

RESUMEN

"PROBLEMÁTICA EN LA FORMULACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL, BAJO POLÍZAS EN MODALIDAD CLAIMS MADE PURO"

Desde la práctica de los despachos judiciales y pasando por las oficinas de las aseguradoras, donde el día a día lleva a recibir miles de reclamaciones por siniestros amparados bajo una póliza de responsabilidad civil adoptada bajo la figura "Claims Made", surge la necesidad de elaborar un manual que permita cumplir con el principio indemnizatorio del contrato de seguro. Y es que la necesidad ha llevado a plantearnos esta solución pues el desconocimiento de un campo tan técnico como los seguros ha dado al traste con las demandas que persiguen una efectiva reparación de perjuicios, afectando no solo a las víctimas, sino también congestionando los despachos judiciales con demandas vacías y sin fundamento, las cuales terminan fallando de manera desfavorable por no fundamentar unas pretensiones que siendo justas no tienen el suficiente soporte probatorio que las respalde y que otorguen la garantía propia del contrato de seguro.

Este escrito pretende dar luces sobre como vincular a la aseguradora en un proceso que involucre una póliza de responsabilidad civil que opera bajo la modalidad "Claims Made", como llamada en garantía de una obligación de su asegurado y en beneficio de terceros afectados. De igual manera pretendemos dar un panorama general de conceptos básicos del derecho de seguros, su estructura y principales características y obligaciones.

**PROBLEMÁTICA EN LA FORMULACIÓN DEL
LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN LOS SEGUROS DE
RESPONSABILIDAD CIVIL, BAJO POLÍZAS EN
MODALIDAD CLAIMS MADE PURO**

Luís Eduardo Espinosa Muñoz
Manuel Reinaldo Martínez Romero
Erwin Nicolás Vásquez Sandoval

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN DERECHO COMERCIAL

Bogotá D.C. 2013

TESIS DE GRADO

Director: Dr. Eidelman Javier González Sánchez

CAPITULO I
ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

1.1.	Noción	8
1.2.	Características del contrato de seguro	9
1.2.1.	Consensual	9
1.2.2.	Bilateral	9
1.2.3.	Oneroso	9
1.2.4.	Aleatorio	10
1.2.5.	Ejecución sucesiva	10
1.2.6.	Ubérrima buena fe	10
1.2.7.	Indemnizatorio	10
1.3.	Partes en el contrato de seguros	10
1.3.1.	El asegurador	11
1.3.2.	El tomador	11
1.3.3.	El asegurado	11
1.3.4.	El beneficiario	11
1.4.	Elementos del contrato de seguros	11
1.4.1.	El interés asegurable	12
1.4.2.	El riesgo asegurable	13
1.4.3.	La prima	13
1.4.4.	La obligación condicional del asegurador	14
1.5.	Principio indemnizatorio del contrato de seguros	15
1.6.	Obligaciones del contrato de seguros	16
1.6.1.	Declarar sinceramente el estado del riesgo	16
1.6.2.	Pago de la prima	17
1.6.3.	Mantener el estado del riesgo	17
1.6.4.	Cumplir con las garantías	18
1.6.5.	Evitar la extensión y propagación del riesgo	18
1.6.6.	Dar aviso del siniestro	19
1.6.7.	Acreditar ocurrencia y cuantía	19
1.6.8.	Entregar la póliza	19
1.6.9.	Pagar la indemnización	20
1.7.	La prescripción	21
1.7.1.	La prescripción ordinaria y extraordinaria	23
1.7.2.	La prescripción en responsabilidad civil	24
1.7.3.	La prescripción en el nuevo Código General del Proceso	24

CAPITULO II
EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

2.1.	Concepto	26
2.2.	El interés asegurable	27
2.3.	Un seguro en favor de terceros	27
2.4.	Configuración del siniestro e inicio de la prescripción	28

CAPITULO III
ASPECTOS TÉCNICOS Y PROCESALES DE LA RECLAMACIÓN

3.1.	La reclamación directa	30
3.2.	La ocurrencia del siniestro	30
3.3.	Formulación del aviso	32
3.4.	Entrega al asegurador de la reclamación	34
3.5.	La objeción	36
3.6.	Legitimación del asegurador para objetar la reclamación	38
3.7.	El juicio ordinario emanado del contrato de seguro	39
3.8.	Demanda del asegurado a su asegurador	40
3.9.	Inicio del proceso	41
3.10.	El requisito de procedibilidad	41
3.11.	Algunas anotaciones sobre el trámite del proceso ordinario	42

CAPITULO IV
EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

4.1.	Concepto	45
4.2.	Trámite del llamamiento en garantía	46
4.3.	Características del llamamiento en garantía a la aseguradora	48
4.4.	El llamamiento en garantía frente a la subrogación	49
4.5.	La demanda de responsabilidad por vía directa	51
4.6.	El llamamiento en garantía en el proceso arbitral	54

CAPITULO V
LAS CLAUSULAS CLAIMS MADE

5.1.	Concepto	56
5.2.	Tipos de cláusulas Claims Made	57
5.2.1.	Cláusulas Claims Made puro	57
5.2.2.	Cláusulas Claims Made con periodo de retroactividad	57
5.2.3.	Cláusulas Claims Made mas reporte	57
5.2.4.	Cláusulas Claims Made con cobertura para hechos notificados	58
5.3.	Sistema Claims Made puro	58
5.4.	Análisis constitucional de las clausulas Claims Made	59
5.5.	Problemas jurídicos de las clausulas Claims Made	60
5.5.1.	Momento de la ocurrencia del siniestro	61
5.5.2.	La reclamación	62
5.5.3.	Entrada de un nuevo asegurador	62
5.5.4.	La prescripción	63
5.5.5.	Los términos de prescripción vs. Derecho a la igualdad	65
5.5.6.	La acción directa	67
5.5.7.	La prescripción de la acción directa	67
5.5.8.	Imposibilidad de encontrar otro asegurador	68
5.5.9.	Cliente cautivo	68
	Conclusiones	70

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo trata la problemática que se presenta desde el punto de vista procesal, al momento de vincular a la aseguradora dentro de una controversia que tenga como fundamento una póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual que opere bajo la modalidad "Claims Made" y la forma correcta en que se debe dar dicha vinculación con el fin de cumplir con el principio indemnizatorio del contrato de seguros.

Este trabajo se divide en cinco grandes temas que permitirán dar un panorama del tema, siendo un poco más profundos en el tratamiento procesal, máxime si se tiene en cuenta que las nociones generales, así como la relevancia e importancia de las cláusulas Claims Made, han sido ampliamente desarrolladas por otros estudios.

El primer tema se reduce a un breve resumen sobre los aspectos generales del contrato de seguro regulado por la legislación mercantil, donde se señalan las partes que intervienen en este negocio jurídico, las características del contrato, sus elementos esenciales, etc.

El segundo tema, abordará el tipo de contrato de seguro a la luz del cual se analizarán las cláusulas Claims Made, es decir, el contrato de seguro de responsabilidad civil. En este aparte veremos su definición, su cobertura, y cómo es la relación frente a los sujetos intervinientes a la luz de los elementos del contrato de seguro en general.

En el tercer tema, se analizará como procede la reclamación a la aseguradora y los efectos que puede tener a la luz del seguro de responsabilidad civil, y si dicha reclamación es presentada por el asegurador o por la víctima, considerada como un tercero ajeno a la relación contractual con la aseguradora. Se estudiará además, el procedimiento judicial que lleva aparejada una reclamación, cuando la misma no es atendida o no es definida de manera favorable.

En el cuarto tema se abordará de manera precisa la problemática del llamamiento en garantía, se mencionarán los aspectos básicos de la figura consagrada en el Código de Procedimiento Civil y se dará una luz sobre cómo debe realizarse un llamamiento en garantía de forma correcta, con el fin de lograr afectar la póliza siniestrada con ocasión de un hecho generador de perjuicios, para terceros y para el asegurado.

El quinto tema, abordará una breve y concreta exposición de las cláusulas Claims Made, su definición y tratamiento en el ordenamiento colombiano, así como los principales problemas jurídicos que se presentan en torno a las mismas y algunas de sus posibles soluciones.

Bajo el anterior panorama, se pretende que más allá de ser una simple investigación, el presente trabajo se constituya en una guía que permita vislumbrar las vicisitudes que se presentan en los estrados judiciales respecto del tema, en torno a los diversos conflictos generados a partir de la inclusión al sistema legal colombiano de las cláusulas Claims Made, que se convierten en un aspecto meramente sustancial en un proceso que sigue la misma línea, pero que sin duda generan una serie de dificultades que se podrán advertir a lo largo del escrito.

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO

Con el fin de entender el tratamiento de las cláusulas “Claims Made”, resulta conveniente iniciar el estudio propuesto, dando una noción general del contrato de seguro; en ese orden de ideas definiremos el contrato de seguros y sus principales características así como sus partes, elementos y algunas de las principales obligaciones que surgen del mismo.

1.1. NOCIÓN

No existe una definición exacta sobre el contrato de seguro, no obstante el código de comercio en su Artículo 1036 del Código de Comercio se refiere al mismo de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 1036. CONTRATO DE SEGURO. *El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.*

En el contrato de seguro intervienen dos partes el asegurador y el tomador, el primero es la persona que asume los riesgos a cambio de una remuneración y el segundo es quien traslada los riesgos al asegurador, según lo estipulado en el Código de Comercio.

Si bien se evidencia, el Código de Comercio no define como tal al contrato de seguro, si le atribuye una serie de características que detallaremos más adelante.

La doctrina también ha hecho un esfuerzo en pro de dar una definición del tema, sobresaliendo la clásica del profesor Efrén Ossa, quien establece el contrato de seguro como:

“El contrato de seguro, es un contrato solemne, bilateral, oneroso y aleatorio en que intervienen como partes el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos y el tomador que, obrando por cuenta propia o por cuenta de un tercero, traslada los riesgos, cuyos elementos esenciales son el interés asegurable y el riesgo asegurable, la prima, cuyo pago se impone a cargo del tomador y la obligación condicional del asegurador que se transforma en real con el siniestro y cuya solución debe aquel efectuar dentro del plazo legal”¹

¹ Ossa, José Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Tomo I, página 2.

1.2. CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE SEGURO

1.2.1. Consensual

La consensualidad del contrato de seguro hace referencia a la regla general de que el consentimiento de las partes basta para formar el contrato; no obstante es solemne en cuanto está sujeto a ciertas formalidades especiales de tal manera que sin ellas no produce efectos, como por ejemplo en materia probatoria dentro de un proceso judicial.

Frente a lo expuesto anteriormente es importante recordar que la consensualidad del contrato de seguros fue introducida al sistema legal colombiano a partir de la Ley 389 de 1997, que cambio la concepción de solemnidad que se venía manejando en el Código de Comercio. La solemnidad del contrato de seguros establecía que la póliza era el documento escrito por medio del cual se probaba el contrato y el medio mismo para perfeccionarlo, situación que cambió a partir del mes de julio de 1997, cuando el legislador estableció la libertad para probar la existencia del contrato ya sea mediante escrito o mediante confesión

1.2.2. Bilateral

Es el acuerdo de voluntades que da nacimiento a obligaciones para ambas partes. En ese orden de ideas las obligaciones en contrato de seguro son tanto para el asegurador, como para el tomador y ambas partes deben obrar de buena fe.²

1.2.3. Oneroso

Es aquél en el que existen beneficios y gravámenes recíprocos, en éste hay un “sacrificio” equivalente que realizan las partes. Para que el asegurador asuma los riesgos, es necesario pactar una prima, que no es otra cosa que la cantidad de dinero que se paga para que en caso de que ocurra el siniestro el asegurador responda, de suerte tal que si no se pacta una prima, faltaría un elemento esencial del contrato.³

² Ossa, José Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Tomo I, página 35.

³ Ossa, José Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Tomo I, página 38.

1.2.4. Aleatorio

Esta característica se la da el hecho de que no es susceptible saber si el siniestro va a ocurrir o no, o saber cuándo va a ocurrir, por ejemplo: se asegura un carro contra robo, es posible o no que el carro sea robado, por esto el seguro reviste el carácter de aleatorio.

1.2.5. Ejecución sucesiva

Por lo general el contrato de seguro es de ejecución sucesiva porque sus prestaciones son sucesivas, es decir, es aquel en que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado. En este contrato el asegurador se obliga a asumir el riesgo por un lapso predeterminado.

1.2.6. Ubérrima buena fe

Esto es, la buena fe llevada al extremo, es decir, que no se debe contratar con el ánimo de defraudar al extremo contractual, de manera tal que es una actuación bajo una ausencia total de dolo. Es más que claro en este contrato, más aún si se tiene en cuenta que existen unas obligaciones para cada una de las partes, que por las particularidades del negocio, demandan una total honestidad y lealtad para que el contrato no se vea afectado gravemente.

1.2.7. Indemnizatorio

Se le ha dado el carácter de indemnizatorio, pues lo que se busca con el contrato de seguro es que se le repare el daño al asegurado cuando el siniestro ocurra, hasta el monto del valor asegurado, que es a lo que está obligado el asegurador.

1.3. PARTES EN EL CONTRATO DE SEGURO

El Código de Comercio en su Artículo 1037 define las partes o extremos contractuales en el contrato de seguros:

“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.”*

1.3.1. El asegurador

Debe ser una empresa constituida como sociedad anónima vigilada y autorizada por la Superintendencia Financiera, quien es su ente vigilante, es decir, que mediante este órgano de control se ejerce una vigilancia permanente de la actividad aseguradora. Es la persona jurídica que asume los riesgos.

1.3.2. El tomador

Puede ser la persona natural o jurídica. En la mayoría de los casos la misma persona tiene las calidades de tomador y asegurado. Es la que obrando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos a la aseguradora.

1.3.3. El asegurado

En los seguros de daños, es la persona cuyo patrimonio puede resultar afectado directa o indirectamente, por la realización de un riesgo, la persona titular del interés asegurable. En los términos del Artículo 1083 del Código de Comercio, es el titular del interés asegurable. En los seguros de personas es asegurado aquel sobre cuya vida o integridad corporal se contrata el seguro.

1.3.4. El beneficiario

Es la persona que tiene derecho a recibir la prestación asegurada. Puede ser el mismo tomador o asegurado, o una persona diferente. El beneficiario se designa en la póliza y en ocasiones es fijado por la ley, como en el caso del Artículo 1142 del Código de Comercio, en el seguro de personas.

*“ARTÍCULO 1142. <DESIGNACIÓN DE BENEFICIARIOS>. Cuando no se designe beneficiario, o la designación se haga ineficaz o quede sin efecto por cualquier causa, tendrán la calidad de tales el cónyuge del asegurado, en la mitad del seguro, y los herederos de éste en la otra mitad.
Igual regla se aplicará en el evento de que se designe genéricamente como beneficiarios a los herederos del asegurado.”*

1.4. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGUROS

La razón fundamental por la cual abordar el tema de los elementos del contrato se hace necesario, se justifica en el hecho de que, para acceder a un seguro, ser el titular del mismo y eventualmente reclamar un perjuicio que técnicamente se

conoce como siniestro, deben confluír en la persona los elementos propios del contrato de seguro, así como otras condiciones que la doctrina, la ley y la jurisprudencia han definido como el mismo título de este aparte: "Elementos del contrato de seguros".

Son elementos del contrato de seguro, tal como lo define el Código de Comercio Colombiano en su Artículo 1045, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador.

1.4.1. El interés asegurable

El interés asegurable es definido como una relación económica, toda vez que el contrato ampara la posibilidad de un desmedro económico, razón por la cual no se puede confundir con el objeto asegurado.⁴

Para el tema que nos ocupa, en donde trataremos el tema del seguro de responsabilidad civil, seguro catalogado dentro de los seguros de daños, el interés asegurable lo tiene toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Por estas razones el interés debe ser lícito y susceptible de estimación en dinero.

El interés debe existir en todo momento, ya que su extinción lleva consigo la extinción del contrato de seguro, pero también la indemnización proporcional al tiempo corrido del riesgo, o la devolución de la prima devengada, o una reducción de la suma asegurada cuando se pague la indemnización.⁵

Como conclusión tenemos que no puede existir un contrato de seguro sin interés asegurable. En los seguros de responsabilidad civil, lo que se pretende es asegurar un posible perjuicio que se pueda causar, es decir, se aseguran perjuicios tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, incluidos ciertamente el daño emergente y el lucro cesante, con la anotación importante de que deben ser objeto de pacto expreso entre las partes, so pena de quedar excluidos de la cobertura otorgada por la póliza.

