza del tomador, debe decirse de forma expresa en la póliza, así se identifica cuando son personas distintas, pues si no se dice nada, se entiende que estas figuras están en cabeza del tomador.

En resumen, las figuras de tomador, asegurado y beneficiario pueden presentar diversas dinámicas según el tipo de seguro, resultando en que se radiquen todas en cabeza de una misma persona, todas en cabeza de personas distintas, o las tres figuras repartidas en diversas combinaciones en cabeza de 2 personas distintas. Lo importante es que el único que se considera parte en el contrato de seguro es el tomador pues es quien legalmente contrata el seguro sea por su cuenta o por la de un tercero. Aun así, se resalta que las figuras de asegurado y beneficiario en caso de estar en cabeza de otra persona son muy importantes pues deben ser tenidos en cuenta para analizar el interés asegurable¹⁴, uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, situación, que por demás, puede suscitar controversias (Guisao, 2017) en cuanto a la cobertura del seguro.

4.3. Obligaciones dinerarias de las partes en el contrato de seguro¹⁵

Estas obligaciones son¹⁶: El pago de la prima por parte del tomador, y la obligación condicional de indemnizar por parte del asegurador, y corresponden a dos de los elementos esenciales del contrato de seguro según el artículo 1045 del Código de Comercio, junto con el interés y el riesgo asegurables, así:

“ARTÍCULO 1045. <ELEMENTOS ESENCIALES>. Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- 1) El interés asegurable;*
- 2) El riesgo asegurable;*
- 3) La prima o precio del seguro, y*

¹⁴ Guisao sostiene en su tesis, que el interés asegurable no debe ser analizado solamente desde el tomador del seguro sino también desde el verdadero beneficiario del seguro si son personas diferentes; *“para que se logre el propósito verdadero del contrato”*.

¹⁵ Por cuestiones del alcance de este estudio, aquí no se definen a profundidad ciertos conceptos jurídicos del contrato de seguro, los cuales pueden ser consultados en extensa bibliografía nacional e internacional sobre los elementos y características del contrato.

¹⁶ Puede ser que en la vida del contrato surjan otras obligaciones dinerarias pero aquí nos concentramos en las principales.

4) *La obligación condicional del asegurador.*

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

4.3.1. Pago de la prima

Consiste en dar una suma de dinero estipulada en el contrato de seguro, que se denomina prima, al asegurador (Ossa, 1984). Por ello, la clasificamos como obligación dineraria del contrato de seguro. Se trata de la contraprestación que da el tomador al asegurador por recibir este último la transferencia de un riesgo. Además de ser un elemento esencial del contrato, sin el cual deviene ineficaz según la Ley comercial, el pago de la prima es una obligación del tomador como parte en el contrato, que varía en los seguros de daños y en los seguros de personas.

La fijación de la prima es el resultado de unos cálculos estadísticos del asegurador dependiendo del riesgo o riesgos que se están asumiendo y su probabilidad de ocurrir sumado a gastos administrativos, entre otros factores. Según el tiempo durante el cual se contrata el seguro, y el valor asegurado la prima se ve determinada también. La prima puede ser pagada toda en un solo momento o por instalamentos si así se pacta en el contrato.

En los seguros de daños, el tomador siempre es la persona que interviene en la formación del contrato, y por ello no cambia su rol en cualquier tipo de seguro: trasladar los riesgos y contratar el seguro. De ahí, que la legislación comercial le impone al tomador unas obligaciones y deberes inherentes al seguro, de las cuales el asegurado o beneficiario son los llamados a cumplir algunos, según el tipo de seguro, y si son los que están en capacidad de cumplirlos¹⁷, sin embargo, la obligación que nos interesa está indiscutiblemente en cabeza del tomador y debe ser pagada, a más tardar, al mes siguiente de recibir la póliza o según se convenga en el contrato. En efecto, el artículo 1066 del Código de Comercio establece categóricamente que:

“El tomador del seguro está obligado al pago de la prima”. Salvo disposición legal o contractual en contrario, deberá hacerlo a más tardar dentro del mes siguiente contado a partir de la fecha de la entrega de la póliza o, si fuere el caso, de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella.”

Ahora bien, en el seguro por cuenta propia el tomador es el mismo asegurado y generalmente el beneficiario, por ello no hay problema en determinar que la obligación de pago de la prima está a cargo del tomador, siguiendo el 1066. Pero, en los seguros por cuenta ajena, si hay un tercero asegurado. En este caso, el artículo 1039 del Código

¹⁷ Ver artículos 1039 y 1041 del C. Co. en los que se menciona que algunas obligaciones mencionadas a cargo del asegurado o el tomador pueden ser atendidas por cualquiera de los dos o por el beneficiario incluso dependiendo de quien es la persona en capacidad de cumplirla. Pero, la obligación de pagar la prima es especial del tomador.

de Comercio, que ya hemos comentado, dispone que: “(...) *al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.*”

Aun así, la Ley prevé que puede ocurrir que el tomador por cuenta ajena puede ser renuente y no cumplir con la obligación de pagar la prima, lo cual acarrearía una consecuencia gravísima para el asegurado, por tanto el artículo 1043 de estatuto comercial le da la facultad al asegurado para que asuma esta obligación del tomador y pague la prima. Al respecto, el Doctor Ossa (1984) afirma que incluso si el asegurado está en capacidad de pagar la prima se supone que el tomador también tiene esa capacidad y por eso la ley lo establece como deudor de la obligación.

En los seguros de personas hay dos distinciones al respecto. Los seguros de vida y los demás seguros de personas, como de accidentes, enfermedades, hospitalización, etc. Para los seguros de personas que no son de vida, aplican las reglas ya expuestas para el pago de la prima, pero en los seguros de vida, el pago de la prima no es considerado una obligación del tomador en estricto sentido debido a que el pago de la primera prima (que por lo general es anual en estos contratos) o de la primera cuota de ésta no es exigible judicialmente por el asegurador por mandato del artículo 1151 del C. Co. (Ossa,1984).

Lo que ocurre es que si no se pagan las primas de los dos primeros años de vigencia del contrato (correspondientes a dos pagos, ya que es anual el vencimiento de este seguro) dentro del plazo acordado en el contrato o dentro del mes siguiente a su vencimiento¹⁸, el contrato se termina según el artículo 1152 del C.Co. Por otro lado, según el artículo 1153 si se pagan las primas de los dos primeros años, y no se pagan a tiempo las siguientes, el contrato no se termina pues se entiende que los montos ya pagados son un ahorro base para sustentar el contrato llamado valor de cesión o rescate. El contrato termina cuando las primas atrasadas superen ese monto de ahorro.

En últimas el pago de la prima en los seguros de vida está sujeto a reglas especiales, en especial la inexigibilidad judicial por parte del asegurador en caso de no pago, que contrasta con los seguros de daños, en los cuales si no se paga la prima el asegurador puede exigirla judicialmente, o puede notificar la terminación del contrato al tomador según el artículo 1068 del C.Co. No obstante, creemos que esto no hace menos importante el pago de la prima en todos los seguros sea que se considere jurídicamente como una obligación o no, pues para la eficacia del contrato si es necesario que se pague la prima so pena de terminación del contrato.