⁴ Ossa, José Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Tomo I, página 73 -74.

⁵ Ossa, José Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Tomo I, página 73 -74.

1.4.2. El riesgo asegurable

Es un acontecimiento que no se espera que ocurra, o que si puede ocurrir no se sabe cuándo, lo cual guarda relación con una de las características de contrato de seguro, esto es, su aleatoriedad. Es decir, el riesgo asegurable es aquel que está sujeto a un hecho incierto y que no depende del asegurador, del tomador, ni del beneficiario.⁶

El riesgo asegurable no depende de la voluntad de las partes, como consecuencia de su realización hace surgir una obligación condicional del asegurador. Son cuatro las características que debe tener este riesgo:

- ✓ Debe ser posible
- ✓ Ese hecho debe ser de realización incierta, es decir, que no se sabe cuándo ocurrirá.
- ✓ Debe ser un hecho fortuito, que suceda de un momento a otro.
- ✓ Que la ocurrencia de ese hecho ocasione un daño, que afecte el patrimonio del asegurado.

Los riesgos asegurables deben ser hacia futuro, pero es probable que se cubran riesgos pasados de los cuales no se tenga conocimiento. Frente a nuestro seguro de responsabilidad civil extracontractual, puede ocurrir cuando por disposición de las partes se pacta una cláusula de retroactividad, figura que puede ser tratada en otro escrito, pues la misma tiene grandes implicaciones frente al seguro y su reclamación.

1.4.3. La prima

La prima es definida como una obligación a cargo del tomador la cual puede ser pagada por éste o por el beneficiario. Es la característica de la onerosidad del contrato. La prima se justifica porque se está trasladando un riesgo del patrimonio del asegurado al asegurador, lo cual genera un costo, costo generado por la "administración del riesgo". El valor se fija de acuerdo a lo que fije la aseguradora o al riesgo que se va a cubrir, por lo cual se manejan unas variables técnicas, las cuales conforman el concepto total de la prima.

La prima debe pagarse a más tardar dentro del mes siguiente contado desde que se entregó la póliza, salvo pacto en contrario, el cual podría modificar el término.

⁶ Ossa, José Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Tomo I, página 93.

El pago se realizará en el domicilio del asegurador o en el de sus agentes autorizados.

En caso de generarse mora en el pago de la prima, se genera la terminación automática del contrato de seguro y da derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

No obstante lo planteado, existen excepciones a esta regla establecida en el Código de Comercio, toda vez que la mora en el caso de seguro de personas no genera la terminación automática y por el contrario se concede un mes de plazo de gracia para proceder con el pago respectivo. En otro de los campos pero en igual sentido, la Ley 80 de 1993 establece en su texto que el seguro no expira por falta de pago de la prima, tema que a pesar de merecer un estudio particular, tan solo se enuncia, por escapar al tópico de este trabajo.⁷

1.4.4. La obligación condicional del asegurador

Es un elemento esencial de contrato de seguro, surge cuando el siniestro ocurre, y éste a su vez es de conocimiento del asegurador cuando se da aviso dentro de los tres días siguientes a la fecha de su ocurrencia.

Este elemento impone una obligación al asegurado, la cual es demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro ocurrido al momento de la reclamación. El término para realizar la reclamación no está estipulado en la ley. No obstante la ley si establece el término en el cual la aseguradora debe definir el reclamo, tal como lo establece el Código de Comercio en su Artículo 1081, dejando el término en un mes.⁸

Como una vez acaecido el siniestro, surge la obligación para el asegurador, puede darse dos supuestos obligacionales con los cuales el extremo fuerte en la relación contractual cumple con la carga impuesta:

- ✓ Obligación condicional: La condición es pagar cuando ocurra el siniestro, lo que se genera con la reclamación.

⁷ López Blanco, Hernán Fabio, "El Contrato de Seguro", Tercera Edición, Bogotá, Dupre Editores 1999, página 79.

⁸ Ossa, José Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Tomo I, página 127 -128.

- ✓ Obligación alternativa: Pagar en dinero, reponer o reparar el objeto afectado, lo pactado en el contrato, en caso de no estipularse significa que es a elección del asegurador.

La obligación condicional del asegurador está determinada por el valor asegurable, es decir, lo que el asegurado dice que vale el bien; por el valor real del interés asegurable o por el valor de pérdida, el cual aparece cuando ocurre el siniestro.

1.5. PRINCIPIO INDEMNIZATORIO DEL CONTRATO DE SEGUROS

Como se ha venido diciendo hasta este punto y como se insistirá a lo largo del escrito, el contrato de seguro tiene por principio lograr la reparación de los perjuicios sufridos con ocasión de un siniestro, en últimas indemnizar a las víctimas. El principio indemnizatorio busca resarcir todo tipo de daño de orden patrimonial, es decir, comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante, solo que para la cobertura de este último debe haber un pacto expreso entre las partes.

El principio indemnizatorio encuentra sus límites en dos de los artículos del código de comercio; y es que la ley no quería dejar desamparado al extremo fuerte en la relación contractual, el asegurado, y regulo su responsabilidad en términos económicos.

“ARTÍCULO 1079. <RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA>. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.

“ARTÍCULO 1089. <LÍMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN>. Dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario.

Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él.”

Del análisis de lo artículos se desprende que la reparación del daño no irá más allá del daño realmente sufrido y hasta los límites pactados.

1.6. OBLIGACIONES DEL CONTRATO SE SEGUROS

Como en todos los contratos que contempla la legislación colombiana, en el contrato de seguros la ley y más exactamente el Código de Comercio tiene establecidas cargas u obligaciones para cada una de las partes (tomador, asegurado o beneficiario), en las diferentes etapas de ejecución del contrato (etapas contractuales o precontractuales). Aquí expondremos las principales obligaciones, que en ausencia de cumplimiento generan una grave alteración al contrato y trastocan su principio indemnizatorio.

1.6.1. Declarar sinceramente el estado del riesgo

Es una carga que corresponde al tomador y se da específicamente en la etapa precontractual del contrato; consiste fundamentalmente en que el tomador debe declarar los hechos o circunstancias que determinan el estado de riesgo, estipula el Código de Comercio en su Artículo 1058.

“ARTÍCULO 1058. <DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO Y SANCIONES POR INEXACTITUD O RETICENCIA>. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro (...).”

Se torna importante tal disposición pues, la declaración del riesgo ayuda a los extremos contractuales a manifestar su voluntad de contratar o abstenerse de ella, en relación con la magnitud del riesgo que se esté trasladando. La legislación es diáfana en señalar que al no haber claridad frente al riesgo trasladado, se genera un vicio en la voluntad del asegurador, que trae consigo una consecuencia irremediable como lo es la nulidad del contrato de seguros. En los términos del profesor Efrén Ossa “Es una declaración de conocimiento y no de voluntad. Es tan solo la exposición de datos, elementos, hechos o circunstancias que enmarcan determinado riesgo y que, técnicamente analizados y evaluados por el asegurador, le permiten expresar su voluntad de asumirlo y señalar las condiciones del seguro. Esta es la oferta strictu sensu que, aceptada por el tomador. Abre el cauce al perfeccionamiento del contrato”⁹

⁹ Ossa, José Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Tomo I, página 328.

1.6.2. Pago de la prima

Esta obligación está vigente durante el desarrollo del contrato, y está consagrada en el Artículo 1066 de Código de Comercio.

“ARTÍCULO 1066. <PAGO DE LA PRIMA>. 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.”

Durante la vigencia del contrato de seguro el tomador está obligado a realizar el pago de la prima, so pena de que se dé por terminado automáticamente el contrato de seguro (Artículo 1068 Código de Comercio) por el no pago de este rubro, salvo disposición legal en contrario (como lo contempla la ley 80 de 1993) o por pacto entre las partes donde se extienda el plazo para el pago de la prima.

1.6.3. Mantener el estado del riesgo

Esta obligación está contenida en el Artículo 1060 del Código de Comercio, donde se establece que:

“ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella.”

El deber de información que se desprende de este artículo implica un buen comportamiento y una lealtad extrema por parte del tomador del seguro, en extensión a una de las características del contrato de seguros, que es la buena fe.

Este deber de conducta propende por el equilibrio del contrato de las partes y la buena relación que debe primar entre los extremos contractuales. La importancia de esta figura radica en la valoración económica del riesgo que debe hacer el asegurador y se insiste que con esto se protege el equilibrio del contrato por la íntima relación entre la información a la que están expuestos tomador y asegurado.

Se aclara que el hecho de no dar una información exacta u ocultar información al asegurado que trastoque el equilibrio contractual, genera la terminación del contrato de seguro.

1.6.4. Cumplir con las garantías

De acuerdo con el profesor Efrén Ossa, la garantía supone una declaración del tomador (afirmativa o negativa) que, consignada en la proposición del seguro o incorporada en el clausulado de la póliza, debe entenderse determinante del consentimiento del asegurador. O una obligación o carga que contraen el tomador o el asegurado en virtud del contrato.¹⁰

Es decir que, las garantías se constituyen en una promesa donde el asegurado en virtud del contrato se obliga a hacer o no hacer, que de fallar en la ejecución del contrato, da al traste con el principio indemnizatorio perseguido.

1.6.5. Evitar la extensión y propagación del siniestro

Es una obligación que corresponde a la etapa del contrato, y que deriva cargas para las partes con ocasión del acaecimiento del siniestro. Esta carga es impuesta al tomador y es él, el único llamado a cumplirla. No obstante el cumplimiento de esta carga varía según el tipo de seguro que tengamos en frente, es decir, frente al sistema de contratación, ya que puede suceder que un tercero sea el llamado a cumplir con la carga de evitar la extensión y propagación del riesgo, pero se

¹⁰ Ossa, José Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Tomo I, página 358.

insiste que en principio corresponderá al tomador propender por todas aquellas acciones que eviten que la ocurrencia del siniestro, genere consecuencias mucho mayores a las ya inicialmente causadas con el acontecimiento.

1.6.6. Dar aviso del siniestro

Con el fin de que opere el principio indemnizatorio, ninguna de las cargas se justifica tanto como la carga de dar aviso del siniestro; y la razón es lógica, pues sucede con frecuencia que se pretende un resarcimiento de perjuicios por parte de la aseguradora, cuando esta ni siquiera tiene el conocimiento de un hecho que involucre un seguro; y es que la ley es mucho más exigente frente a la carga e impone diligencia y celeridad a la persona que se crea con el suficiente derecho de realizar la reclamación, estableciendo un término de tres (3) días para dar aviso al asegurador y que el reclamo en un principio sea evaluado.

Para los efectos legales lo que importa es que se dé aviso al asegurador, el término finalmente puede ampliarse, pero jamás reducirse en perjuicio del asegurado beneficiario, el aviso da origen a la obligación principal “el riesgo asegurado”¹¹

1.6.7. Acreditar ocurrencia y cuantía

Regulado por el código de comercio, impone al asegurado demostrar pérdida y cuantía, es decir, la ocurrencia del hecho mismo, y frente a la cuantía debe demostrar la magnitud del daño y las consecuencias económicas que trajo consigo el acaecimiento del hecho, la expresión del daño en términos monetarios y el efectivo detrimento sufrido por la víctima del siniestro.

1.6.8. Entregar la póliza

Esta obligación para el asegurador la establece el artículo 1046 del Código de Comercio y no merece mayores comentarios a lo allí anotado

“ARTÍCULO 1046. <PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO - PÓLIZA>. *El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.*

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el

¹¹ Ossa, José Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Tomo I, página 416

documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

PARÁGRAFO. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario, duplicados o copias de la póliza.”

No solo el código de comercio establece dicha obligación; la Ley 1480 de 2011 denominada "El nuevo estatuto del consumidor" en su Artículo 39 dispone que tratándose de contratos de adhesión, el productor o proveedor está obligado a la entrega de constancia escrita y términos de operación al consumidor a más tardar dentro de los 3 días siguientes a la solicitud. Nuestro sentir es que dicha norma no es aplicable al contrato de seguro, no solo porque el contrato de seguro no es siempre de adhesión, sino más importante aún, por cuanto existe una norma especial en el Artículo 1046 del Código de Comercio, al tenor de la cual el asegurador tiene la obligación de entregar la póliza de seguro al tomador, sin que medie solicitud para ello, dentro de los 15 días siguientes a su celebración¹².

1.6.9. Pagar la indemnización

Es una obligación que se desprende de la ocurrencia del siniestro y del cumplimiento de todas las cargas precontractuales y contractuales, para las partes dentro del contrato. Ahora bien, algo tan simple como el pago de la indemnización está regulado por el Código de Comercio, el cual impone unas condiciones específicas para el resarcimiento del perjuicio sufrido. Así mismo se deja en claro que el asegurador no está obligado a una suma indeterminada, pues el contrato de seguro tiene unos valores límites que determinan la extensión en términos monetarios de la obligación para el asegurador, quien no compromete el patrimonio en su totalidad, salvo que lo cobrado aparte de la ocurrencia del siniestro se derive de los gastos en que debió incurrir el asegurado para impedir la extensión y propagación del mismo.

¹² Ver "El nuevo Estatuto del Consumidor en Colombia su Incidencia En el Contrato de Seguro", Juan Manuel Díaz – Granados Ortiz, Revisa Iberolatinoamericana de Seguros, Vol. 21 No.36, pag. 59.

1.7. LA PRESCRIPCIÓN

Recordemos que la prescripción se adquiere, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales. También se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean.¹³

Es sin duda una de las figuras más importantes del derecho colombiano y frente al derecho de seguros adquiere especial relevancia, pues marca un punto de inflexión entre la exigibilidad por parte del asegurado de una indemnización a su favor con ocasión de la ocurrencia de un siniestro y la posibilidad del asegurador de objetar de manera seria y fundada la petición realizada y no acometer el pago de la obligación por el acaecimiento de una hecho claro como la prescripción.

Ahora bien dentro de las pólizas que operan bajo la modalidad Claims Made, resulta importante que tipo de prescripción opera; y es que el Código de Comercio Colombiano en su régimen de contratos contempla unos términos muy disimiles al resto de la legislación, es decir, su trato es diferencial y en ocasiones confuso en cuanto al momento en que dicho fenómeno jurídico opera respecto de cada una de las partes en el contrato de seguros.

El Código de Comercio en su artículo 1081 establece:

“ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>. *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”

La jurisprudencia ha tomado muy en serio la tarea de aclarar los conceptos y dejar diferenciados los lineamientos y condiciones bajo las cuales opera la figura, dependiendo la parte que esté realizando la reclamación, pues recordemos que las pólizas de seguros y en especial las pólizas de responsabilidad civil extracontractual, no cubren únicamente el patrimonio del asegurado, sino que también tienen una función resarcitoria frente a los daños sufridos por los terceros, a quienes ciertamente también los afecta el fenómeno jurídico denominado prescripción.

¹³ Código de Civil Colombiano. Artículo 1930.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la prescripción ordinaria está vinculada a un factor objetivo, al disponer que los 2 años corren desde el momento en que el interesado haya tenido o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción, al paso que ató al factor objetivo la prescripción, en tanto se establece que el término de 5 años previsto para ella comienza a partir del momento en que nace el respectivo derecho.¹⁴

Corolario de lo anterior, se entiende que la prescripción ordinaria correrá desde que se haya producido el acontecimiento real o presunto del hecho que da base a la acción (el siniestro, el impago de la prima, el incumplimiento de la garantía, etc.), al paso que la extraordinaria, justamente por ser objetiva, correrá sin consideración alguna al precitado conocimiento.¹⁵

Para ser exactos y no incurrir en imprecisiones o errores en el cómputo de los términos de prescripción, se hace necesario tener en cuenta la diversidad de acciones que surgen del contrato de seguro, y por supuesto que afectan la reclamación cuando estamos frente a una póliza que opera bajo la modalidad Claims Made.

El artículo 1081 no está diseñado ni se agota exclusivamente frente a la acción indemnizatoria o a la encaminada a exigir la prestación asegurada en manos del beneficiario del seguro, cuestión que obliga en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada, pues esta ha de determinar cual **“es el hecho que da base a la acción”** (tratándose de la prescripción ordinaria) y en qué momento **“nace el respectivo derecho”** (cuando se invoque la prescripción extraordinaria); desde luego que esas acciones no siempre tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento, pues este varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador, asegurado, beneficiario o asegurador), y tampoco tienen su fuente en el contrato mismo de seguro, sino algunas veces en la ley.

Lo anterior, es claro, sin perjuicio del régimen prescriptivo establecido en el artículo 1131 del Código de Comercio para el seguro de responsabilidad civil, en el que la prescripción corre frente al asegurado a partir del momento de la petición indemnizatoria (judicial o extrajudicial), que efectúe la víctima, y, respecto de esta, desde “el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado”, según lo establecido por el legislador desde el año 1990.¹⁶

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia mayo 3 de 2000, Expediente 5360. Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas.

¹⁵ *Ibídem*.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia mayo 3 de 2000, Expediente 5360. Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas.

Como conclusión la prescripción ordinario corre contra todas la personas “capaces” a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación a los incapaces, y no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer aquel hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas, capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, siempre y cuando al menos teóricamente no se haya consumado antes la prescripción ordinaria.¹⁷

1.7.1. La prescripción ordinaria y extraordinaria

El profesor Efrén Ossa anota que cada uno de los términos de prescripción de las acciones a que da origen el seguro, el de dos años (la ordinaria), el de cinco años (la extraordinaria), corre por su lado y con arreglo a sus presupuestos. En curso de esta que siempre empieza primero (o, al menos al mismo tiempo de aquella), insurge o puede surgir la bienal paralelamente. Y la que primero se agote está llamada a producir el efecto extintivo de la obligación o del derecho correlativo.¹⁸

La doctrina ha sido mucho más clara en enfatizar que no es que frente a las prescripciones el respectivo interesado pueda acogerse, según su conveniencia, a la ordinaria o a la extraordinaria. El código las regula sobre bases tales, que esa posibilidad alternativa no es procedente. Cosa completamente distinta es que dentro del plazo de los cinco años pueda operar el término de los dos años.¹⁹

El Doctor Hernán Fabio López en su texto ejemplifica de manera muy clara la situación de la siguiente manera:

“Ocurre un incendio el 1 de enero de 1975; el término máximo de prescripción extraordinaria será hasta el 1 de enero de 1980. Si el asegurado o beneficiario conocieron la ocurrencia del siniestro dos años después de sucedido (en marzo de 1977) no existía base alguna que permitiera afirmar que debieron conocerlo antes, a partir de 1977 es cuando empezaría a correr el término de la prescripción ordinaria; aquí el plazo para demandar vencerá en marzo de 1979. Si llegaron a conocer la existencia del siniestro solo el junio de 1979, quiere decir que únicamente les restaba un plazo de seis meses para presentar la demanda, habida cuenta de que el límite máximo para de la prescripción extraordinaria era hasta el 1 de enero de 1980, ya que luego de esa fecha ha tenido efecto dicha prescripción.”

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Ossa, José Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Tomo I, página 443.

¹⁹ López Blanco, Hernán Fabio, “El Contrato de Seguro”, Tercera Edición, Bogotá, Dupre Editores 1999, página 158.

Sin duda y de todo lo dicho hasta el momento de la prescripción, resulta importante tener los conceptos, ya que de ello dependerá el éxito o no de una reclamación y de un eventual proceso, máxime si lo que pretende este escrito es ser un manual que permita reclamar un derecho del cual se crea acreedor con ocasión de la ocurrencia de un siniestro y que puede verse afectado por el fenómeno que acabamos de estudiar.

1.7.2. La prescripción en responsabilidad civil

Como referencia se debe recordar que por fuera de la órbita del derecho de seguros, en materia de responsabilidad civil extracontractual se encuentra regulada de manera general la figura de la prescripción. Es así como si la fuente de la responsabilidad civil extracontractual cuando se persigue la indemnización de los perjuicios es consecuencia de una conducta prohibida o sea un delito, el término de la prescripción de la responsabilidad civil extracontractual es el determinado por el Código Penal para la prescripción de la pena derivada del Delito. Cuando es consecuencia de una culpa civil el término es de tres años para iniciar la responsabilidad extracontractual contra el indirectamente obligado y diez años contra el directamente obligado.

1.7.3. La prescripción en el nuevo Código General del Proceso

Con ocasión de la Ley 1564 de 2012, se reguló de manera estricta los eventos en los cuales se interrumpe la prescripción, así como eventos en los cuales esa interrupción es ineficaz dentro del proceso por darse ciertos presupuestos procesales que el antiguo Código de Procedimiento Civil no contemplaba.

Especial atención merece la modificación que se hizo frente a la carga para interrumpir la prescripción del Artículo 94 de la Ley 1564 de 2012 que establece:

“Artículo 94. Interrupción de la prescripción, inoperancia de la caducidad y constitución en mora. La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado.

La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo

exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación.

La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido. Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario.

Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos

El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”

Norma esta que entró a regir a partir del primero (1) de octubre de 2012, y cuyo inciso final llama poderosamente la atención, pues la adición normativa allí hecha, permitiría afirmar que un simple escrito enviado directamente por el tomador al asegurador, sería suficiente para interrumpir el término de prescripción que corre en su contra, como si de una interrupción civil más se tratara, lo cual, si bien atiende a hacer más laxos los requisitos para que se dé la interrupción civil de la prescripción, merece discusión, pues sería avalar una interrupción extraprocesal de un término extintivo de acciones, sin que la aseguradora intervenga en modo alguno, con las puntuales y desventajosas consecuencias al derecho de defensa que eso conlleva.

CAPITULO II

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Con un panorama mucho más claro de las generalidades del contrato de seguros y teniendo en cuenta que dentro del gran universo del sector asegurador, se ofrecen coberturas para diferentes campos, que desemboca necesariamente en la explotación de los diferentes ramos que hoy por hoy el mercado ofrece; para el tema que nos ocupa nos referiremos al seguro de responsabilidad civil el cual merece un aparte especial dentro de nuestra legislación y más exactamente dentro nuestro código de comercio, lo que nos permitirá apreciar su noción y características particulares y en si su finalidad última, pues debemos recordar que el seguro lo que persigue es la reparación de un perjuicio causado a un tercero con ocasión de un siniestro.

2.1. CONCEPTO

Siendo muchas las definiciones que se abordan en la doctrina, se remitirá el concepto al establecido en el Código de Comercio el cual en su Artículo 1127 define al seguro de responsabilidad como se lee a continuación:

“El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado”

La doctrina ha considerado que se trata de un seguro a favor de terceros, el cual cumple una función preventiva y reparadora que evita la lesión patrimonial del asegurado causante del hecho dañoso y protege a los damnificados. Esta idea se plasmó en lo que hoy es conocida en la legislación colombiana como la Ley 45 de 1990, que permitió una evolución importante en el concepto al lograr la conversión del damnificado en el beneficiario de la indemnización que tenga como fuente un seguro de responsabilidad civil, con ocasión de determinada responsabilidad en que incurra el asegurado, y por la otra, la consagración legal de que dicho seguro es un contrato en favor de terceros y que, en tal virtud, los damnificados tienen acción directa contra el asegurador.²⁰

²⁰ Cámara de Representantes, ponencia para el primer debate del proyecto para la ley 45 de 1990

2.2. EL INTERES ASEGURABLE

Dentro del seguro de responsabilidad civil, el cual está catalogado como un seguro de daños, de acuerdo con la legislación y de acuerdo a lo reafirmado por la doctrina y la jurisprudencia, tendrá interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente por la realización de un riesgo.

Con el fin de recordar, se considera que el interés asegurable es la relación económica amenazada razón por la cual adquiere relevancia el hecho de considerar que la víctima del hecho tiene al igual que el tomador del seguro el interés asegurable, y no es dable considerar que solo éste último es quien intenta proteger su patrimonio constituyendo una póliza de responsabilidad civil y de esta forma proteger su patrimonio de un posible menoscabo por la realización de un riesgo

En el seguro de responsabilidad civil se evidencia una doble función en tanto existe un interés por vía activa, por la necesidad de prevenir su disminución, y un interés por vía pasiva, con el fin de evitar el incremento eventual del patrimonio, lo cual involucra tanto al causante del daño, como a la víctima, legitimando a esta última para convertirse en parte dentro de la reclamación.²¹

2.3. UN SEGURO EN FAVOR DE TERCEROS

El Art. 1133 del Código de Comercio señala que el seguro de responsabilidad civil se constituye como un seguro no solo en favor del asegurado, sino que también se constituye en un seguro en favor de terceros, en el entendido que la víctima tiene acción directa contra la aseguradora en los siguientes términos:

“En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”.

La anterior prerrogativa toma gran relevancia, si se tiene en cuenta que la misma víctima al acudir ante la aseguradora de manera directa puede ver garantizado su derecho a la reparación, lo que garantizaría el postulado que rige la responsabilidad civil, bajo el entendido que todo daño debe ser reparado. Sin

²¹ OSSA, Efrén. Teoría General del Seguro – El contrato. Editorial Temis 1984

embargo el hecho de reconocer esta prerrogativa implica para el afectado una serie de derechos e impone cargas que debe demostrar a efectos de convertirse en beneficiario del seguro, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia en uno de sus más importantes fallos.

Mediante sentencia del año 2005 se señaló que al ser la víctima un beneficiario de la función asignada al seguro de responsabilidad civil y por lo tanto convirtiéndose en titular de un derecho surgido de la realización de un riesgo, es decir, radicándose en la víctima el crédito de indemnización que pesa sobre el asegurador, puede por tanto reclamarle de manera directa la reparación del daño sufrido como consecuencia del actuar del asegurado, pero sin dejar de lado ciertas cargas o presupuestos que el beneficiario del seguro debe cumplir para poder ejercer la prerrogativa otorgada por mandato legal, en los términos del Art. 87 de la Ley 45 de 1990 a saber:

- a) La existencia de un contrato en el cual se ampare la responsabilidad civil del asegurado, porque solo en cuanto dicha responsabilidad sea objeto de la cobertura brindada, estará obligado el asegurador a abonar a la víctima, en su condición de beneficiaria del seguro contratado, la prestación prometida.
- b) La responsabilidad del asegurado frente a la víctima, y la magnitud del daño a ella irrogada, pues el surgimiento de una deuda de responsabilidad a cargo de aquel, es lo que determina el siniestro, en esta clase de seguro.

Corolario de lo anterior se afirma que el beneficiario del seguro, en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización de asegurador, suministrando necesariamente, además de la prueba de los hechos que determinan la responsabilidad del asegurado, la de que tal responsabilidad se enmarca en la cobertura brindada por el contrato de seguro.²²

2.4. CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO E INICIO DE LA PRESCRIPCIÓN

No obstante existir un régimen de prescripción general para el contrato de seguros consagrado en el Art. 1081 del Código de Comercio, este tema frente al seguro de responsabilidad civil que tiene unas implicaciones y unas particularidades que ya fueron esbozadas en líneas anteriores, sobre todo en lo que toca con el derecho

²² CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia febrero de 2005, Expediente 7614. Magistrado Ponente. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

de la víctima a reclamar la indemnización de perjuicios, el artículo 1131 del mismo estatuto consagra:

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

De igual manera la jurisprudencia ha sentado su posición frente a este tema, señalando que para el seguro de responsabilidad civil, la prescripción que opera es la extraordinaria, ya que el legislador al sujetar la prescripción de la acción de la víctima contra el asegurador a la ocurrencia del hecho causante del daño y no al enteramiento por parte de aquella del acaecimiento del mismo, da aplicación a este término en la figura mencionada.

Es impensable que la prescripción ordinaria también tenga cabida, ya que la disposición de la norma en comento, esta es, el Art. 1131 que de forma expresa consagró que es desde la fecha en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado que correrá la prescripción respecto de la víctima, resulta evidente que eliminó toda factor subjetivo del que pudiera partirse para la configuración de esta otra forma de prescripción extintiva y que por lo tanto ante tal explicitud, el único término operante es el de la prescripción extraordinaria, la cual corre frente a toda clase de personas y cuyo término es de 5 años, que se contarán, según el caso, desde la ocurrencia misma del siniestro, es decir, la fecha en que ocurrió el hecho generador de un daño imputable al asegurado.²³

El hecho de realizar una diferenciación en el término de prescripción aplicable a una u otra parte de la relación al momento de ocurrir el siniestro y ante la anuencia por vía legal que existe, sobre considerar que la víctima tiene acción directa, ha generado duras críticas e inconformidades para los asegurados y más aún cuando estamos frente al seguro de responsabilidad civil en modalidad Claims Made. Este punto será desarrollado en el siguiente capítulo, pero desde ya se advierte uno de los posibles conflictos con los que se enfrenta la figura, pues como se verá, las cláusulas Claims Made implican un fuerte delimitación de la responsabilidad y de la cobertura que inciden directamente en la institución de la prescripción tanto para el asegurado, como para la víctima del hecho.

²³ CSJ, Sala de Casación Civil, Sentencia junio 29 de 2007, Expediente 1998-04690-01. Magistrado Ponente. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

CAPITULO III

ASPECTOS TÉCNICOS Y PROCESALES DE LA RECLAMACIÓN

En el contrato de seguro, una vez causado el siniestro, hay dos grandes etapas para hacer efectiva la póliza, la reclamación directa a la aseguradora, y la vía coactiva, consistente en el trámite judicial para hacer efectivo el pago no obtenido por la vía directa, así pues, podemos decir que la directa es absolutamente necesaria para el fin perseguido, mientras la judicial, en sus distintas modalidades, se erige como el paso a seguir para el caso del no pago del valor asegurado por parte de la aseguradora.

3.1. RECLAMACIÓN DIRECTA

Nos ocuparemos primero de la reclamación directa a la aseguradora, la cual comienza con la ocurrencia del siniestro, o cuando se exterioriza un daño que había estado latente, momento desde el cual, desde ya se anticipa que ha de tenerse en cuenta el inicio del conteo del término prescriptivo, tema sobre el que nos ocuparemos más adelante, por tener ciertas particularidades en el sistema *Claims Made*.

Ahora bien, la reclamación por el asegurado, independiente del tipo de seguro de que se trate, requiere que se verifique cuando menos la ocurrencia y la cuantía del siniestro, conforme establece el artículo 1077 del Código de Comercio, que impone esta carga probatoria al asegurado, así como la carga al asegurador de demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de responsabilidad.

3.2. LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO

Es entendido como “*la realización del riesgo asegurado*”, tal como lo dispone el artículo 1072 del Código de Comercio, y su realización se puede dar de forma total o parcial, pero siempre debe estar cubierto por un seguro que lo ampare. Lo anterior implica que el riesgo debe estar contemplado en un seguro vigente, o en otras palabras, que el siniestro haya ocurrido durante la vigencia del contrato de seguro, ya que de no ser así nos encontraremos frente a una obligación que no le es exigible a la aseguradora.

Esta regla general implicaba que sistemas de ocurrencia tradicionales, manejaban de por sí el manejo de coberturas retroactivas en el tiempo, pues la aseguradora quedaba obligada a acudir al pago del siniestro, cuando se verificaba que se había presentado durante la vigencia del seguro con ella contratado en ese momento, lo que implicaba que el asegurador quedaba expuesto a cubrir daños que se verifican hasta varios años después de terminado el periodo de vigencia del contrato.

Debe tenerse en cuenta aquí que un daño no siempre se presenta con carácter simultáneo, es decir cuando la causa, el hecho y el daño, se verifican casi instantáneamente, pues también hay ocasiones en que se presenta de forma tardía o con un periodo de latencia, como en los ejemplos que comúnmente se usan en la academia de los “asbestosis taledomina” o “el dispositivo dalkon shield”.

En este tipo de daños, la dificultad radica en establecer la afectación al contrato de seguro que los cubrirá, pues el responsable ha podido tener varias pólizas, y el daño se generó o devino de una exposición prolongada de muchos años atrás y vino a manifestarse después de mucho tiempo.

También está el caso de cuando la víctima espera hasta último momento para demandar al asegurado, al amparo de una acción de responsabilidad civil, que se sabe cuenta actualmente con término de prescripción de 10 años a partir de la ocurrencia del siniestro (Ley 791 de 2002), muy superior al periodo especial de dos años con que cuenta el asegurado para reclamar a su asegurador la indemnización, al amparo de la póliza.