4.3.2. Obligación condicional del asegurador

Es la obligación que asume el asegurador en el contrato se seguro, de pagar una prestación si ocurre el riesgo asegurado o siniestro. Es decir que como consecuencia de asumir el riesgo asegurado que le traslada el tomador, el asegurador se obliga

¹⁸ Este plazo se conoce como periodo de gracia estatuido en el artículo 1152 del C.Co. en los seguros de personas, aunque el plazo puede ser modificado por las partes ya que es una norma supletiva. Actualmente coincide con el plazo para pagar la prima en los seguros de daños.

condicionalmente a pagar una prestación; el valor asegurado, y como mencionamos, lo hace porque recibe una contraprestación del tomador a cambio, la prima. La obligación es condicional porque para que surja a la vida jurídica debe primero ocurrir o efectuarse el riesgo asegurado (artículo 1054 C.Co.), tal y como se describe en el contrato, de lo contrario la obligación no surge para el asegurador.

De tal manera que, en el contrato, el asegurador se preocupa por definir de manera precisa el riesgo que le trasladan y que se obliga a amparar en caso de que ocurra, ya que de ello dependerá su obligación. Pues bien, como se vislumbra en la definición del contrato, la prestación que se obliga condicionalmente a pagar el asegurador consiste básicamente en pagar una suma de dinero al tomador-asegurado, al asegurado y/o al beneficiario del seguro, tal como se explicó previamente. En ese orden de ideas, en el contrato se pacta una suma asegurada o valor asegurado que es la suma máxima que se obliga a pagar el asegurador, pero la suma efectiva a pagar depende de ciertos factores.

En los seguros de daños el pago de la prestación se puede definir de manera más precisa como pago de una indemnización, pues en estos seguros rige el principio indemnizatorio y se paga el daño causado por el siniestro. De ahí, que se deba probar por el asegurado el monto del daño y su ocurrencia bajo las condiciones que se pacten en el contrato. Con ello surgirá la obligación del asegurador y se determinará el monto que debe pagar como indemnización del daño. Además, la suma de dinero a pagar dependerá entre otros de si se pactó un deducible o por ejemplo de si hay otras aseguradoras cubriendo el mismo riesgo.

En los seguros de personas la prestación si se puede definir simplemente como el pago de la suma asegurada, pues en estos no rige el principio indemnizatorio sino que previamente se tasa cuanto se pagará si ocurre el riesgo amparado en el contrato (Ossa, 1984, p.394), aunque deben tenerse en cuenta las limitaciones que pacten las partes libremente según dispone el artículo 1138 del C.Co. Aun así, para ciertos seguros de personas mencionados previamente, que tienen un contenido más patrimonial (ej. seguros de gastos médicos), si aplica el principio indemnizatorio y la suma a pagar dependerá de los gastos que efectivamente se causen para el asegurado.

Con todo, es menester mencionar que dentro de los seguros de daños los seguros reales, que recaen sobre cosas y no sobre el patrimonio del asegurado, son especiales de acuerdo con la regulación del artículo 1110 del C.Co. El pago de la obligación a cargo del asegurador en estos seguros puede hacerse de dos formas, en dinero principalmente, o a elección del asegurador, *“mediante la reposición, reparación o reconstrucción de la cosa asegurada”*. De manera que la obligación en estos seguros solo es estrictamente dineraria cuando se elige pagar en dinero.

En fin, se puede decir que de manera general, la obligación condicional del asegurador consiste en que una vez ocurrido el siniestro tal como se delimitó en el contrato, debe pagar o dar una suma de dinero para resarcir el daño asegurado y probado, cubrir los gastos en que incurra el asegurado o cumplir con la suma asegurada pactada en los

seguros de personas. Por esta razón es una obligación dineraria que acarrea el contrato de seguro.

5. RÉGIMEN DE PACTO Y EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE SEGURO EN MONEDA EXTRANJERA

5.1. Condiciones del pacto de seguros en moneda extranjera

El artículo 14 de la Ley 9 de 1991¹⁹, es la norma que autoriza específicamente que ciertos contratos de seguros pueden ser pactados en moneda extranjera, en los siguientes términos:

“Artículo 14. SEGUROS EN DIVISAS. De conformidad con las regulaciones del Gobierno Nacional podrán contratarse seguros denominados en divisas sobre personas y sobre aquellos bienes que, con carácter general, se califiquen como riesgos especiales.

Las reservas técnicas correspondientes a estos seguros podrán ser invertidas en títulos representativos de divisas, conforme a las regulaciones del Gobierno”.

Siguiendo la facultad establecida por el artículo 14 transcrito, el Gobierno realizó la reglamentación de la contratación de seguros denominados en moneda extranjera mediante el Decreto 2821 de 1991, hoy incorporado al Decreto Único Financiero 2555 de 2010. El artículo 2.31.2.1.1. (Artículo 1 Decreto 2821 de 1991) determina los casos en que procede dicho pacto:

“Artículo 2.31.2.1.1. UTILIZACIÓN DE SEGUROS EN MONEDA EXTRANJERA. El valor asegurado de las pólizas de seguros que emitan entidades aseguradoras legalmente establecidas en el país se podrá expresar en moneda extranjera en los siguientes eventos:

- 1. Cuando los riesgos objeto del seguro se encuentren ubicados en territorio extranjero, la realización del riesgo tenga lugar en él, o la indemnización deba ser reconocida a una persona natural o jurídica domiciliada en el exterior.*
- 2. En los seguros de daños a la propiedad, cuando el asegurado o beneficiario haya pactado la reposición a nuevo del interés asegurable y éste se encuentre representado por bienes, equipos electrónicos o maquinarias cuya reposición deba hacerse recurriendo a su importación.*
- 3. Cuando el interés asegurable provenga de obligaciones contractuales fijadas en moneda extranjera contempladas por el régimen cambiario vigente.*
- 4. Cuando para la indemnización, reposición o reemplazo del interés asegurable se debe recurrir necesariamente al mercado cambiario.*

¹⁹ Reproducido igualmente en el artículo 204 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

5. *Derogado por el Decreto Reglamentario 1254 de 1.992, art. 1.*
6. *En los seguros de lucro cesante o sobre bienes de capital representativos o resultantes de la inversión de capital colombiano en el exterior o en zonas francas.*
7. *En los seguros de daños en naves aéreas y marítimas.*
8. *En los seguros de lucro cesante en complejos industriales, de minas y petróleos, para el procesamiento de hidrocarburos o sus derivados, cuyo producto esté destinado, en su mayor parte, a la exportación.*
9. *En los seguros de cumplimiento que garanticen contratos financiados con empréstitos en moneda extranjera, a largo plazo y con entidades financieras o de fomento domiciliadas en el exterior.*
10. *En los seguros de fidelidad y manejo destinados únicamente al amparo individual del personal de las entidades autorizadas como intermediarios del mercado cambiario (Bancos, Corporaciones Financieras o Casas de Cambio) y cuya función implique el manejo, transacción y cuidado directo en moneda extranjera o de los títulos representativos de ésta.*
11. *En los seguros de responsabilidad civil derivada de los accidentes ocasionados a pasajeros terceros no transportados, los daños corporales que sufra la tripulación como consecuencia de accidentes causados por los vehículos terrestres, naves aéreas o marítimas legalmente autorizadas para el transporte internacional de pasajeros y/o mercancías.*
12. *En los seguros de responsabilidad civil derivada de los daños causados a bienes que temporalmente se encuentren en el territorio nacional, de propiedad de terceros no residentes en Colombia.*

Parágrafo. También será procedente la utilización de pólizas en moneda extranjera en los casos previstos en el presente artículo, en los cuales se presenten situaciones análogas a las aquí previstas, previo concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia (Se subraya)."

Por otro lado, en la reglamentación dada por el Banco de la República, el parágrafo 2 del artículo 86 de la Resolución 1 de 2018, también menciona reglas especiales para las obligaciones en moneda extranjera de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, entre las cuales se encuentran las aseguradoras, así:

"Parágrafo 2. No podrán estipularse en moneda extranjera las operaciones que efectúen las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, salvo que correspondan a operaciones de cambio expresamente autorizadas, a seguros de vida, o se trate de la contratación de los

seguros que determine el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto por el artículo 14 de la Ley 9a. de 1991”(Subrayado propio).

Así las cosas, esta norma cambiaría restringe la posibilidad de pactar obligaciones en moneda extranjera de manera general para las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera como son bancos y aseguradoras, y lo permite en caso de que las obligaciones constituyan operaciones de cambio expresamente autorizadas.

Además, la norma cambiaría reconoce nuevamente lo previsto por el artículo 14 de la Ley 9ª de 1991 sobre los seguros que se pueden pactar en moneda extranjera. Se destaca que menciona a los seguros de vida expresamente como tipos de seguros posibles de pacto en moneda extranjera, aunque el artículo 14 ya menciona a los seguros de personas como posibles de pacto.

Al respecto cabe agregar que el hoy numeral 5 del artículo 2.31.2.1.1., originalmente en el Decreto 2821 de 1991 incluía a los seguros individuales de vida como posibles de pacto expresamente, pero como se observa en el artículo transcrito, fue derogado por el Decreto 1254 de 1992. Actualmente, el parágrafo 2 del artículo 86 de la Resolución 1 de 2018 vuelve a mencionar a los seguros de vida expresamente como posibles de pacto en divisas.

En resumen se puede decir que los seguros que pueden ser pactados en moneda extranjera son:

- Los que constituyan operaciones de cambio expresamente autorizadas
- Los autorizados de manera general por el artículo 14 de la Ley 9ª de 1991
- Los seguros de vida

No obstante frente al artículo 14 es importante recordar que el artículo resalta que podrán pactarse en divisas seguros sobre personas y sobre bienes calificados de riesgos especiales, “*de conformidad con las regulaciones del Gobierno Nacional*”, con lo cual al parecer es tarea del Gobierno definir específicamente vía reglamentación dichos seguros. Como se evidenció, hasta ahora esto se ha hecho en el artículo 2.31.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010.

5.2. Posibilidad de pago de obligaciones del contrato de seguro en moneda extranjera

La Resolución 1 de 2018, como su antecesora (Resolución 8 de 2000), es la norma que permite que los seguros que pueden ser pactados en moneda extranjera, entre residentes colombianos, puedan ser pagados en la divisa estipulada. A partir, del siguiente artículo:

“Artículo. 82. UTILIZACIÓN DE LAS DIVISAS. Las divisas que reciban los residentes por concepto de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario sólo podrán utilizarse para su venta a otros residentes y, según se convenga, para pagar en el país compras de mercancías a los depósitos

francos, fletes y tiquetes de transporte internacionales, gastos personales efectuados a través de tarjetas de crédito internacionales, primas por concepto de seguros denominados en divisas de que trata el Artículo 2.31.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010 y normas concordantes, y para el pago de obligaciones provenientes de reaseguros con el exterior o para efectuar pagos en el exterior o en el país del valor de los siniestros que las empresas de seguros establecidas en Colombia deban cubrir en moneda extranjera, de conformidad con lo que determine el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto por el artículo 14 de la Ley 9a. de 1991. Así mismo, podrán utilizarse para realizar en el exterior inversiones financieras y en activos, y cualquiera otra operación distinta de aquellas que deban canalizarse a través del mercado cambiario, o canalizarlas voluntariamente a través de dicho mercado” (Se destaca).

A pesar de que la norma puede ser confusa porque está redactada haciendo énfasis en el uso de las divisas que posean los residentes colombianos y no desde la perspectiva de las operaciones que están autorizadas para ser pagadas en divisas por los residentes colombianos, lo cierto es que el artículo transcrito es la base para sustentar el pago en divisas de las obligaciones dinerarias de un contrato de seguro, tanto primas como indemnizaciones.

El mismo Banco de la República y la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante “SFC”), ambas autoridades idóneas para pronunciarse de las regulaciones en materia cambiaria y de entidades aseguradoras, han emitido conceptos sobre el sentido del hoy artículo 82 de la Resolución 1 de 2018, antes artículo 76 de la Resolución 8 de 2000, con respecto al pago en divisas de los contratos de seguros.

En concepto No. JSD-14048 del 3 de julio de 2012 (Banco de la República, 2012), el Banco de la República expresó que:

“(…) 2. El régimen cambiario ha autorizado excepcionalmente el pago en divisas de algunas operaciones celebradas entre residentes (operaciones internas). Para el caso del pago de primas y siniestros de contratos de seguros, el artículo 76 de la Resolución Externa 8 de 2000 autoriza utilizar las divisas que se reciban por concepto de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario, entre otros, para el pago de primas por concepto de seguros denominados en divisas de que trata el Decreto 2821 de 1991 (recogido en el Decreto 2555 de 2010, artículo 2.31.2.1.1) y normas concordantes, así como el pago en el exterior o en el país del valor de los siniestros que las empresas de seguros colombianas deban cubrir en moneda extranjera, de conformidad con lo que determine el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 9 de 1991.

De acuerdo con lo anterior, los únicos pagos en divisas que permite el régimen cambiario de primas y siniestros entre entidades aseguradoras establecidas en el país y otros residentes (operaciones internas), son aquellos que corresponden a

– Pacto y Ejecución del Contrato de Seguro en Moneda Extranjera–

los seguros denominados en divisas de que trata el Decreto 2821 de 1991 (recogido en el Decreto 2555 de 2010, artículo 2.31.2.1.1).”

En 2015, la misma autoridad emitió el concepto No. JSD-02191 en el mismo sentido (Banco de la República, 2015):

“(...)b. La regulación de cambios internacionales contempla algunas disposiciones especiales aplicables a los servicios de seguros:

- El artículo 76 de la R.E 8/00 permite la utilización de divisas que reciban los residentes en el país por concepto de operaciones que no deben canalizarse a través del mercado cambiario para el pago de obligaciones provenientes de reaseguros con el exterior o para efectuar pagos en el exterior o en el país del valor de los siniestros que las empresas de seguros establecidas en Colombia deban cubrir el moneda extranjera, de conformidad con lo que determine el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto en el artículo 14 de la Ley 9 de 1991. Así mismo, estas divisas pueden ser utilizadas, en general, para cualquier otra operación distinta de aquellas que deban canalizarse a través del mercado cambiario (por ejemplo, para el pago de primas de seguros autorizados por parte de residentes).”