En estos específicos eventos, el asegurador quedaba abocado a acudir a un eventual pago del siniestro, aun cuando la póliza ya no estaba vigente, o había transcurrido el término de prescripción de la acción del asegurado al amparo de la póliza, lo que implica inconvenientes en la estructura financiera y actuarial del seguro de responsabilidad civil y deja muchas dudas sobre cómo financiar el sistema tradicional de ocurrencia del siniestro.

Pues bien, esta problemática dio pie al nacimiento del sistema *claims made*, que limita la cobertura a aquellos eventos en que la reclamación es formulada durante la vigencia de la póliza, sirviendo de herramienta para una mejor regulación de estos eventos, y en últimas, evitando que las aseguradoras queden obligadas al pago de indemnizaciones de manera casi indefinida en el tiempo. Doctrinariamente se ha considerado que

“En las cláusulas claims made el siniestro lo constituye la reclamación del afectado, lo cual por regla general habrá de surtirse durante el periodo de vigencia del contrato. Tal reclamación podrá ser judicial o extrajudicial.

Este tipo de cláusulas es extremadamente restrictivo para el asegurado, pues durante la vigencia de la póliza debe ocurrir el hecho generador de la responsabilidad, así como presentarse la reclamación relativa a tal hecho...

...Por tal razón y para moderar la restricción descrita, es usual que las cláusulas claims made se acompañen con estipulaciones adicionales en dos sentidos: el primero referido a ampliar la protección y considerar cubiertas las reclamaciones presentadas en la vigencia correspondientes a hechos sucedidos anteriormente durante el periodo denominado de retroactividad; el segundo, a fin de cubrir periodo ‘post contractum’ en cuanto a la protección de las reclamaciones surgidas, cuando la vigencia ha expirado, con relación a hechos ocurridos en la misma”²⁴

Por lo cual la limitación en el tiempo para la ocurrencia del siniestro al amparo de las cláusulas *Claims Made*, constituida por la presentación de la reclamación por el afectado, queda limitada en el tiempo a la vigencia de la póliza, con posibilidad de pactar ciertos periodos anteriores y posteriores a tal lapso, para que se pueda presentar la reclamación.

3.3. FORMULACIÓN DEL AVISO

Este paso se verifica con la comunicación o el aviso que el asegurado da a la aseguradora sobre la ocurrencia del siniestro, lo cual debe hacerse dentro de los tres días siguientes a la fecha cuando conoció o debió conocer la ocurrencia del mismo, tal como dispone el artículo 1075 del Código de Comercio, que indica:

“El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes.

El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro”.

Como puede leerse, este término de tres días puede ser ampliado de común acuerdo por las partes, más no disminuido, lo cual evidentemente favorece al asegurado, quien ante la ocurrencia del siniestro, siempre contará con un periodo

²⁴ Díaz – Granados Ortiz Juan Manuel, El Seguro de Responsabilidad, 2ª edición, Editorial Universidad del Rosario, 2012, pág. 161.

mínimo establecido por la Ley, y en caso de tener poder de negociación, podrá acordar un término mayor con la aseguradora.

En cuanto al aviso, la norma no prevé ningún tipo de formalidad, más allá de que se remita a la aseguradora dentro del término legal, poniendo en conocimiento la ocurrencia del siniestro, la cantidad asegurada, y la identificación de la póliza. Estos últimos dos requisitos, aunque no son siempre necesarios, es muy recomendable incluirlos en el aviso en caso de seguros coexistentes.

La función del reducido término para dar el aviso no es solo poner en conocimiento de la aseguradora la ocurrencia del siniestro, sino que su razón de fondo atiende a que ésta, eventualmente pueda optar por desplegar acciones tendientes a mitigar o incluso evitar perjuicios derivados del mismo.

Esto queda evidenciado en el inciso segundo de la norma en comento, pues allí se establecen eventos en que la aseguradora interviene en operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro, no solamente como una especie de enteramiento por conducta concluyente de ocurrencia del mismo, como se verá a continuación, sino ciertamente contemplando eventos en que la aseguradora ha actuado para mitigar o evitar un daño mayor, en búsqueda de una indemnización por un menor perjuicio.

Ahora bien, cuando se presentan daños de forma tardía o con periodo latente, que se busca sean regulados por las cláusulas *Claims Made*, la función de fondo del periodo para dar el aviso no luce tan útil, pues se trata de siniestros que quedaron destinados a generarse desde mucho tiempo atrás (como defectos en la fabricación o naturaleza de un producto), o se deben a una exposición prolongada a algún factor dañino (como consumo sucesivo de un medicamento defectuoso), y vienen a aflorar o quedar en evidencia mucho tiempo después, como producto de estas circunstancias, cuando la labor para mitigar o evitar los perjuicios por parte de la aseguradora, es mínima.

Finalmente, no está de más aclarar que cuando la misma aseguradora intervino dentro del plazo en operaciones de salvamento o comprobación del siniestro, no hay necesidad de dar el aviso, pues ciertamente supo de la ocurrencia del mismo dentro del término legal, no pudiendo excusarse en el no envío del aviso para negarse a hacer efectiva la póliza, pues sin necesidad de la formalidad, se cumplió cabalmente con la finalidad de dar a conocer la ocurrencia del siniestro, dentro de los parámetros exigidos por la norma.

3.4. ENTREGA AL ASEGURADOR DE LA RECLAMACIÓN

Este requisito requiere algo más de cuidado, pues es la solicitud formal al asegurador por parte del legitimado para hacerlo, es decir asegurado, beneficiario, o sus causahabientes, para que se pague el valor asegurado.

Esta reclamación debe estar acompañada de las pruebas que den fe de la ocurrencia del siniestro y del monto asegurado, si es el caso, tal como dispone el artículo 1077 del Código de Comercio.

“Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso.

El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad”.

A partir de este momento el asegurador deja de tener un papel puramente pasivo frente a la reclamación y puede proponer y demostrar fundadamente hechos y circunstancias excluyentes de su responsabilidad, que conduzcan bien sea al no pago del valor asegurado, o a un pago parcial.

En este punto, la norma guarda silencio sobre qué tipo de pruebas se pueden anexar, empero, no excluye que las partes del contrato hayan acordado ciertos parámetros en la póliza y que en ese específico caso deberán ser cumplidos, pero ante el silencio de las partes, habrá libertad probatoria.

En cuanto a las formalidades de las pruebas, dispone el artículo 1080 del Código de Comercio que

“El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

El contrato de reaseguro no varía el contrato de seguro celebrado entre tomador y asegurador, y la oportunidad en el pago de éste, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro”.

Dejando patente que las pruebas pueden ser judiciales o extrajudiciales, y que en esta temprana etapa no pueden ser controvertidas, pues para ello será necesario objetar la reclamación e ir a un proceso.

Resulta importante anotar que la reclamación se entenderá debidamente formulada cuando de las pruebas allegadas pueda extractarse la ocurrencia del siniestro, ya que de otra forma, estaremos ante un aviso que no se entenderá como reclamación mientras las pruebas no sean suficientes para acreditar la ocurrencia cierta del mismo, punto importante a tener en cuenta, pues a partir de ese momento comienza a correr el término para que la aseguradora pague total, o parcialmente el valor asegurado, objete, no pague, o simplemente guarde silencio.

Así pues, a partir del momento en que se eleva la reclamación, la aseguradora cuenta con un plazo de 30 días para pagar, si es el caso, u objetar, e incluso se dispone que ocurre si hay silencio.

Aquí es más claro el numeral 3º del artículo 1053 del Código de Comercio, donde se establece que

“La póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, por sí sola, en los siguientes casos:

(...)

3) Transcurrido un mes contado a partir del día en el cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada de manera seria y fundada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”.

Entonces, en caso de no hacerse el pago por parte de la aseguradora o de no presentarse una objeción seria y fundada dentro del término de treinta días siguientes a la reclamación (deben entenderse como días calendario), automáticamente la póliza prestará mérito ejecutivo contra el asegurador, sin más pruebas que ella misma, lo cual no excluye de acreditar la reclamación directa y demandarse luego del fenecimiento del antedicho término sin que se verificara el pago. A partir de este momento se generarán intereses de mora a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera, en la medida en que fluctúe, sobre el valor asegurado, o el que el respectivo proceso arroje finalmente como el monto a pagar.

Como requisito particular y formal de la demanda tenemos que se requiere indicar expresamente si la reclamación no fue objetada por la aseguradora, pero consideramos que también es conveniente indicar cuando si fue objetada, ya que aunque podría pensarse que el silencio sobre el punto puede dar a entender que fue objetada, lo cierto es que la falta de inclusión de la circunstancia pudo atender a un simple olvido, pudiendo inadmitirse la demanda para que se aclare el punto. Esta circunstancia reviste una importancia particular, pues de ello puede llegar a

depender la vía procesal a seguir, punto sobre el cual se hará hincapié más adelante.

Por otra parte, de conformidad con lo contemplado en el artículo 1053 del Código de Comercio, antes de la entrada en vigencia del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), que entrará a regir a partir del 1º de enero de 2014, conforme sus artículos 626 literal C (corregido por art. 17 del Decreto 1736 de 2012) y el numeral 6º del artículo 627, aunque dicha norma mercantil no lo contempla, si la aseguradora guarda silencio en el término antes citado, deberá entenderse que también se constituye en una situación que hará prestar mérito ejecutivo a la póliza, pues en todo caso no hubo pago del valor asegurado.

Ahora bien, a partir del 1º de enero de 2014, por virtud de la Ley 1564 de 2012, quedan derogadas las expresiones del numeral 3º del artículo 1053 del Código de Comercio “según las condiciones de la correspondiente póliza” y “de manera seria y fundada”, por lo cual dicho aparte normativo quedará así

“3. Transcurrido un mes a partir del cual el asegurado o el beneficiario o quien los represente, entregue al asegurador la reclamación aparejada de los comprobantes que sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077, sin que dicha reclamación sea objetada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”.

Eliminando la necesidad de anexar documentos particulares, pactados en la póliza, para que la reclamación sea válida, y la necesidad de la complicada valoración de si una objeción fue seria y fundada, como elemento para determinar el trámite de la demanda judicial, punto que se tratará líneas más adelante.

Es pertinente volver sobre el tema de la objeción, ya que se constituye en elemento importante que puede disuadir de entrada al asegurado para insistir en el cobro del valor acordado en la póliza, o de considerarlo no serio e infundado, conducirá a la reclamación judicial de su parte.

3.5. LA OBJECCIÓN

Se entiende por esta al “reparo o inconformidad que le hace la aseguradora a la reclamación formulada por el asegurado o beneficiario y que determina se abstenga de cancelar el valor del seguro. No está limitada a una determinada circunstancia, sino que puede constituirla cualquiera que impida darle exigibilidad a la obligación de pagar el seguro, como es no haber dado el aviso en su oportunidad, ocultar datos que eximen de responsabilidad a la compañía, no

corresponder el valor del siniestro al reclamado por el asegurado, etc.”²⁵, debiendo agregarse que será objeción mientras se formule dentro del término de treinta días siguientes a la reclamación, caso contrario, perderá tal naturaleza.

Esta última anotación resulta relevante en la medida que en la demanda respectiva debe indicarse si se presentó la misma durante el trámite de reclamación directa, pues en caso de que, a partir del 1º de enero de 2014 haya reclamación, y antes de tal fecha, ésta también sea considerada seria y fundada, el asegurador, deberá acudir al proceso ordinario, pero si no hay objeción, o hasta el 1º de enero de 2014, en criterio del Juez, la objeción no es tampoco seria y fundada, la vía procesal para propender por el pago será el proceso ejecutivo.

La norma antes de la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012 es clara en requerir que la objeción sea seria y fundada es decir “que se apoye en cualquiera de las circunstancias que legalmente exoneran a la aseguradora del pago total o parcial del seguro. Se excluye, por ende, la sola negativa, que equivale al silencio, esto es, tenerla como no presentada”²⁶, seriedad y fundamentos que en todo caso serán calificados como tal por un juez, ya que en ciertos casos lo que para el asegurador puede ser serio y fundado, no necesariamente puede serlo para el asegurado, quien deberá acudir al proceso a obtener una decisión por parte de la justicia.

La anterior problemática en la determinación de objetividad y seriedad de la objeción, queda eliminada a partir del 1º de enero de 2014, por lo cual, las demandas que se presenten a partir de esa fecha, no estarán sometidas a este requisito, y bastará con que oportunamente se objete la reclamación por parte de la aseguradora, para que el trámite sea el de un proceso ordinario, quedando sujeto el trámite a un requisito formal objetivo de mayor facilidad en su verificación.

Cabe anotar que la norma no exige que a la objeción que haga la compañía de seguros se acompañen pruebas, simplemente que se formule, por lo cual no puede tenerse por falta de seriedad o fundamentos por esta razón, también permite colegir que el papel probatorio en la reclamación directa queda limitado únicamente al asegurado, quien en todo caso si debe probar la ocurrencia del siniestro y en muchos casos, la cuantía, mientras que el asegurador debe, si a bien lo tiene, poner de presente las pruebas en su poder hasta que esté en un proceso.

²⁵ Manual de Derecho Procesal, Azula Camacho, Tomo IV, Procesos Ejecutivos, Cuarta Edición, Temis, pág.

²⁶.

²⁶ Ibídem

Ahora ahondaremos un poco más sobre la necesidad de que la objeción sea seria y fundada, situación que ha suscitado muchas consideraciones, pues como se vio, de ello depende el trámite judicial que debe surtirse.

3.6. LEGITIMACIÓN DEL ASEGURADOR PARA OBJETAR LA RECLAMACIÓN

Como último tópico atinente a la objeción, debe decirse que el legitimado para objetar la reclamación es el asegurador, empero, como persona jurídica que es, no puede actuar en estrictez por sí misma, sino que debe haber personas naturales que efectivamente desempeñen esa tarea.

Bien puede pensarse que recae en el representante legal, por ser el primer ejecutor de la compañía de seguros o en su defecto una persona autorizada por él, sin embargo las normas mercantiles permiten que personas diferentes a él puedan objetar la reclamación, comprometiendo a la sociedad.

En la práctica lo cierto es que estas actividades las adelantan los directores o jefes de departamento o sección, sujetos que aunque estatutariamente no son órgano de representación de la compañía, están investidos de la facultad de celebrar, modificar, y por ende terminar el contrato de seguro, autorizados por la presunción de autenticidad de las firmas que se plasman en la póliza (art. 1052 del Co. de Co.), porque ellos no van a estar autorizador para objetar?, si “el que puede lo más puede lo menos”

Es que si son estos funcionarios los que celebran, modifican, terminan unilateralmente los contratos, autorizan el pago de indemnizaciones, y demás labores tendientes al debido desenvolvimiento del negocio, como no van a poder objetar la reclamación, máxime si la norma nunca especifica que debe ser el representante legal quien siempre lo haga.

La anterior aclaración resulta pertinente, pues estimamos que una objeción así hecha, tiene plenos efectos para los fines procesales a que haya lugar.

3.7. EL JUICIO ORDINARIO EMANADO DEL CONTRATO DE SEGURO

Estos juicios, cuando se hacen al amparo de una póliza con cláusulas *Claims Made*, tienen el mismo trámite que un juicio bajo una póliza que no las contempla, y las diferencias sustanciales están dadas en la oportunidad para demandar, so pena de proceder la excepción prescripción de la acción o la exclusión del amparo.

Así pues, la reclamación del asegurado, al igual que la reclamación de un tercero, deben ser presentados dentro del término de vigencia de la póliza o de sus coberturas retroactivas o posteriores a tal periodo, so pena de que el amparo no proceda, y el término prescriptivo para demandar, comenzará a correr a partir de ese momento.

Esto no significa que durante la vigencia de la póliza deba presentarse la demanda, adelantar trámites de notificación, notificar dentro del año establecido en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil (a partir del 1º de enero de 2014 artículo 94), sino que únicamente la reclamación debe presentarse dentro de tal periodo, para que el siniestro quede cubierto. Sobre el particular considera el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo que

“No obstante lo anterior, tal creencia general in concreto, cede en tratándose de cláusulas que, de espaldas a la más mínima consideración contractual (justicia contractual), exigen que durante la vigencia del seguro, de ordinario anual, tengan lugar las siguientes exigencias: floración y manifestación del daño, notificación del mismo, y reclamación del tercero damnificado, pues en este caso, en nuestro parecer, sí estaríamos en presencia de una irritante –o urticante – estipulación conculcatoria de los más elementales principios que campean en un seguro, en particular en el de responsabilidad civil, por excelencia protector, así, expressis verbis, la ley lo autoriza con toda rotundidad porque ella conoce límites: los impuestos por la propia Constitución ... Dicho de otro modo, tal combinación, figuradamente, podría traducirse en un letal compuesto; en una pócima de nitroglicerina, en sí misma con elevada potencialidad de destruir, uno a uno caros y legítimos intereses de la comunidad: asegurada y damnificada, en franca contradicción con los lineamientos tuitivos y bienhechores que inspiran el seguro de responsabilidad civil que, por estar en su ADN, no se pueden alterar impunemente, aun si lo quisiera el legislador, virtualmente”²⁷.