Incluso desde 1996 el Banco de la República emitió el Oficio 3337 (Banco de la República, 1996; FASECOLDA, s.f) dirigido a FASECOLDA, en el cual puntualizó la posibilidad de estipulación y pago de seguros en moneda extranjera sustentado en el Decreto 2821 de 1991, el artículo 28 de la Ley 9 de 1991, el artículo 82 de la Resolución Externa 21 de 1993 y el artículo 7 Resolución Externa 28 de 1993²⁰, así:

“(...)Las pólizas de seguros cuyo valor asegurado puede expresarse en moneda extranjera previstas en el decreto 2821 de 1991 contemplan actos jurídicos (contratos de seguro) celebrados entre residentes que por su naturaleza son operaciones internas (pues se trata de convenciones cuyas partes son personas residentes en el país y que no han sido calificadas expresamente de operaciones de cambio) pero que, en concordancia con el artículo 28 de la Ley 9 de 1991 están autorizadas de manera excepcional a pagar tanto la póliza como las indemnizaciones en moneda extranjera (artículo 82 Resolución Externa 21 de 1993 y artículo 7o. Resolución Externa 28 de 1993).”

Por su parte la SFC no ha sido tan explícita, pero si mencionó en un concepto del 8 de febrero de 2012 (SFC, 2012), que la normatividad aplicable para determinar el pago de seguros en moneda extranjera era la prohibición general de dicha actividad entre residentes, pero que también aplica el antiguo artículo 76 de la Resolución 8 de 2000

²⁰ Estos 2 últimos artículos fueron luego unificados y reproducidos en el artículo 76 de la Resolución 8 de 2000 que es hoy el mismo artículo 82 de la Resolución No. 1 de 2018. La Resolución 21 de 1993 permitía el pago de primas, y el pago de siniestros y reaseguros en moneda extranjera fue adicionado con la Resolución 28 de 1993. De tal manera que la regla sobre el pago en divisas de seguros viene en el mismo sentido desde 1993.

hoy artículo 82 de la Resolución No. 1 de 2018 para establecer como pueden ser usadas las divisas por los residentes. Es decir, que a pesar de la prohibición general, el artículo 82 mencionado si permite el pago de contratos de seguro en moneda extranjera entre residentes, como se explicó.

Otra cuestión importante del pago de seguros en moneda extranjera, que se vislumbra en la Resolución 1 de 2018, es que se trata de una operación que no es obligatoriamente canalizable a través del mercado cambiario. En efecto, el artículo 41 de la citada Resolución encargado de enlistar taxativamente las operaciones obligatoriamente canalizables no prevé que estos pagos lo sean.

Por tanto, no es necesario para las partes del contrato de seguro acudir a intermediarios del mercado cambiario para adquirir divisas y pagar la prima o la indemnización del siniestro como obligaciones del contrato. Se puede pagar con divisas adquiridas y poseídas libremente por las partes como residentes colombianos²¹, sin necesidad de canalizar el pago a través del mercado cambiario, tal como lo también lo sugiere el artículo 82 analizado.

Las partes también pueden decidir acudir voluntariamente al mercado cambiario para adquirir y canalizar las divisas con las que hagan el pago de contratos de seguro estipulados en moneda extranjera, según se permite en los artículos 36, 59 numeral 1, literal a, 81 y 82 de la Resolución 1 de 2018 a través de los IMC o a través de las cuentas de compensación explicadas en la sección 2.3.

Estas conclusiones, también fueron reconocidas por el Banco de la República en el Oficio 3377 de 1996 a FASECOLDA así:

“(...) una vez se determine que se puede celebrar un contrato de seguro con una compañía local en el cual se puedan estipular obligaciones en moneda extranjera, y dado que el pago está permitido realizarlo en la divisa estipulada, ese pago puede hacerse mediante la utilización de divisas que no tienen la obligación de ser canalizadas a través del mercado cambiario.

*Igualmente, dado que las divisas que no tienen la obligación de ser canalizadas a través del mercado cambiario en todo caso pueden ser llevadas voluntariamente al mismo; también se podrán adquirir divisas a los intermediarios del mercado cambiario con el objeto de hacer esta clase de pagos, pues así lo autoriza expresamente el numeral 1 del artículo 71 de la Resolución 21”.*²²

²¹ Estas divisas habrán sido adquiridas por los residentes en desarrollo de otras operaciones que no son canalizables a través del Mercado Cambiario y que la legislación cambiaria permite poseer. Siguiendo el artículo 82 de la Resolución No. 1 de 2018, estas divisas no solo pueden ser usadas para pagar seguros pactados en moneda extranjera, sino también para realizar las otras operaciones que se mencionan en el artículo.

²² Se advierte que el numeral 1 del artículo 71 de la Resolución 21 de 1993, corresponde hoy al numeral 1, literal a del artículo 8 de la Resolución No. 1 de 2018, y previamente al numeral 1, literal a, del artículo 59 de la Resolución 8 de 2000. Por tanto la posibilidad de canalizar las divisas en el mercado cambiario por pagos de contratos de seguros voluntariamente ha sido una constante.

En suma, se clarifica que el artículo 2.31.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 (anteriormente artículo 1 del Decreto 2821 de 1991), referido en el aparte anterior, autoriza el pacto entre residentes colombianos de contratos de seguro en moneda extranjera, y que el artículo 86 de la Resolución 1 de 2018 autoriza el pago de dichos contratos celebrados entre residentes colombianos, tanto de la obligación de pagar la prima por parte del tomador, como de la obligación de indemnizar en caso de siniestro por parte de las aseguradoras. Además, que estos no son pagos obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario.

Por su parte, para los seguros pactados en divisas que son operaciones de cambio, es decir entre residente y no residente, la autorización para su pago deviene de las normas generales cambiarias vistas anteriormente. Es decir, del inciso segundo del artículo 86 de la Resolución 1 de 2018 que como regla general estipula que: *“Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada”*, en concordancia con el artículo 28 ley 9 de 1991 que nos indica que las obligaciones pactadas en divisas se pagaran en divisas si es legalmente posible.

5.3. Análisis de la aplicación práctica de las condiciones para el pacto y ejecución de seguros en moneda extranjera

Con el conocimiento de que es posible el pacto y ejecución de seguros en moneda extranjera en Colombia bajo ciertas condiciones, procedemos a hacer un análisis comprensivo de las mismas desde un punto de vista más cercano a lo que puede ocurrir en la práctica y, a partir de la diferencia entre los contratos de seguros entre residentes colombianos (operaciones internas) y aquellos entre un residente y un no residente (operaciones de cambio).

5.3.1 En contratos de seguro entre residente y no residente colombiano

Identificamos que pueden existir contratos de seguros en que una parte del contrato es residente colombiana y otra que no es residente; recordando que las partes en el contrato de seguro estrictamente son el asegurador y el tomador.²³ En este caso no hay duda de que el pacto y la ejecución en moneda extranjera son posibles, porque el contrato de seguro, y en específico su pago, sería una operación de cambio debido a que puede entrar en diferentes categorías de operaciones de cambio como son: el literal b) y e) del artículo 4 de la Ley 9 de 1991, y el numeral 5 del artículo 2.17.1.1. del Decreto 1068 de 2015. En ese entendido, el parágrafo 2 y el inciso 2 del artículo 86 de la Resolución 1 de 2018 son las normas que autorizan el pacto y el pago, respectivamente, de los contratos de seguros que son operaciones de cambio.

Para explicar de manera más detallada lo anterior, es necesario abordar primero las diferentes posibilidades, según la legislación colombiana, en que, en un contrato de seguro, puede haber una parte residente y otra no residente colombiana. La base de esto

²³ Sin perjuicio de las dinámicas que se presentan con las demás partes interesadas.

son los parágrafos 1 y 2 del artículo 39 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), modificados por el artículo 61 de la Ley 1328 de 2009. Particularmente porque, como se explicó en otro aparte, el artículo 61 permitió la compra de seguros en el extranjero por parte de residentes colombianos, y la venta y oferta de seguros en Colombia por parte de aseguradoras extranjeras bajo ciertas reglas.