Posición que por entero compartimos, pues además de lo anterior, luce abusiva una imposición de tal talante, máxime con las complicaciones procesales que una vez presentada una demanda pueden darse, la demora de los despachos

²⁷ Jaramillo Jaramill, Carlos Ignacio, Derecho de Seguros, editorial temis, Tomo II, 2011, P. 365

judiciales, y por otra parte, la progresiva protección legal al consumidor que ha venido avanzando en los últimos tiempos.

Finalmente, el juicio ordinario procede básicamente en dos eventos: i.) cuando lo que se busca es el cobro del valor de la póliza, y no procede el cobro ejecutivo. ii) cuando se realiza un llamamiento en garantía dentro del proceso.

3.8. DEMANDA DEL ASEGURADO A SU ASEGURADOR

Es menester aquí hacer una aclaración inicial respecto del primer evento, y es que en este trabajo se le está dando el carácter de vía excepcional a al proceso ordinario, porque no son pocas las demandas que se han conducido por la vía del ejecutivo cuando se busca el pago por el asegurador, es decir, hasta antes de la emisión del código general del proceso, la sola presentación oportuna de una objeción seria y fundada, conducía el proceso por la vía del ordinario, lo cierto es que este tipo de objeciones se ven ventiladas muchas veces por la vía del ejecutivo.

Sin embargo, se espera que con las derogatorias hechas con la Ley 1564 de 2012 al numeral 3º del artículo 1053 del Código de Comercio, la regla se vuelva el proceso ordinario, para evitar el trámite del ejecutivo, que aunque puede parecer más conveniente al asegurado, termina teniendo las vicisitudes y demoras de un proceso ordinario, pero con las particularidades y desventajas que conlleva un proceso ejecutivo, en cuanto a términos, oportunidades procesales, y el encarar una obligación clara, expresa y exigible, se requiere.

Así pues, fue afortunado el proceder del legislador, al quitar la necesidad de que la objeción sea seria y fundada, pues mientras una aseguradora objete la reclamación, y ciertamente lo hacen cuando no consideran procedente pagar, habrá un proceso ordinario, cortando la posibilidad de que objeciones que no se juzguen como serias y fundadas, terminen debatiéndose en un proceso ejecutivo, que supuestamente parte de una obligación clara, expresa y exigible.

Aclarado lo anterior, iniciaremos ahora el estudio de los presupuestos para poder iniciar el proceso ordinario de cobro del asegurado a su asegurador.

3.9. INICIO DEL PROCESO

Como se ha dicho, cuando hay una objeción seria y fundada a la reclamación del asegurado, y a partir del 1º de enero de 2014, cuando simplemente haya una objeción a la reclamación, presentada en todo caso dentro de los treinta días siguientes a ésta, queda abierta la puerta para el proceso ordinario.

Después de pasados los treinta días de la reclamación, sin que la aseguradora haya accedido al pago, se considerará que está en mora, lo cual quiere decir que si no se presenta reclamación o se presenta la demanda antes de vencido dicho término para objetar, la obligación aun no será exigible.

En caso de que esto ocurra, el asegurador en el proceso ordinario puede proponer la excepción de falta de exigibilidad de la obligación o petición antes de tiempo, lo que puede lograr enervar el derecho de acción, pero no con ello definir el litigio pues no tendrá efectos de cosa juzgada sobre la decisión de fondo que el asegurado buscaba, por lo que a lo sumo significará la no interrupción del término prescriptivo y la posibilidad para la aseguradora para alegarlo.

Esta última circunstancia adquiere particular relevancia en demandas al amparo de pólizas que incluyen cláusulas *Claims Made*, donde los términos para presentar la reclamación o la demanda, son más reducidos, y una decisión que obligue a presentarla nuevamente hasta tanto se respete el término para objetar la reclamación, podría significar la desprotección por parte de la póliza.

Por contrapartida, es recomendable al asegurado presentar previamente la reclamación directa y esperar el término para objetar, para luego si acudir al proceso a hacer exigible su derecho.

Otra conclusión necesaria que emerge de lo anterior, es que en caso de que la aseguradora resulte condenada, los intereses de mora se calcularán luego de transcurrido el término para objetar, ya que desde esa fecha estuvo en mora de acudir al pago de la obligación.

3.10. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Como juicio ordinario que es, que expresamente no se exime del intento de conciliación extrajudicial previa conforme la Ley 640 de 2001, la misma debe intentarse por el asegurado como requisito de procedibilidad para poder impetrar la acción o en su defecto solicitar la práctica de medidas cautelares tal como

habilita el Artículo 690 del Código de Procedimiento Civil, y a partir del 1º de enero de 2014 el Artículo 590 del Código General del Proceso.

En el caso de optarse por una conciliación previa, debe tenerse en cuenta que la solicitud interrumpe el término de prescripción hasta por tres meses, situación relevante en el tema de los seguros en general, donde el término prescriptivo de 2 años y excepcionalmente de 5, por lo que este periodo de tiempo puede llegar a significar la diferencia entre la prosperidad o no de tal excepción.

Tratándose de procesos para reclamar la indemnización con base en pólizas con cláusulas *Claims Made*, ya quedó dicho que el asegurado debe presentar la reclamación dentro del término de vigencia de la póliza (o dentro de las oportunidades adicionales pactadas), y el siniestro la constituye la reclamación del afectado, por lo cual, es dable afirmar que la presentación de la solicitud de conciliación, antes de dos años de presentada la reclamación, interrumpe el término de prescripción, en los términos del artículo 21 de la Ley 640 de 2001.

En cuanto a las medidas cautelares, cuando es el asegurado quien solicita el cobro a su asegurador, estaremos indudablemente ante un juicio de responsabilidad civil contractual, en el cual el vínculo entre las partes que se estima incumplido, es el contrato de seguro, por lo cual, de conformidad con el artículo 590 del Código General del Proceso (vigente desde el 1º de octubre de 2012), la medida cautelar de inscripción de la demanda es procedente, previa prestación de la caución que para el efecto fije el juez.

3.11. ALGUNAS ANOTACIONES SOBRE EL TRÁMITE EN EL PROCESO ORDINARIO

En este trámite se puede ventilar una gran gama de vicisitudes que se presenten respecto al contrato de seguro, pues el proceso que por excelencia lo permite, razón por la cual basta decir que debe haber algún desacuerdo con respecto al pago de la indemnización, situaciones del contrato mismo, responsabilidades derivadas del contrato, o cualquier otro desacuerdo, para que se abra paso el proceso ordinario como herramienta para dirimirlo.

Es así como no solo el asegurado puede impetrarlo, sino también el asegurador, evento que se presenta con menor frecuencia, máxime cuando en la actualidad se opta mayormente por los trámites arbitrales para esta clase de situaciones.

La demanda puede ser presentada también por la víctima, en ejercicio de la acción directa, la cual, de estar pretendiendo hacer exigible una póliza con cláusulas *Claims Made*, debe presentarse dentro del término de vigencia de la póliza, pues la eventual obligación de pago por parte de la aseguradora, bien sea a la víctima o a su asegurado, tiene su fuente en el contrato de seguro, de manera tal que la víctima no puede pretender un derecho distinto al que tiene el asegurado.

Lo anterior lleva a afirmar que el asegurador puede proponer las mismas excepciones al asegurado o a la víctima, conforme viabiliza el Artículo 1044 del Código de Comercio. Sobre el punto se ha pronunciado la doctrina al señalar que

“La obligación del asegurado encuentra su fuente en el contrato de seguro, circunstancia que no puede verse afectada por el hecho de que la ley conceda a la víctima una acción directa para exigir el cumplimiento de dicha obligación. En tal virtud, la víctima no puede pretender un derecho distinto de que tendría el asegurado; aquí se infiere que frente a ambos, asegurado y víctima, el asegurador tiene la facultad de oponer las excepciones propias del contrato de seguro

(...)

En este orden de ideas las cláusulas que se pacten en desarrollo del artículo 4º de la Ley 389 de 1997 son oponibles tanto al asegurado como a la víctima del daño y sus causahabientes”²⁸

Así pues, tratándose de indemnizaciones solicitadas al amparo de pólizas con cláusulas *Claims Made* puras, si la reclamación de la víctima no se presentó dentro de los términos de la póliza, es un hecho excluido de indemnización, porque el siniestro en estas cláusulas lo constituye el hecho de la presentación de la reclamación, así sea por parte la víctima – beneficiaria, pues este es un esquema en el que el riesgo y por ende el siniestro, es la reclamación.

Conforme lo anterior, para que no prospere la excepción de prescripción, la demanda debe ser presentada dentro de los dos años siguientes a la reclamación.

Por otra parte, el inicio del conteo del término prescriptivo en ejercicio de la acción de responsabilidad civil que impetra la víctima contra el asegurado, no lo constituye la presentación de la reclamación, sino la ocurrencia del hecho dañino, tema diferente es si se pretende que el daño quede amparado por una póliza con *Claims Made*, pues en ese caso, si hay llamamiento en garantía, estimamos que el

²⁸ Díaz – Granados Ortiz Juan Manuel, El Seguro de Responsabilidad, 2ª edición, Editorial Universidad del Rosario, 2012, pág. 190.

hecho debe presentarse dentro de la vigencia de la póliza, y el llamamiento dentro del término pactado, que no puede ser de menos de dos años después de la vigencia de la misma, so pena de quedar excluido el amparo.

Finalmente, merece puntualizar que el asegurador también puede demandar al asegurado en situaciones tales como no encontrar conveniente continuar con el vínculo contractual, cuando no es viable hacerlo de manera unilateral, como por ejemplo en el seguro de transporte, donde el artículo 1125 del Código de Comercio expresamente prohíbe tal actuar. En palabras del doctor Hernán Fabio López Blanco²⁹, esta prohibición debe entenderse “que la prohibición de cancelación en esta clase de seguro es para los trasportes en curso, mas no para los que todavía no se ha iniciado, los cuales están sometidos a la regla general”, contemplada en el artículo 1071 del Código de Comercio. En el mismo sentido el artículo 1159 *ibídem* establece que “el asegurador no podrá, en ningún caso, revocar unilateralmente el contrato de seguro de vida”.

Así pues, en estos puntuales eventos puede ser la aseguradora la que demande para revocar el contrato de seguro, y en todo caso, el juicio ordinario adelantado por parte de la aseguradora quedará limitado a aquellos casos en que no pueda cancelar el contrato y se de alguna circunstancia que implique anulación de este.

Ahora bien, se presenta también el evento de que el cobro a la aseguradora se haga a través de un llamamiento en garantía de su asegurado durante el trámite de un proceso ordinario, o incluso que el afectado con el asegurado demande directamente a aseguradora en un mismo proceso, eventos estos que se estudiarán a continuación, pero que desde a se anticipa, tiene unas particularidades cuando hay cláusulas *Claims Made* de por medio.

²⁹ Hernán Fabio López Blanco, Contrato de Seguro, Dupré Editores, 3ª Edición, 1999, pág. 342

CAPITULO IV EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Corresponde analizar la figura del llamamiento en garantía, pues en los estrados judiciales esta figura es la más utilizada cuando se trata de vincular a la aseguradora a un proceso en donde el asegurado ve afectado o amenazado su patrimonio con ocasión de la ocurrencia de un siniestro.

Es justamente en el llamamiento en garantía donde las pólizas que operan bajo la modalidad Claims Made arrojan mayores dificultades al asegurado, pues no se cuenta con el suficiente conocimiento técnico, que permita adoptar la figura del llamamiento en correcta forma y da al traste con el principio indemnizatorio que persigue el contrato de seguro.

Por lo anterior se hace necesario conocer esta importante figura procesal y sus implicaciones así como la correcta aplicación frente a la póliza de seguros.

4.1. CONCEPTO

Es una figura procesal que se presenta cuando una de las partes solicita al juez la citación de un tercero con quien tiene una relación sustancial o material que le permite obtener una indemnización del perjuicio que puede llegar a sufrir con el proceso. El tratadista del derecho procesal Azula Camacho lo define de la siguiente manera

“El llamamiento en garantía se presenta cuando cualquiera de las partes solicita al funcionario judicial la citación de un tercero con quien tiene una relación sustancial o material de carácter real o personal (legal o contractual) que lo habilita para obtener de este la indemnización del perjuicio que pueda sufrir, o el reembolso total o parcial de la cantidad de dinero a que sea condenado a pagar en la sentencia que se profiera en el proceso”³⁰.

El llamamiento en garantía aparece plasmado en las normas de carácter procesal en el llamamiento propiamente dicho y la denuncia de pleito. El primero opera cuando hay una relación jurídica material originada en un derecho personal, y el segundo cuando el vínculo es real.

³⁰ Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal, Tomo II, Parte General, Sexta Edición, Temis, pág. 85.

El llamamiento en garantía puede obedecer a un vínculo legal o contractual. En el caso del contrato de seguro, es evidente que opera un llamamiento en garantía propiamente dicho, emanado de un vínculo contractual existente entre una de las partes de la contienda y una aseguradora.

Para que proceda el llamamiento debe existir un contrato de seguro que proteja al llamante de algún riesgo, y que obligue al llamado a indemnizar al llamante por los perjuicios que llegare a sufrir.

Así pues, establece el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil que

“Quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a lo dispuesto en los dos artículos anteriores”.

Norma donde claramente puede leerse que el llamamiento en garantía es una figura procesal que se ajusta por excelencia al contrato de seguro, a quien el asegurado puede citar al proceso para que acuda en su ayuda y pague la eventual indemnización a que sea condenado.

4.2. TRÁMITE DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Será durante el traslado de la demanda, conforme señala el artículo 55 del Código de Procedimiento Civil y deberá acompañarse prueba si quiera sumaria del derecho a formularlo conforme el inciso 2º del artículo 55 *ibídem*.

Los requisitos formales que todo llamamiento en garantía debe contener son los siguientes

“El escrito de denuncia deberá contener:

- 1. El nombre del denunciado y el de su representante si aquél no puede comparecer por sí al proceso.*
- 2. La indicación del domicilio del denunciado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*
- 3. Los hechos en que se basa la denuncia y los fundamentos de derecho que se invoquen.*
- 4. La dirección de la oficina o habitación donde el denunciante y su apoderado recibirán notificaciones personales.”*

Norma que habla por sí misma y que por tanto no merece mayor detenimiento, más allá de puntualizar que aunque refiere a la denuncia de pleito, también es aplicable al llamamiento en garantía por remisión del artículo 57 *ibíd.*

Presentado el llamamiento, el juez citará al llamado, quien a partir de ese momento hará parte en el litigio, pero no con las cargas del demandado. Sobre este punto ha considerado la Corte Suprema de Justicia que

“como la persona llamada en garantía se le cita para que intervenga en el proceso o comparezca a este (arts. 56 inciso 1º y 3º, y 57 ibídem), y la demanda no estaba dirigida contra ella, por lo cual no se le da traslado, no tiene la carga de contestarla, y el guardar silencio respecto al llamamiento no constituye indicio en su contra (art. 95)”

Aunque si a bien lo tiene, podrá invocar las excepciones previas y de fondo que considere pertinentes, pedir pruebas dentro del término que se otorga para intervenir, pues de otra manera se vulneraría su derecho a la defensa. Así mismo podrá intervenir en la práctica de pruebas solicitadas por otras partes, proponer incidentes, alegar de conclusión, interponer recursos, y demás actos procesales para la debida defensa de sus propios intereses.

Cuando sea el momento de decidir, el juez estudiará primero la relación entre el demandante y el demandado, y si encuentra que las pretensiones están llamadas a prosperar, resolverá sobre el vínculo con el llamado en garantía, aun cuando no haya atendido el llamado, pudiendo ser recurrida la decisión incluso por éste.