Según el parágrafo 2 del artículo 39 del EOSF los residentes colombianos (personas jurídicas o naturales) pueden adquirir seguros en el extranjero con unas excepciones: que no se trate de seguros relacionados con la seguridad social, ni de seguros obligatorios, o de seguros que exijan la adquisición previa de seguros obligatorios o de demostrar cumplir con obligaciones de seguridad social. La otra excepción es que no pueden ser seguros en que el Estado sea tomador, asegurado o beneficiario, sin embargo, el Gobierno puede establecer cuando el Estado si puede contratar seguros con aseguradoras extranjeras.

Por su parte, el parágrafo 1 del artículo 39 del EOSF permite que aseguradoras extranjeras oferten y vendan seguros en Colombia, y a residentes colombianos, pero solo cierto tipo de seguros que son: pólizas de seguros para cubrir riesgos asociados con el transporte marítimo internacional, la aviación comercial internacional, y el lanzamiento y transporte espacial. Los seguros pueden amparar las mercancías transportadas, el vehículo y la responsabilidad civil que pueda generarse.

Ahora bien, ¿qué pasa con los extranjeros que quieran adquirir seguros de aseguradoras colombianas? Al respecto, y para los efectos de este estudio, la respuesta es que es posible que un extranjero adquiera un seguro con una aseguradora colombiana, pues un ejemplo que lo permite son los términos del TLC firmado entre Colombia y los Estados Unidos de América (EEUU) debido a que contempla que las reglas de liberalización de seguros aplican a las dos partes (Fortich, A., 2014, p. 188). Por tanto, si una aseguradora de EEUU puede vender seguros a residentes colombianos, una aseguradora colombiana puede vender seguros a residentes de EEUU, y los residentes estadounidenses pueden adquirir seguros en Colombia.

Así las cosas, en Colombia, puede presentarse que un residente acuda a una aseguradora extranjera y adquiera cualquier seguro de los que no están exceptuados, por ejemplo, un seguro de cumplimiento que tenga como beneficiario a una empresa privada colombiana, con lo cual el tomador del seguro es residente colombiano y la aseguradora no residente.

También, puede suceder que una aseguradora extranjera venda una póliza de responsabilidad civil extracontractual a un residente colombiano que transporta mercancías internacionalmente. En este caso, el tomador y asegurado es el residente colombiano. Además, una aseguradora colombiana puede vender seguros a residentes de EEUU. De esa manera, en las partes del contrato de seguro; tomador y aseguradora, habría tanto residentes como no residentes colombianos.

Respecto al por qué dichos contratos serían operaciones de cambio, analicemos las categorías mencionadas arriba. En primer lugar, está el literal b) del artículo 4 de la Ley 9 de 1991, que establece que:

“Los actos, contratos y operaciones en virtud de los cuales un residente resulte o pueda resultar acreedor o deudor de un no residente y los actos de disposición sobre los derechos u obligaciones derivados de aquéllos.” (subrayado propio).

Aplicando ese supuesto a los escenarios relatados, tenemos que los seguros entre residente y no residente colombiano, son contratos, y en estos las partes interesadas pueden resultar, o son, acreedoras y deudoras, ya que como se vio, el tomador debe el pago de la prima a la aseguradora y la aseguradora debe al asegurado y/o beneficiario la obligación condicional de pagar la prestación asegurada si ocurre el siniestro. Como se explicó, todas estas partes interesadas en el contrato de seguro pueden ser unas residentes y otras no residentes, de tal manera que se cumpliría con la clasificación del literal b) para ser operación de cambio, en especial, tomador y asegurador como partes en estricto sentido.

Del mismo modo, se puede aplicar el literal e) del artículo 4, pues este se refiere a: *“Los actos en virtud de los cuales se produzca la extinción de obligaciones entre residentes y no residentes.”* Así las cosas, siendo que en el contrato de seguro puede haber obligaciones entre residentes y no residentes colombianos, en algún momento se dará la extinción de las mismas y esto ocurrirá por el pago de la prima y eventualmente por el pago de la indemnización por parte de la aseguradora. En este escenario, el pago sería el acto a través del cual se extinguen las obligaciones en el contrato de seguro entre residente y no residente colombiano, por lo cual constituiría una operación de cambio, que según las normas cambiarias, puede ser pactada y ejecutada en moneda extranjera.

Ahora bien, el numeral 5 del artículo 2.17.1.1. del Decreto 1068 de 2015 especifica que son operaciones de cambio: *“Todas aquellas que impliquen o puedan implicar pagos o transferencias de moneda extranjera entre residentes y no residentes en el país”*. Como ya se dijo, en Colombia pueden haber contratos de seguro entre residentes y no residentes, así que este contrato implica pagos o transferencias de moneda extranjera entre los mismos para cumplir con las obligaciones del contrato. Por tanto, el contrato también es una operación de cambio bajo este numeral.

5.3.2. En contratos de seguro entre residentes colombianos

El escenario del cual se ha estado hablando principalmente a lo largo del texto, es de los contratos de seguro entre residentes colombianos, pues es más claro que cuando hay una parte no residente, dichos contratos adquieren un elemento internacional que facilita que haya una operación de cambio de por medio y que la posibilidad de su pacto y pago en moneda extranjera se presente más clara. Mientras que, en un contrato de seguro entre residentes colombianos la regla general de las normas cambiarias es que no se permite su pacto ni su pago en moneda extranjera.

Pues bien, cuando se trata de contratos de seguro entre residentes colombianos, esto es, con tomador y asegurador residentes, vimos que el artículo 14 de la Ley 9 de 1991 establece los casos en que es posible el pacto en moneda extranjera, y autoriza al Gobierno para que regule dichos casos, así:

“Artículo 14. SEGUROS EN DIVISAS. De conformidad con las regulaciones del Gobierno Nacional podrán contratarse seguros denominados en divisas sobre personas y sobre aquellos bienes que, con carácter general, se califiquen como riesgos especiales. (Subrayado propio).

También comentamos, que el Gobierno reguló el artículo 14 mediante el Decreto 2821 de 1991, hoy compilado en el Decreto 2555 de 2010. Puntualmente, el artículo 2.31.2.1.1 del Decreto 2555 contempla 11 eventos o tipos de contratos de seguro, con particularidades específicas, para los cuales se permite su pacto en moneda extranjera.

Sostenemos que estos eventos se refieren a contratos de seguro entre residentes colombianos debido a los conceptos de las autoridades respecto de este artículo, referidos en la sección 5.2 de este texto. Además, consideramos que el artículo establece que se refiere a *“pólizas de seguros que emitan entidades aseguradoras legalmente establecidas en el país”*, con lo cual en los eventos permitidos la aseguradora sería residente colombiana.

Adicionalmente, tras realizar una lectura de los mismos se puede inferir que los tipos de contratos no se refieren a tomadores extranjeros sino más bien a contratos con otras partes interesadas que sean extranjeras o que tienen fuertes vínculos con el extranjero como: el lugar de los riesgos, la necesidad de importar bienes, el tránsito internacional, actividades extractivas que tienen un alto factor internacional, inversiones en el extranjero o referencia al manejo de moneda extranjera como elemento importante del contrato.

Se destaca que el párrafo del artículo 2.31.2.2.1 estudiado, abre la posibilidad a que otros contratos de seguro sean autorizados para su pacto y por ende para su pago en moneda extranjera, si son análogos a los ya permitidos, para lo cual se debe acudir a la SFC para que conceptúe al respecto.

Análisis interesante aquí es que pueden caber contratos de seguro cuyas condiciones no recaigan específicamente en el supuesto de hecho de los eventos de los literales pero que si sean muy parecidos. Podrían tenerse como casos análogos y esperar por el concepto favorable de la SFC respecto de su posibilidad de pacto y pago en moneda extranjera.

Sin embargo, volviendo al artículo 14 de la Ley 9 de 1991 no se debe perder de vista que además de los eventos del artículo 2.31.2.1.1 regulados por el Gobierno, el artículo 14 estipula que *“podrán contratarse seguros denominados en divisas sobre personas”*, y que al mismo tiempo, el párrafo 2 del artículo 86 de la Resolución 1 de 2018 afirma que se pueden pactar en moneda extranjera seguros de vida.

De tal manera que, consideramos que el hecho de que el artículo 2.31.2.1.1 no mencione seguros de personas como eventos posibles de pacto en divisas, no elimina su posibilidad, porque la Ley 9ª en su artículo 14 si lo menciona. Incluso, esto es más claro para los seguros de vida porque están expresamente autorizado para pacto en el parágrafo 2 del artículo 86 de la Resolución 1 de 2018, además del antecedente de que los seguros de vida se encontraban como un tipo de seguro para pacto en divisas dentro del numeral 5 del artículo 1 del Decreto 2821 de 1991 original, aunque hoy está derogado.

Así las cosas, sostenemos que la regulación del Gobierno no es absoluta en cuanto a los posibles seguros entre residentes que se pueden pactar en divisas, y que por lo demás puede ser simplemente la reglamentación de los seguros “*sobre aquellos bienes que, con carácter general, se califiquen como riesgos especiales*”. Por tanto, deja por fuera reglamentar lo relativo a seguros de personas que bien puede hacerse en otro Decreto. También se tiene la autorización general de pacto de operaciones internas en divisas en el artículo 28 de la Ley 9 de 1991, con lo cual consideramos que las normas expuestas sustentan la posibilidad de pacto de seguros de personas en divisas. En últimas, no genera mayor problema este asunto dado que lo importante es su pago, pues no se va en contra del régimen cambiario si se pacta en divisas pero se paga en moneda local.

En cuanto al pago de las obligaciones de contratos de seguros entre residentes, podemos decir que estudiando en conjunto el artículo 2.31.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010 y el artículo 82 de la Resolución 1 de 2018, los mismos casos permitidos para pacto en el artículo 2.31.2.1.1 son los permitidos para pago, pues el artículo 82 habla de que se permite el pago en divisas de:

“(...) primas por concepto de seguros denominados en divisas de que trata el Artículo 2.31.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010 y normas concordantes, (...) o para efectuar pagos (...) en el país del valor de los siniestros que las empresas de seguros establecidas en Colombia deban cubrir en moneda extranjera, de conformidad con lo que determine el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto por el artículo 14 de la Ley 9a. de 1991.”

De nuevo, las autoridades también han corroborado lo anterior en los conceptos referidos en la sección 5.2 que afirman que el artículo 82 (antes artículo 76 de la Resolución 8 de 2000) permite el pago en divisas de los contratos de seguro autorizados en el Decreto 2821 de 1991, hoy en el artículo 2.31.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010.

Además, el artículo 28 de la Ley 9 de 1991, aunque prohíbe el pago de contratos entre residentes en moneda extranjera, también establece que las obligaciones pactadas en moneda extranjera sean pagadas en dicha moneda si la legislación lo permite. Así las cosas, el artículo 82 de la Resolución 1 de 2018 es la norma que autoriza el pago de los seguros pactados en moneda extranjera por residentes colombianos, según los casos autorizados para pacto en el Decreto 2821 de 1991.

Pues bien, así como en su pacto, nuevamente surge la duda frente a los seguros de personas de la posibilidad del pago de sus obligaciones en divisas. Se podría decir que por no estar estos expresamente mencionados en el artículo 82 de la Resolución 1 de 2018 no están autorizados para pago, aun así, revisemos en detalle el artículo.

En la obligación de pago de primas la norma dispone que se podrá pagar por concepto de los seguros del Artículo 2.31.2.1.1. del Decreto 2555 de 2010 “y normas concordantes”, frente a lo cual vale la pena preguntarse cuáles serían estas. Bien puede afirmarse que una norma concordante es el constantemente mencionado artículo 14 de la Ley 9a de 1991 debido a que en él se autorizan desde un principio la posibilidad de pacto de seguros en divisas y el Artículo 2.31.2.1.1 es un desarrollo del mismo. Así mismo, que una norma concordante es el parágrafo 2 del artículo 86 de la Resolución 1 de 2018, con lo cual, estas normas concordantes si mencionan expresamente a los seguros de personas y específicamente a los seguros de vida.

Respecto a la obligación de pago de siniestros por las aseguradoras, el artículo 82 dispone que procede el pago de aquellos “que las empresas de seguros establecidas en Colombia deban cubrir en moneda extranjera, de conformidad con lo que determine el Gobierno Nacional en desarrollo de lo previsto por el artículo 14 de la Ley 9a. de 1991”(subrayado propio), así que en este caso si hay referencia directa al artículo 14 pero se resalta que esta norma depende de lo que determine el Gobierno en cuanto a los seguros posibles de pacto. Como se esbozó anteriormente el artículo 14 hace hincapié en que los seguros se podrán pactar en divisas de acuerdo con las regulaciones que expida el Gobierno.

Adicionalmente, los conceptos de las autoridades ya referidos, solo mencionan como claramente posibles de pago en moneda extranjera a los seguros descritos en el artículo 2.31.2.1.1, y no son concluyentes sobre los seguros de personas.

Con este panorama podemos afirmar que no hay claridad normativa en cuanto a los seguros de personas pue si bien no están mencionados de manera expresa como posibles de pago si hay referencias directas e indirectas, y el hecho de que el artículo 14 requiera que el Gobierno reglamente los seguros posibles de pacto no le quita mérito a la norma como parte de la Ley Marco de cambios internacionales a la cual el Gobierno debe atenerse. Por ello, en últimas es posible que se reglamente en cuanto al pacto de seguros de personas como en su momento se incluyeron los seguros de vida en el Decreto 2821 de 1991, otra cosa, es que no se haya hecho hasta el momento.

Ahora, en la práctica actual, lo común es que las aseguradoras residentes colombianas no pactan ni pagan seguros de personas en divisas²⁴ y solo algunas pactan o pactaban

²⁴ Sobre este punto se contactó a una ex gerente de oficina regional de Mapfre Seguros, y a una corredora de seguros de varias aseguradoras colombianas especialmente de Seguros Suramericana con más de 30 años de experiencia. Las dos personas confirmaron lo afirmado en este estudio.

seguros de vida en divisas, pero los pagan en su equivalente en pesos colombianos²⁵, resultando el pacto en divisas solo una forma de indexación. Dicho pacto como forma de indexación puede responder a que los seguros de personas y especialmente los seguros de vida son realmente mecanismos de previsión y ahorro ante los riesgos que amparan, y lo que se busca es una disponibilidad de medios económicos ante unos posibles sucesos; es como un “ahorro contractual”(Narváez, J.E., 2013, p.72). Así las cosas, pactar en divisas puede ser provechoso pues la divisa puede valorizarse o en todo caso tener mayor poder adquisitivo que el peso colombiano, de manera que el ahorro que se reciba al ocurrir la condición pactada puede ser mayor que si se pactara en pesos colombianos.