Como puede verse, el llamamiento en garantía y el contrato de seguro es una especie de acumulación de acciones que busca evitar demora innecesarias en una reclamación, con varios y sucesivos litigios que pueden resolverse de una vez, como sería la demanda por el afectado contra el asegurado, quien luego de salir condenado, iría contra su aseguradora a procurar el pago de lo ya desembolsado a su demandante primigenio.

Ahora bien, tratándose de llamamiento en garantía al amparo de pólizas de seguro con cláusulas *Claims Made*, la oportunidad de su proposición es la misma, y la notificación del llamamiento a la aseguradora generará la interrupción de la prescripción, como si se le hubiese notificado la demanda, siendo por tanto una interrupción civil de la prescripción.

Así pues, el inicio del término de prescripción que en ese caso venía corriendo, no se da al momento de ocurrencia del hecho, sino de presentación de la reclamación, que en este caso será de presentación de la demanda contra el

asegurado, lo que en otras palabras quiere decir que la notificación del llamamiento en garantía a la aseguradora, cuando hay una póliza con cláusulas *Claims Made*, debe hacerse dentro de los dos años siguientes a la presentación de la demanda, y la póliza debió estar vigente en ese momento procesal, so pena de que la excepción de prescripción propuesta por dicha entidad, prospere.

4.3. CARACTERÍSTICAS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A LA ASEGURADORA

Este tipo de llamamiento se presenta únicamente en procesos declarativos tal como se extracta de los artículos 54, 55 y 57 del Código de Procedimiento Civil, y es muy común en los juicios ordinarios de responsabilidad, al igual que en juicios arbitrales donde se haya pactado la cláusula compromisoria.

Así mismo, preponderantemente se presenta en amparos de responsabilidad civil, tales como el seguro de vehículos, navegación, aviación, todo riesgo contractual y responsabilidad civil propiamente dicha.

En cuanto a la disposición del artículo 57 del Estatuto Procesal, más arriba citado, opera cuando se busca “... *el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia*”, pues la aseguradora va a ser el tercero al que el asegurado condenado va a recurrir para que le reembolsen lo pagado al demandante, hasta la concurrencia de lo asegurado.

El llamamiento que hace el asegurado es potestativo es decir, no es obligación que llame a la aseguradora al juicio, pues si no se hace, no hay vicio alguno en el trámite, y en todo caso no se pierde el derecho de reclamarle posteriormente, empero, ello puede resultar inconveniente para la aseguradora, pues igual su asegurado puede reclamarle posteriormente, y esta no tuvo oportunidad de acudir al trámite en procura de una mejor defensa de sus intereses, aunque dado el reducido término de prescripción, y la consabida demora que tienen los juicios ordinarios, eso es poco probable, pues para el momento en que se demande la aseguradora, bien pudo haber prescrito la acción.

Además de lo anterior, la sentencia que se dicte dentro del proceso y que resuelva el llamamiento, resuelve definitivamente las relaciones jurídicas entre el asegurado y el asegurador, y de no acudir este último al proceso, esa sentencia lo vinculará y obligará igual que si se le hubiera demandado directamente y no hubiese propuesto ninguna defensa.

El llamamiento resulta entonces muy conveniente, tanto al asegurado como a la aseguradora, al primero por cuanto puede contar con una mejor defensa por parte de una sociedad especializada en atender este tipo de requerimientos, y porque

en caso de salir condenado, directamente obtendrá el pago de la indemnización, sin necesidad de acudir a un nuevo proceso.

Para la aseguradora es provechoso en la medida en que está defendiendo directamente sus propios intereses, e incluso, dado que en un solo trámite se está resolviendo su situación lo que conlleva un tiempo menor, las reservas para este tipo de eventos tendrán notable agilización, en la medida en que las sumas de dinero involucradas estarán inmovilizadas por un menor tiempo.

No todos son ventajas en el llamamiento en garantía, pues la aseguradora está supeditada a coadyuvar las peticiones de su asegurado, no pudiendo por tanto hacer peticiones contrarias a este, pero en todo caso son más ventajas las que se presentan, por lo cual resulta recomendable que las aseguradoras lo estipulen en el contrato como requisito para que pueda hacerse efectivo el amparo, lo cual en últimas es un beneficio para ambas partes.

4.4. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA FRENTE A LA SUBROGACIÓN

Puede pensarse en un escenario de los procesos por responsabilidad, en el cual se demanda directamente al asegurador y este llama en garantía al tercero responsable del siniestro, es decir a la persona contra la cual repetiría en caso de salir condenada en el juicio.

Este evento puede presentarse cuando el asegurado reclamó al asegurador y este objetó en término, descartando la vía ejecutiva, empero, no está muy claro si tal actuar puede darse, en uso de la disposición del artículo 57 del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior atiende al hecho de que bien puede pensarse que el asegurador no puede exigir pago alguno del tercero culpable mientras no haya resarcido primero el daño, es decir, en palabras de Vivante “el asegurador citado a pagar un siniestro por el asegurado no podría llamar en garantía al tercero culpable del siniestro, porque, no habiendo resarcido el daño, no tiene acción contra el culpable”.

La anterior postura es explicada en la tesis de la Doctora Claudia Roa (pág. 65 – 66), que cita en su obra el doctor Hernán Fabio López Blanco (Contrato de Seguro Duré editores, 3ª edición, 1999, pág. 330), al decir que “claramente vemos que Vivante niega la posibilidad de configuración del llamamiento en garantía, y es lógico, pues si el asegurado ha iniciado proceso en contra del asegurador, es porque no ha sido indemnizado, y no habiendo sido indemnizado, no se ha producido la subrogación, careciendo entonces de cualquier interés frente al responsable. En consecuencia, en ningún caso se puede llamar en garantía al responsable al proceso entre asegurador y asegurado, por no haberse cubierto la indemnización”. Empero, la cita la hace para refutar esta posición.

En efecto, en la obra citada el doctor Hernán Fabio considera que tal llamamiento si es posible sin necesidad de que se verifique la existencia de subrogación en cabeza del asegurador, es decir “es enteramente válido llamar en garantía al tercero responsable del siniestro por parte de la aseguradora que aún no ha indemnizado pero que puede ser obligada a hacerlo como consecuencia de la sentencia”³¹.

Basa tal afirmación en que el vínculo entre llamante y llamado siempre va a venir a concretarse en la sentencia, es decir, al momento de realizarse el llamamiento en garantía no se exige que esté en cabeza del llamante un derecho cierto e indiscutible, pues este va a surgir al momento de dictarse la sentencia, por lo cual la figura de citación del tercero se hace operante sin que medie cesión o subrogación legal a causa del no pago del siniestro.

Es que siempre al momento de dictarse la sentencia, primero se define la situación entre las partes, y una vez impuestas obligaciones a cargo del llamante se entra a estudiar la vinculación del llamado en garantía, es decir, no importa si no ha habido subrogación de la aseguradora en el tercero, pues si ésta sale condenada, bajo estos mismos argumentos saldrá condenado aquel en un juicio posterior promovido por la aseguradora, y si una de las inspiraciones del llamamiento en garantía es la economía procesal, mal podría pensarse al decir que no puede la aseguradora llamar en garantía al tercero evitando otro juicio, máxime si inicialmente hay un vínculo con aquel como ocasionador del daño que motiva la reclamación del asegurado a la aseguradora, y la forma de tramitar el llamamiento permite que hasta la sentencia se materialice el llamamiento.

En palabras del doctor Hernán Fabio “en verdad muy claramente dice el artículo 57 del C. de P. C. que “quien tenga derecho legal o contractual de exigir a un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal situación”. De la utilización de las formas verbales *llegare* y *tuviere* se deduce que la efectividad del llamamiento queda condicionada a lo que en la sentencia se resuelva, y si en ella se impone la obligación de pagar al aseguradores obvio que ante tal obligación declarada en su contra surge ya la posibilidad de exigir el reembolso de lo pagado al tercero responsable del siniestro, sin que sea necesario esperar a adelantar otro proceso para exigir esa retribución, pues precisamente para evitar innecesarios litigios y con la menor actividad jurisdiccional resolver el mayor número de conflictos, es por lo que se estipula la institución del llamamiento en garantía”³².

Así pues, en caso de que no prosperen las pretensiones del actor, atendiendo la técnica de estudio en la sentencia antes esbozada, será innecesario abordar el estudio del llamamiento, pues de conformidad con el artículo 56 del Código de

³¹ Hernán Fabio López Blanco, Contrato de Seguro, Dupré Editores, 3ª Edición, 1999, pág. 330.

³² *Ibidem*.

Procedimiento Civil, “en la sentencia se resolverá *cuando fuere pertinente*, sobre la relación sustancia que exista entre denunciante y denunciado, y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo de este”, y si no hay condena contra el asegurador, este nada tiene que reclamar al tercero.

Ahora bien, si efectivamente se condena a la aseguradora, bastará con demostrar que el tercero fue el causante del siniestro para poder aquella hacerle exigible el cobro de lo indemnizado, lo cual podrá hacer la aseguradora hasta que realice el pago de la suma a la que fue condenada, sin que sea necesario que espere primero el pago por parte del tercero, pues la condenada a pagar fue la aseguradora, y ella repite contra el tercero, pero una vez paga, en otras palabras, una es la relación entre demandante y demandado y otra entre llamante y llamado.

Nótese que si por ejemplo no se hiciera el llamamiento en garantía, y la aseguradora sale condenada y luego busca repetir contra el tercero responsable, pero únicamente respecto de lo pagado, no puede excusar su falta de pago ante su demandante en que el tercero no le ha pagado, pues la condenada a pagar fue la aseguradora, y otra cosa es que por virtud del pago que realice al demandante, queda legitimada para repetir contra el tercero responsable en otro proceso, aclarado esto, condénsese esta lógica cuando hay llamamiento y se hallará razón en lo antes dicho.

En suma, consideramos que la aseguradora puede llamar en garantía al tercero responsable, pues una interrelación armónica de las normas procesales del llamamiento en garantía así lo permite, concluir lo contrario implicaría desconocer que el llamamiento es abordado y materializado solo hasta el momento de emitirse la sentencia, imponiendo la acreditación de una relación ya definida que la norma no exige.

4.5. LA DEMANDA DE RESPONSABILIDAD POR VÍA DIRECTA

Estableció la reforma de la Ley 45 de 1990 que todo damnificado se convierte en beneficiario indeterminado pero determinable, y que por tanto goza de acción directa en contra de la aseguradora conforme establece el artículo 1133 del Código de Comercio que a la letra dicta

“En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”.

Lo cual en principio sería un ahorro del llamamiento en garantía, pues quien haya sufrido un daño y sepa que el causante del mismo cuenta con un seguro de responsabilidad, podrá demandar directamente a éste y su asegurador, sin esperar que aquel haga el llamamiento en garantía.

Esta norma introdujo un cambio de la forma como se venían manejando este tipo de situaciones, ya que antes estaba prohibida la acción directa, pues la víctima, en su calidad de tercero, no podía demandar directamente a la aseguradora, sino siempre al causante del daño, quien a su vez tenía la potestad de llamar en garantía a su asegurador, mientras que con esta nueva norma, se posibilita la obligatoria comparecencia del asegurador, incluso con prescindencia del asegurado.

En principio podría pensarse que esta norma está limitando ostensiblemente la figura del llamamiento en garantía, pues se estaría demandando directamente al asegurado, empero, es de resaltar que para que ello sea posible, la víctima debe saber que el causante del daño cuenta con un seguro, y no solo eso, sino que además el mismo sirve para amparar el daño por el causado.

Así mismo, esta norma no está imponiendo que se demande siempre a la aseguradora, pues bien puede optarse por el trámite tradicional y demandarse al causante del daño, para que sea este quien opte por vincular o no a su asegurador, empero la norma también parece indicar que se puede demandar solo a la aseguradora, sin vincular a quien causó el daño, lo cual merece consideraciones de otra índole.

Ahora bien, cuando hay cláusulas *Claims Made*, el término de prescripción de dos años para el ejercicio de la acción directa, comenzará a contar a partir del momento en que la víctima eleva la reclamación a la aseguradora, y su interrupción se dará de acuerdo a las normas generales de procedimiento, siendo pertinente anotar que, de conformidad con el inciso final del artículo 94 del Código General del Proceso, vigente desde el 1º de octubre de 2012, el solo envío por parte del asegurado o la víctima, a la aseguradora, de un escrito haciendo un requerimiento de pago, interrumpirá civilmente el término de prescripción, lo que si bien solo puede hacerse una vez, conlleva el reinicio del conteo del término prescriptivo.

Por otra parte demandar por vía directa implica que se va a declarar en el proceso la responsabilidad del causante del daño, sin que esté en el proceso para defenderse, lo cual en palabras del doctor Hernán Fabio López Blanco plasmadas en la obra en comento, es “un aspecto que nos parece novedoso y de particular interés procesal pues normalmente dentro del esquema en que fuimos educados parece una herejía que se pueda demostrar la responsabilidad de un sujeto de derecho dentro de un proceso sin demandarlo, que es precisamente lo que se ha contemplado en el citado artículo 1133, que no se refiere a la necesidad de demandar al asegurado causante del daño sino tan solo de “demostrar la responsabilidad del asegurado”, cuestión jurídicamente posible”.

Compartimos esta postura del doctor Hernán Fabio, pues consideramos que el derecho del defensa del asegurado no se ve comprometido, en la medida que la decisión que se emita durante el trámite llevado en contra de la aseguradora solo

tendrá efectos de cosa juzgada respecto del asegurado, en cuanto se trate del mismo tema.

Así mismo se observa que el demandante, para obtener el éxito en de sus pretensiones en ejercicio de la acción directa, buscará encuadrar los hechos dentro de los riesgos amparados y probará que el asegurado los causó, y a su vez éste, para eximirse de responsabilidad, trataría de desvirtuar alguno de los eslabones que para la responsabilidad se requiere, tales como la existencia del hecho dañoso, el daño, nexo de causalidad, el contrato – en responsabilidad contractual -, y el factor de imputación – en caso de requerirse -, y es muy claro que la aseguradora puede abordar sin necesidad de intervención del asegurado los cuatro primeros requisitos, y solo el factor de imputación merece una anotación adicional.

Este elemento atañe a que se pueda atribuir de forma subjetiva al demandado la comisión del acto dañoso – salvo aquellos casos donde hay responsabilidad objetiva-, y como puede verse busca ligar la responsabilidad con la persona del asegurado y su actuar particular, por lo cual podría pensarse que antes de definir si existió dolo o culpa en su actuar, este debe estar presente en el juicio para conocer de primera mano su versión empero, lo que debe acreditarse es la existencia de fuerza mayor y/o caso fortuito –según la responsabilidad de que se trate-, y eso también puede ser demostrado por la aseguradora, ya que este tipo de eventos suelen atender a factores externos, por lo que la versión del asegurado poca relevancia tendría.

Empero, puede ocurrir que la aseguradora no ejerza la defensa de su asegurado con la diligencia debida, pues a fin de cuentas el riesgo está cubierto y puede entrar dentro de lo esperable en pagos por la aseguradora, o puede pasar que la aseguradora confíe en repetir contra su asegurado luego de haber admitido hechos en el proceso seguido contra ella, contando ciertamente con que sea solvente, empero, sacar conclusiones de este tipo de consideraciones sería partir de la mala fe de la aseguradora, y con todo, no resta eficacia a la norma en comento.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque el deber de actuar de buena fe está sobre entendido, no estaría de más incluir en los contratos de seguro, que para estos casos en que se demanda únicamente a la aseguradora, ésta debe actuar con el máximo de diligencia en defensa no solo de sus intereses, sino también de su asegurado, incluyéndose además disposiciones específicas del orden de cuidar que los hechos que se admitan no vayan ir en detrimento de los intereses de su asegurado, procurar reducir al máximo la condena que eventualmente se imponga, no proponer excepciones que afecten al asegurado, en fin, disposiciones que en últimas no dejen al asegurado en una mala posición para un eventual nuevo litigio, pues puede ocurrir que los hechos presentados no sean cubiertos por la póliza, pero no por ello quede el asegurado eximido de responsabilidad.

4.6. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA EN EL PROCESO ARBITRAL

Existía una duda sobre la viabilidad del llamamiento en garantía dentro del proceso arbitral, debido a la disposición del artículo 30 del Decreto 2279 de 1989

Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición....

Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión, al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario, se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso, y los árbitros, reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del tribunal.

Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. Si los citados adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponden los honorarios y gastos generales.

Norma que no daba plena claridad sobre el evento de requerirse un llamamiento en garantía, por lo cual mediante la Ley 446 de 1998 se creó el artículo 30 A que vio a dar claridad sobre el punto y que dispone

ARTICULO 30-A. INTERVENCION DE TERCEROS. La intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a lo previsto a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente el proceso continuará y se decidirá sin su intervención.

Con lo cual quedó claramente establecida la posibilidad de realizarse un llamamiento en garantía dentro del proceso arbitral que no ha sido promovido por la aseguradora, igual a como sucede en un proceso ordinario, pero con una diferencia, que en palabras del doctor Hernán Fabio López Blanco estriba en que está sometido a lo que se defina por la aseguradora “pues la diferencia entre el llamamiento en el proceso declarativo ante el juez civil y el que se hace ante el tribunal de arbitramento estriba en que, ante el juez civil, de ser pertinente el mismo, la aseguradora queda inexorablemente vinculada al proceso, mientras que si se hace en el arbitral, es poder discrecional de la misma definir si quiere intervenir o no dentro de él, porque si no paga la contribución que el tribunal señale al respecto de los costos del tribunal no opera el llamamiento y el proceso sigue su intervención y, obviamente, sin vinculación a la aseguradora llamada, pues no se previó la posibilidad de que el llamante consigne la suma a cargo de aquella para dar eficacia a la citación.”³³

³³ Hernán Fabio López Blanco, El Contrato de Seguro, Dupre Editores, 3ª edición, 1999, pág. 336.

Sin embargo, dada la conveniencia del llamamiento y la generalizada solvencia de las aseguradoras, es bastante posible que ésta consigne la suma que el Tribunal le fije, e intervenga en el proceso.

CAPITULO V

LAS CLAUSULAS CLAIMS MADE

Las clausulas Claims Made se han planteado como una solución a los aseguradores con el fin de no quedar vinculados de manera indefinida a una posible reclamación, permitiendo entonces delimitar la cobertura otorgada por el seguro de responsabilidad civil.

No obstante presentarse como una solución para las compañías aseguradoras presentes hoy por hoy en el mercado, la inclusión de este tipo de cláusulas ha generado una serie de dificultades de orden procesal, pues no es clara su operancia frente a ese límite temporal y conlleva a que se pierda la esencia indemnizatoria del seguro de responsabilidad civil.

Como se ha venido insistiendo, las clausulas Claims Made en controversias judiciales es un aspecto meramente sustancial, pues el proceso en su esencia es el mismo esté involucrada una póliza que opere bajo esta modalidad o no.

5.1. CONCEPTO

La Ley 389 de 1997, motivo la inclusión de las clausulas Claims Made buscando solucionar los problemas de concepción que presentaba el siniestro en los seguros de responsabilidad civil para los aseguradores; en otras palabras lo que se buscó fue proteger a los aseguradores, quienes quedaban expuestos frente a los asegurados, a cubrimientos demasiado largos, una vez finalizada la vigencia de la póliza, y por lo tanto, desde el punto de vista económico, se tenían que hacer reservas demasiado prolongadas, esto aunado a la imposibilidad de los aseguradores de reasegurar riesgos cuya vigencia fuera tan larga.

Las clausulas Claims Made, se definen entonces como aquellas que exigen que no solo el hecho generador del daño debe ocurrir durante la vigencia de la póliza, sino que además, el reclamo de la víctima, también debe realizarse durante la vigencia de la misma. En otras palabras, se exige una nueva condición para que se cubra el riesgo, pues el reclamo debe hacerse durante la vigencia de la póliza y de allí la definición anglosajona de "Claims Made".

5.2. TIPOS DE CLÁUSULAS CLAIMS MADE

No obstante existir diferentes tipos de cláusulas Claims Made dentro del mercado y tal como las ha clasificado algún sector de la doctrina, en el presente trabajo se remitirá únicamente al análisis de lo que fue concebido como Claims Made en su más pura expresión. De manera enunciativa se debe advertir que este tipo de estipulaciones que fueron concebidas como forma de delimitar temporalmente el riesgo dentro del contrato de seguro de responsabilidad civil, han sido clasificadas de la siguiente manera:

- a. Claims Made puro
- b. Claims Made con periodo de retroactividad
- c. Claims Made mas reporte
- d. Claims Made con cobertura para hechos notificados

Estas cláusulas pueden ser brevemente definidas y diferenciadas entre sí de la siguiente manera³⁴:

5.2.1. Clausulas Claims Made puro

Son cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso y su aviso al asegurador se produzcan dentro del término de vigencia del contrato de seguro.

5.2.2. Clausulas Claims Made con periodo de retroactividad

Son aquellas cláusulas que hacen depender la cobertura de que la reclamación del tercero se presente dentro del término de vigencia o dentro de un periodo posterior al hecho mismo, o al término de la vigencia del contrato de seguro, incluyendo los hechos que hayan acaecido antes de la vigencia del contrato y de los cuales el asegurado no haya tenido conocimiento.

5.2.3. Clausulas Claims Made más reporte

Son cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso, su aviso al asegurador y la reclamación se presenten dentro de la vigencia del contrato de seguro.

³⁴ ORDOÑEZ Ordoñez, Andrés E; "El contrato de seguro Ley 389 de 1997 y otros estudios"; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, Pag. 119.

5.2.4. Clausulas Claims Made con cobertura para hechos notificados

Son cláusulas que hacen depender la cobertura de que el hecho dañoso se produzca dentro de la vigencia del contrato de seguro, y que la reclamación del tercero se lleve a cabo dentro de esa vigencia, o dentro de un término posterior al hecho generador de responsabilidad o a la terminación de la vigencia del contrato.

Ahora bien, como se advirtió unas líneas más arriba, nos ocuparemos en este escrito del estudio de las clausulas Claims Made puras, es decir, el sistema más básico que puede existir y el que se presenta en la mayoría de los casos. Nos aislamos de abordar el resto de cláusulas "Claims Made" y solo nos permitimos hacer una breve referencia de las mismas, pues ahondar en las demás ellas implica ahondar en temas mucho más específicos y propios de acuerdos ocurridos entre las partes al momento de contratar el seguro, tales como periodos de retroactividad, clausulas especiales con cobertura posterior a la finalización de la vigencia, entre otras que deben ser objeto de una estudio independiente y que en últimas atienen a la libertad contractual de las partes y sus particulares necesidades.

5.3. SISTEMA CLAIMS MADE PURO

Este sistema cubre las reclamaciones presentadas durante la vigencia del seguro, siempre y cuando los hechos hubiesen ocurrido durante la vigencia de la póliza, es decir, que tanto el hecho generador del daño como la reclamación deben hacerse durante la vigencia del periodo de protección otorgado en la póliza y en los términos en que se haya pactado con el asegurador.

El siniestro está constituido por la reclamación hecha por el afectado, circunstancia que debe darse durante la vigencia del contrato ya sea de manera judicial o extrajudicial.

Una de las dificultades que puede experimentar esta modalidad de cláusulas, siendo una de las más comunes y de las más utilizadas en el mercado asegurador, es la forma tan restrictiva como se presentan ante el asegurado, pues durante la vigencia de la póliza debe ocurrir el hecho y al mismo tiempo efectuarse la reclamación, y puede pensarse en que el hecho acaezca en el término de cobertura de la póliza y la víctima reclame de manera posterior al vencimiento de

la vigencia del seguro, dejando sin duda desprotegido el patrimonio del asegurado, sin agotar ni cumplir la finalidad para la cual se constituyó la póliza.³⁵

Con el fin de dar una completa solución a esta vicisitud, existen otras modalidades en las cuales entre asegurador y asegurado se pactan condiciones especiales que permitan superar dicha dificultad, condiciones que permitan ampliar la protección y otorgar cobertura a las reclamaciones presentadas en la vigencia a hechos sucedidos con anterioridad al periodo que se denomina de retroactividad y siendo esta la modalidad adoptada entre las partes y conocida como Claims Made con periodo de retroactividad. Otra de las tantas alternativas ofrecidas, son aquellas cláusulas donde se otorga cobertura a todas aquellas reclamaciones que se presenten cuando la vigencia de la póliza ha expirado, con relación a los hechos ocurrido dentro de la misma; estas modalidades al no ser tan comunes dentro del mercado no serán objeto de estudio.³⁶

Corolario de lo anterior, es necesario advertir que las condiciones se mantienen inmodificables frente a la configuración del siniestro, en el entendido que tanto hecho dañoso como reclamación, se deben dar con ocasión de la vigencia de la póliza, y que el acuerdo de las partes en establecer condiciones un poco más beneficiosas no modifica el imperativo de la norma en cuanto a los requisitos para que sea procedente una reclamación y se configure el siniestro.

5.4. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LAS CLAUSULAS CLAIMS MADE

Las cláusulas Claims Made podrían ser inconstitucionales en la medida que violan garantías constitucionales consagradas a favor de los consumidores y usuarios en relación con sus intereses económicos, posición que se vería reforzada con la inclusión al sistema legal colombiano del nuevo estatuto del consumidor Ley 1480 de 2011, pues estas cláusulas dejan al consumidor en situación de desigualdad frente a los aseguradores, básicamente porque es el precepto constitucional el de recibir por parte del Estado protección si se advierte situación de inferioridad en una relación económica que sea desventajosa para una de las partes.

³⁵ PAVELEK ZAMORA, Eduardo, La delimitación temporal de la cobertura. Revista Gerencia de Riesgos número 44. Fundación Mapfre Estudios. 1993

³⁶ LOPEZ COBOS, Claudio, La delimitación temporal de la cobertura. Revista Gerencia de Riesgos número 44. Fundación Mapfre Estudios. 1993

El Artículo 78 de la Constitución Política de Colombia establece:

“ARTICULO 78. *La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.*

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.”

Es evidente que el Artículo citado tiene no la intención de dotar al consumidor de protección de sus derechos cuando estos fueren vulnerados por alguna situación de inferioridad y si deja ver la intención del constituyente de consagrar como derechos constitucionales de los consumidores la correcta revelación de la información de los productos ofertados.

Por lo anterior no existe violación alguna a preceptos constitucionales por la inclusión de las cláusulas Claims Made en los seguros de responsabilidad civil, por cuanto lo contenido en la ley 389 de 1997 no va en contravía de la elección de los consumidores, ni su derecho de estar informado del producto y es solamente el reflejo de una práctica comercial aceptada a nivel mundial que surgió como respuesta a una falencia económica que presentaban los seguros de responsabilidad civil desde su misma concepción.

5.5. PROBLEMAS JURÍDICOS DE LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE

Son diversos los problemas que conllevan a un necesario debate jurídico cuando se trata de abordar un tema tan técnico como complejo, en el sentido de entender la aplicación de las cláusulas Claims Made frente al asegurado, y es que finalmente es el asegurado quien se ve abocado a asumir las dificultades que presenta la figura en su reclamación y posterior cobertura; en últimas es lo que se busca por parte de la persona que se ubica en el extremo contractual que busca la cobertura y protección de su patrimonio.

Los principales problemas jurídicos a los cuales se podría ver avocado un seguro contratado bajo esta modalidad, son:

5.5.1. Momento de la ocurrencia del siniestro

Se presenta una dificultad en este aspecto de orden conceptual en lo atinente a la realización del riesgo en el seguro de responsabilidad civil cuando de por medio se tiene un pacto de cláusulas Claims Made.

El Artículo 1131 del Código de Comercio dispone:

ARTÍCULO 1131. <OCURRENCIA DEL SINIESTRO>. <Artículo subrogado por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.

Lo que se debe entender es que el siniestro sólo puede entenderse realizado una vez que los daños derivados del mismo se hayan manifestado, pues de lo contrario sería imposible pensar en endilgar responsabilidad sin daño.

Resulta necesario resaltar que el siniestro en los seguros de responsabilidad civil, no es otra cosa que el surgimiento de la responsabilidad imputable al asegurado y por tanto el siniestro debe ser causa de un suceso. Si se concluye que no hay siniestro sin daño, el daño puede haberse dado dentro del periodo contractual y será indemnizable; sin embargo hay daños que pueden ocurrir fuera de la vigencia y ser también indemnizables. En tal sentido la dificultad estriba en que bajo esta posición un siniestro por fuera de vigencia, en el cual el daño surge mucho tiempo después que la causa que lo originó no sería cubierto por el asegurador.

En razón a que no hay siniestro sin daño, otro de los problemas radica no en la época en la que se produjo el siniestro sino en “asegurarse de si las causas del mismo encajan entre las existentes durante el periodo asegurado, esto es, si forman parte del riesgo asegurado”³⁷

En conclusión y como solución a este problema, la obligación del asegurador surge al producirse el siniestro previsto, que tiene lugar al ocurrir el suceso dañoso, de cual se desprende una obligación del asegurador de cubrir dicha carga mediante el pago de una indemnización.

³⁷ VITERBO, Camilo, “Seguro de la Responsabilidad Civil”; Editorial de Palma, Buenos Aires, 1944; pg 128.

Muchas teorías se han dado respecto del momento de la ocurrencia del siniestro, pero solo nos referimos a la vigente en la actualidad y que refleja la realidad de nuestra normatividad en seguros

5.5.2. La reclamación

El profesor Tamayo define a la reclamación como “una petición indemnizatoria judicial o extrajudicial, así no se fije el monto de la misma”³⁸. Ahora bien los problemas puntuales frente a la reclamación los podemos circunscribir a los siguientes:

¿Se cubre una reclamación cuando se demanda antes de que prescriba el término para reclamar si la demanda es notificada fuera de este término?

Surgen varios interrogantes a partir de esta conjetura y es que eventualmente el asegurado podría objetar la reclamación por extemporánea; pues bien por motivos de equidad el asegurado no podría abstraerse de la reclamación con ese argumento, siempre y cuando la notificación de la demanda se haga dentro de los términos establecidos en el Artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, que técnicamente es la única forma de interrumpir la prescripción.

5.5.3. Entrada de un nuevo asegurador

Este caso se da cuando el asegurado tiene dos contratos de seguro, uno celebrado con posterioridad al otro. Es decir que estando vigente uno de los contratos, durante el cual ocurre el daño y luego decide suscribir con posterioridad al daño otro contrato incluyendo una cláusula de anterioridad. Surge entonces el interrogante, sobre si es conducente la acción directa, contra uno u otro asegurado o contra ambos.

Se podría pensar en la existencia de una coexistencia de seguros o en una fuente de enriquecimiento ilícito al presentarse una reclamación a las dos aseguradoras.

Sobre el particular se ha establecido que si el daño ocurre dentro de la vigencia del primer contrato, se tiene acción directa, desde luego, siempre y cuando la acción no haya prescrito. En caso de prescribir la acción frente al primer asegurador, es claro que podría dirigirse contra el segundo, pues esta alternativa se deriva de un segundo contrato independiente al primero.

³⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Conferencia ACOLDESE, Capítulo de Cali. Año 2001. Pg 9

En conclusión bajo el supuesto de la entrada de un nuevo asegurador, el asegurado podrá dirigirse a cualquiera de las aseguradoras, siempre y cuando se insiste en que la acción frente a una u otra no haya prescrito.³⁹

5.5.4. La prescripción

Con la entrada en vigencia de la Ley 389 de 1997, se permitió a las partes pactar que la reclamación del siniestro debe hacerse dentro de un término por ellas pactado y que si la reclamación no era efectuada dentro de dicho término, la acción contra el asegurador caducaba, pero jamás que prescribía.

Lo anterior presenta dos problemas. El primero es que se estaría contemplando la posibilidad que las partes pacten en contra de lo establecido en el Artículo 1081 del Código de Comercio, olvidando que los términos de prescripción son de orden público y no puede dejarse para que las partes lo modifiquen libremente. El segundo es que “hablar de un término de prescripción para la reclamación supone que con la formulación de esta en forma extrajudicial de interrumpiría la prescripción lo cual va contra el principio universal de que ésta solo se interrumpe de manera natural con la admisión de la obligación, o de manera civil con la notificación de la demanda, pero nunca con la reclamación extrajudicial”⁴⁰

La dificultad surge a partir de lo establecido en el Artículo 1081, ya que esta disposición establece dos términos de prescripción, la pregunta es ¿Cuál escoger?, ¿Cuál aplicaría?