Por último, recordamos que de todos modos cabe la posibilidad de que los seguros de personas que sean operaciones internas así como otras operaciones internas, puedan ser pagadas en moneda extranjera si se pacta de mutuo acuerdo por las partes del contrato y se realiza a través de cuentas de compensación en el extranjero como se explicó anteriormente.

En resumen, es claro que para que se pueda pactar y pagar un contrato de seguro en moneda extranjera entre residentes colombianos es necesario que el contrato recaiga en uno de los eventos anteriormente descritos del artículo 2.31.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, o que se considere un caso análogo a dichos eventos y se pida concepto a la SFC previo a su contratación. En lo que toca con los seguro de personas, es posible su pacto en divisas sobre todo de seguros de vida, como en efecto sucede en la práctica, pero su pago no está expresamente autorizado en las normas cambiarias por lo cual no se pagan efectivamente en divisas.

6. CONCLUSIONES

El breve estudio del régimen cambiario colombiano realizado en este texto nos ha conducido a establecer que el mismo existe porque es una de las herramientas de política macroeconómica de los Estados para procurar una economía saludable, a través de su vinculación con las políticas monetaria y fiscal, de manera que se logre que las operaciones económicas del país se lleven a cabo en moneda local. De esa forma el régimen busca, que las decisiones de política monetaria que tome el Estado tengan un impacto real, y que se tengan suficientes medios de pago internacionales para cumplir con las obligaciones frente a otros países.

También se estableció que existe y es importante porque la economía de los países ya no es un asunto aislado o local sino que es mundial, pues las transacciones internacionales y los medios de pago usados afectan la moneda y recursos de todos los

²⁵ Se puede consultar en las páginas web de aseguradoras colombianas las condiciones generales de pacto de seguros de vida en diferentes años cuyo valor asegurado se determina en divisas pero que expresamente disponen que el pago se hará en su equivalente en pesos colombianos. A saber: https://www.libertycolombia.com.co/sites/default/files/2019-05/Clausulado_Liberty_Life.pdf, <https://www.segurossura.com.co/documentos/condicionados/personas/vida/vida-suramericana.pdf>, <https://www.axacolpatria.co/portals/Portals/0/V2369-vida-mi-medida.pdf>

países. Por ello, el régimen cambiario colombiano busca adaptarse al contexto nacional e internacional con normas que regulen los cambios internacionales para fomentar un comercio internacional saludable pero que también velen por una balanza de pagos equilibrada, prevengan el déficit fiscal, procuren la estabilidad de la moneda local y brinden oportunidades de desarrollo y calidad de vida para los habitantes.

En ese sentido, al régimen cambiario le incumbe la manera como se ejecutan las obligaciones dinerarias, es decir, las obligaciones de dar una suma de dinero, ya que en últimas el objeto del régimen es regular las transacciones u operaciones económicas que envuelvan moneda extranjera ya sea que ocurran entre residentes del país o residentes y no residentes. Entonces, las normas cambiarias colombianas son las encargadas de establecer las condiciones bajo las cuales una obligación dineraria en la que participe un residente puede ser ejecutada o pagada en moneda extranjera o divisas. Aunque, estas normas también definen cuando se pueden pactar obligaciones dinerarias en divisas.

De ahí, que en las normas cambiarias colombianas se establezcan reglas para el pacto y pago de obligaciones dinerarias en moneda extranjera que son las siguientes:

1. Es posible el pacto de cualquier obligación dineraria en moneda extranjera, sea entre residentes o residentes y no residentes (art. 28 Ley 9 de 1991, art. 874 C.Co, art. 86 Resolución 1 de 2018).
2. Las operaciones internas, es decir, los contratos convenios o cualquier operación celebrada entre residentes, por regla general, no pueden ser pagadas en moneda extranjera sino en moneda legal colombiana, salvo que estén autorizadas a pagarse de esa manera. (art. 2.17.1.3 D.1068 de 2015, art. 83 y 86 Resolución 1 de 2018).
3. Si una operación interna es pactada en moneda extranjera debe ser pagada en moneda legal colombiana a la TRM escogida por las partes o a la TRM de la fecha en que se convino la obligación, salvo que este autorizada a pagarse en moneda extranjera (art. 86 Resolución 1 de 2018).
4. La operaciones de cambio si pueden ser pagadas en moneda extranjera. Estas generalmente son obligaciones entre residente y no residente, pero realmente las normas cambiarias son las que definen cuales operaciones son operaciones de cambio (art. 86 Resolución 1 de 2018, art. 4 Ley 9 de 1991, art. 2.17.1.1 D. 1068 de 2015).

Uno de los contratos a los cuales aplica el régimen cambiario para obligaciones dinerarias es el contrato de seguro, porque tiene 2 obligaciones principales que son dinerarias, el pago de la prima por parte del tomador y el pago de la prestación asegurada por parte del asegurador. Sin embargo, el régimen cambiario decidió imponer unas reglas especiales para este tipo de contratos además de las reglas generales anotadas.

Así las cosas, según las normas cambiarias estudiadas, podemos resumir que las reglas para pactar los contratos de seguros (y por ende las obligaciones dinerarias contenidas en ellos) en moneda extranjera son:

– Pacto y Ejecución del Contrato de Seguro en Moneda Extranjera–

1. Se pueden pactar en moneda extranjera los contratos de seguro que sean operaciones de cambio (Art. 86 parágrafo 2 Resolución 1 de 2018).
2. Solo los siguientes contratos de seguro que sean operaciones internas, ósea celebrados entre residentes, pueden ser pactados en moneda extranjera:
 - I. Seguros sobre personas y sobre aquellos bienes que, con carácter general, se califiquen como riesgos especiales, de conformidad con las regulaciones que expida el Gobierno Nacional (art.14 Ley 9 de 1991).
 - II. Los tipos de seguros o eventos contemplados en el artículo 2.31.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, antes artículo 1 del Decreto 2821 de 1991 (art.14 Ley 9 de 1991 y Art. 86 parágrafo 2 Resolución 1 de 2018).
 - III. Seguros de vida (Art. 86 parágrafo 2 Resolución 1 de 2018).

Por otro lado, los contratos que se pueden pagar en moneda extranjera se autorizan en las normas cambiarias de la siguiente manera:

1. El inciso 2 del artículo 86 de la Resolución 1 de 2018 autoriza que las operaciones de cambio que se pacten en moneda extranjera se paguen de ese modo, de tal manera que un contrato de seguro que sea operación de cambio y se pacte en moneda extranjera, también se puede pagar en divisas.
2. El artículo 82 de la Resolución 1 de 2018 autoriza el pago de contratos de seguro que sean operaciones internas en moneda extranjera, tanto el pago de la prima, como el pago de los siniestros por parte del asegurador para los tipos de seguro dispuestos en el artículo 2.31.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, pero también menciona a los dispuestos en otras “normas concordantes”, y al artículo 14 de la Ley 9 de 1991 según las reglamentaciones que expida el Gobierno.