El Artículo 1131 del Código de Comercio, señala que respecto de la víctima la fecha desde la cual correrán los términos de prescripción, será la de la ocurrencia de los hechos y frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formule la petición judicial o extrajudicial. De acuerdo a lo anterior a la víctima le aplica el término de prescripción de 5 años (víctima) y al asegurado el de 2 (asegurado), en los términos del Artículo 1081 del Código de Comercio. Esta disposición ha tenido muchas críticas, entre otras cosas porque se está dejando a la voluntad discrecional de la víctima la posibilidad de presentar o no su petición dentro del término pactado entre asegurador y asegurado, con un evidente perjuicio para éste último, pues si la víctima lo hace por fuera del término, el asegurado no tendrá cobertura.

³⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Conferencia ACOLDESE, Capítulo de Cali. Año 2001. Pg 14

⁴⁰ ACOLDESE. Memorias del XXI Ecuentero Nacional. Ed Guadalupe Ltda. Bucaramanga; pag 148.

Como solución a lo anterior se ha pensado que si se unifica el surgimiento del siniestro tanto para la víctima como para el asegurado a partir del hecho externo imputable al asegurado y se establece que el término de cobertura que se pacte en la póliza nunca puede ser inferior al término de prescripción de la acción del asegurado contra la aseguradora, no será relevante la reclamación judicial para efectos de la determinación del nacimiento del siniestro y se superará una serie de situaciones desfavorables para el asegurado en relación a las prerrogativas con las que actualmente cuenta la víctima dentro del marco del contrato de seguros.

Crítica:

La Ley 45 de 1990, no tuvo en cuenta el Artículo 1081 y el hecho de que en la prescripción ordinaria empieza a correr a partir del conocimiento que se tenga del hecho externo imputable al asegurado y no del acaecimiento del hecho mismo, estableciendo que la prescripción ordinaria empezaría a contarse a partir del siniestro, lo que contraviene lo establecido en el Artículo 1081.⁴¹

En cuanto a la prescripción extraordinaria, ella comenzaría a correr, cuando se produjera el hecho externo imputable al asegurado que sería el momento en que nace el derecho para el tercero afectado.

Ahora bien la dificultad está en definir cuál de las dos prescripciones se aplica, pues el término de dos años no sería lo lógico, pues ya se advirtió que la prescripción ordinaria opera con base en el conocimiento del hecho que da base a la acción y tampoco aplicaría la extraordinaria por una razón y es que de nada sirve al asegurado atacar una reclamación vía prescripción extraordinaria, cuando por regla general y ante la inevitable situación del asegurado de tener que indemnizar, la víctima cuenta con el término de prescripción general para las acciones de responsabilidad civil establecidas en el Código Civil de 10 años, sin que éste término pueda ser modificado por las partes.

⁴¹ ACOLDESE. Memorias del XXI Ecuentro Nacional. Ed Guadalupe Ltda. Bucaramanga; pag 151.

5.5.5. Los términos de prescripción vs Derecho a la igualdad

La jurisprudencia ha tratado el tema, y se ha referido a las discrepancia que existe entre el término de prescripción del Artículo 1081 del Código de Comercio y las modificaciones que tarjo consigo el Artículo 4 de la Ley 389 de 1997 y el propio Artículo 1131 del Estatuto Mercantil. Sin duda nos identificamos con la posición adoptada por la Honorable Corte Constitucional, pues se hace énfasis en que el problema de diferenciación sobre el término de prescripción y el momento en que comienza a correr para el asegurado y la víctima, se justifica teniendo en cuenta que son partes que se encuentran en situaciones de hecho y de derecho completamente diferentes.

Se genera entonces una discrepancia de carácter constitucional, pues se creería que la distinción que se hace frente a la prescripción del asegurado y de la víctima, vulnera el Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia que dispone:

***ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Se pensaría entonces que pretender una diferenciación del trato en los términos de prescripción, deja en clara desventaja al asegurado en relación con la víctima y más si se armoniza la norma citada con el Artículo 4 de la Ley 389 de 1997, lo cual haría posible que le asegurado y el asegurador pacten una cobertura temporal de la póliza que sea inferior al tiempo de prescripción de la acción que tiene el asegurado contra la aseguradora, situación que comporta igualmente la violación del derecho de igualdad del asegurado en relación con la víctima, ya que estando supeditado el nacimiento del siniestro a la reclamación de la víctima, puede suceder que tal reclamación tenga lugar por fuera de la cobertura temporal pactada entre el asegurado y el asegurador.

En consecuencia al no tener cobertura el siniestro en caso de que la víctima reclame por fuera del límite temporal de la cobertura, y que los términos de prescripción para el asegurado corren desde el momento en que se haga la reclamación, al pactarse una cobertura temporal de la póliza por un término mínimo de dos años, la prescripción de la acción de asegurado no tendría

efectos prácticos, al quedar el asegurado sin la cobertura del siniestro lo cual resulta perjudicial para su patrimonio.

Como se dijo unas líneas arriba no estamos de acuerdo con que se genere una vulneración a un precepto constitucional, pues las regulaciones que se tiene sobre el tema, como el caso del Art. 1131 del Código de Comercio, no se alude específicamente a un tipo alguno de prescripción para las partes, sino que simplemente se refiere, en términos generales, al momento en que comienza a computar el término de prescripción en relación con la víctima y en relación con el asegurado.

En cuanto a la disposición contenida en el Artículo 1131, es dable concluir que respecto del asegurado mediante una póliza de responsabilidad civil en la cual se hubiere estipulado la cláusula Claims Made, con arreglo a lo establecido en el Artículo 4 de la Ley 389 de 1997, con un término máximo de reclamación de dos años a partir de la terminación del contrato; a partir de la formulación de la reclamación judicial o extrajudicial por parte de la víctima, empezará a correr el término de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro contra el asegurador.

Con lo anterior seguimos sosteniendo que el asegurado y la víctima se encuentran en situaciones de hecho totalmente disimiles, que ameritan un trato diferenciado, tal y como lo establecen las normas ya mencionadas.

Una de las diferencias que podemos mencionar se da con relación al contrato, ya que mientras la víctima es solo una beneficiaria, el asegurado es parte en ese contrato, en su condición de deudor y potencial responsable. Dicha diferencia es muy relevante ya que, mientras el asegurado conoce todas las condiciones del contrato, la víctima ignora muchas veces incluso la existencia del contrato y su único conocimiento se circunscribe a la ocurrencia del daño.

En conclusión no es cierto que las normas que generan la controversia adopten dos criterios diferentes que vayan en contravía con el derecho a la igualdad y demarquen límites arbitrarios frente a la prescripción, toda vez que la contabilización de uno y otro se basan en hechos ciertos, de una parte, esto es para la víctima, a partir del acaecimiento del siniestro y, de otra, para el asegurado, a partir del hecho de la reclamación que haga la víctima (factor objetivo).⁴²

⁴² Corte Constitucional, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2e de abril de 2008, Exp. No. D – 7001, Sentencia C-388 de 2008.

5.5.6. La acción directa

Como la acción directa prescribe en dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho, naciendo de manera concomitante el derecho del tercero contra el asegurado y el asegurador, la inclusión de cláusulas Claims Made, no puede afectar esa situación del tercero, es decir, que la víctima cuanta con dos años desde el acaecimiento del hecho para ejercer la acción directa contra el asegurador.

Se debe destacar que por virtud de la ley y como una especie de protección de la víctima, esta última tiene dos años para reclamar incluso luego de expirada la vigencia de la póliza.

5.5.7. La prescripción de la acción directa

Frente a este tema existen dos escenarios:

- ✓ Prescripción del hecho ocurrido con anterioridad a la vigencia: “La acción directa solo nace a partir del momento de la suscripción de la póliza, y en consecuencia los dos años de la prescripción ordinaria solo se contarán a partir de la fecha de la suscripción del seguro.”⁴³
- ✓ Prescripción del hecho ocurrido durante la vigencia: Si el daño ocurre dentro de la vigencia de la póliza, los dos años de la prescripción ordinaria solo empiezan a correr desde que ocurre el hecho dañoso. Para el profesor Tamayo “la acción directa de la víctima frente al asegurador surge en el momento del daño siempre que el causante del daño, al momento de causarlo, tuviera una póliza vigente.”⁴⁴

Para el profesor Tamayo, una vez nace el derecho del tercero de ejercer una acción directa, el hecho que termine la vigencia de la póliza no afecta en nada sus derechos y por lo tanto la póliza deberá ampararlo hasta su acción prescriba en los términos del Artículo 1032 del Código de Comercio, esto es, 2 años.

⁴³ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Conferencia ACOLDESE, Capítulo de Cali. Año 2001. Pg 15

⁴⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Conferencia ACOLDESE, Capítulo de Cali. Año 2001. Pg 15

5.5.8. Imposibilidad de encontrar otro asegurador

Este es uno de los problemas a los que se ve enfrentado el asegurado, que ha contratado una póliza bajo la modalidad Claims Made, cuando durante la vigencia del contrato ocurre el hecho dañoso y la vigencia del contrato se da por terminada por expiración de la misma y el asegurado no ha formulado la respectiva reclamación judicial o extrajudicial.

La ley no ha sido clara en este sentido y no ha llenado ese pequeño vacío que obliga al asegurado a someterse a las condiciones que le sean impuestas por su aseguradora, manteniéndolo atado y sujeto a esa situación u obligándolo a dejar de lado su intención de continuar contratando el seguro y dejándolo absolutamente solo frente al hecho ocurrido.

Para el profesor Tamayo la solución está en que “la ley obligara a los aseguradores a suscribir la prórroga del contrato para que se amparen las reclamaciones hechas durante vigencias posteriores por los daños causados durante la vigencia inicial”. “Es decir, se pasaría de la cobertura de reclamación posterior, por el de reclamación por años anteriores previsto en el inciso primero del Artículo 4 de la Ley 389 de 1997 desde luego, pagando la prima correspondiente a cada vigencia, en cuyo caso, la cláusula Claims Made, aunque haría más costosa la cobertura, por los menos garantizaría al asegurado estar amparado”⁴⁵. Lo anterior teniendo en cuenta que la ley permite asegurar hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la póliza.

5.5.9. Cliente cautivo

Las Clausulas Claims Made, han dado lugar a un sin número de consumidores cautivos a la empresa aseguradora con la que se han vinculado, incluso una vez culminado el ejercicio de actividad cubierta bajo la póliza. Esto ocurre porque el asegurado, con el fin de no quedar desprotegido ante eventuales y futuros reclamos, se ve en el aprieto de continuar con el pago de la prima, limitando de esta manera el modo de contratar. En otras palabras, el asegurado, en caso de querer cambiar de aseguradora, quedaría desprovisto de cobertura por su conducta en razón de todos los hechos generadores de responsabilidad civil anteriores a la nueva póliza y si, de lo contrario desearía continuar con la misma compañía, está podría exigirle condiciones abusivas o simplemente decidir no renovar el contrato.

⁴⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Conferencia ACOLDESE, Capítulo de Cali. Año 2001. Pg 21

Lo anterior se ha visto como una de las desventajas más grandes de las cláusulas Claims Made, pues de cierta manera se podrían interpretar como cláusulas abusivas y monopolísticas del mercado asegurador que juega con la protección del patrimonio del asegurado.

CONCLUSIONES

1. El origen de las cláusulas Claims Made se justificó con el propósito de evitar los efectos patrimoniales negativos derivados de los siniestros tardíos, es decir, aquellos cuya ocurrencia se prolonga en el tiempo y cuya reclamación se realiza varios años después de finalizada la vigencia del contrato de seguro.

2. En Colombia y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 389 de 1997, se mantuvo el principio general que establecía que en el seguro de responsabilidad civil se amparaban los hechos del asegurado que generaban responsabilidad ocurridos durante la vigencia de la póliza, sin tener en cuenta que las acciones en contra del asegurado prescribían muchos años después de la finalización de la vigencia del contrato.

3. El que el reclamo bajo la modalidad Claims Made deba hacerse dentro de la vigencia de la póliza, o dentro de un plazo determinado con posterioridad al vencimiento de esta, genera una nueva condición en materia de seguros para que el riesgo asegurado sea cubierto de manera efectiva.

4. Las cláusulas Claims Made, tal y como se han aplicado a nivel mundial, podrían perjudicar a quien cumple con todas sus obligaciones contractuales, es decir, el asegurado. Dejando al hecho de un tercero por el cual no se debe responder, la posibilidad de la cobertura.

5. Se presentan problemas jurídicos frente a la aplicación de las cláusulas Claims Made, en atención a la normatividad vigente en Colombia dentro de los cuales se destacan: i.) Cuál es el momento en que ocurre el siniestro; ii.) Carencia de una definición legal del término de reclamación; iii.) Posibilidad de ejercer la acción directa respecto de cualquiera de dos aseguradores, cuando existiendo un asegurador durante la ocurrencia del siniestro, ingresa otro asegurador que ampara hechos ocurridos antes de la vigencia de su contrato, y la víctima no conoce de la ocurrencia del siniestro.

6. Dentro de las desventajas de las Cláusulas Claims Made, podemos destacar lo que la doctrina ha denominado “cliente cautivo”. Esta figura se presenta pues el asegurado para poder tener cobertura, debe mantener vigente la póliza de seguros durante todo el periodo de prescripción, ya que de haberse producido el hecho generador de responsabilidad, deberá tener vigente la póliza de seguros, por lo menos hasta la fecha que se produzca el reclamo.

7. Las cláusulas Claims Made, no deberían ser atacadas dogmáticamente, sino por el contrario ser juzgadas con objetividad, pues dentro de las ventajas que ofrece se destacan la cobertura de situaciones que de otra forma sería muy costoso cubrir, como las responsabilidades de plazo de prescripción muy largos, así como las responsabilidades que generan daños diferidos en el tiempo.

8. Las cláusulas Claims Made trae una ventaja al asegurado, pues la póliza posee un periodo de cobertura retroactivo, es decir, que puede haber lugar a amparar un siniestro cuya ocurrencia se ha trasladado mucho tiempo atrás de haberse tomado el seguro, siempre y cuando el hecho generador de la responsabilidad no haya sido conocido por el asegurado.

Bibliografía

LIBROS

- ✓ CONTRATO DE SEGURO, HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, DUPÉ EDITORES, 3ª EDICIÓN, 1999.
- ✓ ASPECTOS PROCESALES DEL CONTRATO DE SEGURO, HERNAN FABIO LOPEZ BLANCO, TEMIS, BOGOTÁ, 1980
- ✓ MANUAL DE DERECHO PROCESAL, AZULA CAMACHO, TOMO IV, PROCESOS EJECUTIVOS, CUARTA EDICIÓN, TEMIS.
- ✓ MANUAL DE DERECHO PROCESAL, AZULA CAMACHO, TOMO II, PARTE GENERAL, SEXTA EDICIÓN, TEMIS
- ✓ EFREN OSSA, TRATADO ELEMENTAL DE SEGUROS, 2ª ED. BOGOTÁ. EDIC. LERNER, 1963
- ✓ CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, DERECHO DE SEGUROS, TOMO I, TEMIS, 2010
- ✓ CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, DERECHO DE SEGUROS, TOMO II, TEMIS, 2010
- ✓ CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, DERECHO DE SEGUROS, TOMO III, TEMIS, 2010
- ✓ OSSA, JOSÉ EFRÉN, TEORÍA GENERAL DEL SEGURO, EL CONTRATO, TOMO I

PUBLICACIONES

- ✓ REVISTA IBERO-LATINOAMERICANA DE SEGUROS, VOL. 21 NO.36
- ✓ REVISTA IBERO-LATINOAMERICANA DE SEGUROS NO. 18 (SEP. 2002).

JURISPRUDENCIA

- ✓ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Cesar Julio Valencia Copete, 27 de julio de 2006, Exp. No. 05001-3103-017-1998-0031-01
- ✓ G.J. t. CCXXII, pág. 616; reiterada en sentencia de 25 de octubre de 2000, Exp. 5618.
- ✓ Sentencia C – 409 de 2009 Corte Constitucional
- ✓ Sentencia C – 640 de 2010 Corte Constitucional
- ✓ Sentencia C – 388 de 2008
- ✓ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia mayo 3 de 2000, Expediente 5360. Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas.

LEYES

- ✓ CÓDIGO DE COMERCIO COLOMBIANO – DECRETO 410 DE 1971
- ✓ CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO - LEY 57 DE 1887
- ✓ LEY 1480 DE 2011
- ✓ LEY 1564 DE 2012
- ✓ LEY 389 DE 1997