De esa manera, es indiscutible que se pueden pagar en moneda extranjera las obligaciones dinerarias de contratos de seguro que sean operaciones de cambio y de los tipos de seguro dispuestos en el artículo 2.31.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, antes artículo 1 del Decreto 2821 de 1991. Sin embargo, frente a los seguros de personas el panorama no es claro y la interpretación se orienta a que no es posible su pago en divisas, porque no hay una referencia explícita al respecto en el artículo 82, además las autoridades pertinentes solo han conceptuado que es posible el pago en los seguros del artículo 2.31.2.1.1, sin negar que no sea posible en seguros de personas, y en la práctica se conoce que los seguros de vida se pactan en moneda extranjera pero se pagan en moneda local.

Por demás, nos adherimos al llamado de atención que realiza Castrillón (1998) en el cual afirma que las reglas cambiarias no deberían concentrarse en el pacto en moneda extranjera sino en el pago, pues el pacto es un tema que se dirige más a la autonomía

de la voluntad, pero el pago efectivo en moneda extranjera es el asunto del régimen cambiario, por tanto, las reglas cambiarias frente a contratos de seguro en moneda extranjera podrían en efecto ser más acertadas y claras si se dirigieran a hacer énfasis en los casos en los que se permite y no se permite su pago en divisas, y no en la posibilidad de su pacto en divisas.

Por último, cabe recordar que en cuanto a la realización efectiva del pago en moneda extranjera cuando se ejecuten las obligaciones dinerarias de los contratos de seguros, no es necesario canalizar las divisas por el mercado cambiario pues no son operaciones obligatoriamente canalizables, es decir, no es necesario que las divisas pasen por los IMC. Sin embargo, las partes del contrato pueden decidir canalizarlas voluntariamente, en cuyo caso también deben cumplir con la obligación de declaración de cambio siguiendo el formulario que indique el Banco de la República.

Además, las partes pueden realizar el pago a través de las llamadas cuentas de compensación en el extranjero, pues esto está permitido en los artículos 56 y 81 de la Resolución No. 1 de 2018, esto quiere decir, que las partes del contrato de seguro, residentes colombianos, pueden realizar depósitos en cuentas bancarias en el exterior de que disponga cada uno y así ejecutar el pago de las obligaciones dinerarias de los contratos de seguro. Incluso en estas cuentas se pueden pagar operaciones internas que no estén expresamente autorizadas para pago en divisas, pero deben cumplir con la obligación de declaración de cambio y otras obligaciones de las cuentas de compensación ante el Banco de la República.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Banco de la República. (31 de enero de 1996) Oficio dirigido al presidente ejecutivo de FASECOLDA [No. GG – 3337].

Banco de la República. (3 de julio de 2012) Tema: Estipulación obligaciones en moneda extranjera por entidades Vigiladas por la Superintendencia Financiera. [Concepto No. JDS-14048]. Recuperado de: <https://www.banrep.gov.co/es/node/29494>

Banco de la República. (4 de febrero de 2015) Tema: Pago de seguros [Concepto No. JDS-02191]. Recuperado de: <https://www.banrep.gov.co/es/node/38027>

Becerra Toro, R. (2014). Nociones Fundamentales de la Teoría General y Regímenes Particulares del Contrato de Seguro. Cali: Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de: https://books.google.com.co/books?id=m9raDwAAQBAJ&pg=PA20&lpg=PA20&dq=andres+eloy+ordo%C3%B1ez+contrato+de+seguro+definici%C3%B3n&source=bl&ots=Hg_yLFSQLR&sig=ACfU3U3Av-wOI9kKv-gq9puC43zt3Z7YQg&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwiDrIDWsrLpAhXwUd8KHajkBPgQ6AEwA3oECAkQAQ#v=onepage&q&f=false

– Pacto y Ejecución del Contrato de Seguro en Moneda Extranjera–

Castrillón, M.L. (1998). *Régimen Cambiario Colombiano. Derecho de la Moneda Extranjera*. 2da ed. Bogotá: Legis Editores.

Fortich, A. A. (2014). La liberalización de los seguros en Colombia: perspectiva desde el consumidor. *Revista IUS*, 8 (33), [183-198]. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472014000100008

Federación de Aseguradores Colombianos [FASECOLDA]. (s.f), Seguros en Divisas. En *Régimen de Seguros en Colombia* (CAPÍTULO 12.2). Recuperado de: <https://publicaciones.fasecolda.com/regimen-de-seguros/chapter/p3-c12-2/>

Guisao Ospina, N. (2017). *¿El interés asegurable como elemento esencial de contrato de seguro debe ser visto desde la calidad de tomador/asegurado/beneficiario, o puede ser probado por el verdadero beneficiario que no tomó parte en la celebración inicial del contrato?* (Trabajo de Grado). Pontificia Universidad Javeriana. Recuperado de: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/43304/GuisaoOspinaNelsonFerney.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hernández Gamarra, A. (2004). *La moneda en Colombia y el debate monetario en Colombia*. Bogotá, D.C: Editorial Retina.

Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*. 3ra ed. Tomo I. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Josserand, L. (1950). *Derecho Civil. Teoría General de las obligaciones*. 3ra ed. Tomo II. Vol I. Traductor. Santiago Cunchillos y Manterola. Revisión. André Brun. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, Bosch y Cía Editores.

Junguito Bonnet, R. (2016). *Historia económica de Colombia en el siglo XX*. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda.

Meza Rivero, E. (1997) *El mercado cambiario en Colombia: régimen legal*. Bogotá D.C.: Editorial Legis.

Narváez, J.E. (2013). Legitimación de la viuda y de los herederos bajo el seguro de vida grupo deudores. *Revista Ibero-latinoamericana de Seguros*, 39 (22), [69-111]. Recuperado de: <https://search-ebSCOhost-com.ezproxy.javeriana.edu.co/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=98737835&lang=es&site=eds-live>.

Ossa Gómez, J. E. (1984). *Teoría General del Seguro: El contrato*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

Superintendencia Financiera de Colombia [SFC]. (8 de febrero de 2012). *Seguros, expedición y pago de pólizas en moneda extranjera* [Concepto 2011096521-001]. Recuperado de

[https://www.superfinanciera.gov.co/ABCD/superfinanciera/php/buscar_integrada.php?base=juris&Opcion=libre&Expresion=\\$&prefijo](https://www.superfinanciera.gov.co/ABCD/superfinanciera/php/buscar_integrada.php?base=juris&Opcion=libre&Expresion=$&prefijo)

Superintendencia Financiera de Colombia [SFC]. (31 de agosto de 2015). *Aseguradoras. Emisión de pólizas en moneda extranjera. Excepciones* [Concepto 2015072076-001]. Recuperado de [https://www.superfinanciera.gov.co/ABCD/superfinanciera/php/buscar_integrada.php?base=juris&Opcion=libre&Expresion=\\$&prefijo](https://www.superfinanciera.gov.co/ABCD/superfinanciera/php/buscar_integrada.php?base=juris&Opcion=libre&Expresion=$&prefijo)

Veiga Copo, A.B., (2010). *Caracteres y Elementos del Contrato de Seguro. Póliza y Clausulado*. Universidad Sergio Arboleda. Biblioteca Jurídica Diké: Bogotá, D.C.