

5 EDICIÓN



SEGUROS

TEMAS

ESENCIALES



ECOE
EDICIONES


Universidad de
La Sabana

Dirección Académica
Fernando Palacios Sánchez

SEGUROS

TEMAS ESENCIALES

FERNANDO PALACIOS SÁNCHEZ
DIRECCIÓN ACADÉMICA

QUINTA EDICIÓN

Seguros : temas esenciales / dirección académica, Fernando Palacios Sánchez. -- Quinta edición.
-- Bogotá : Ecoe Ediciones y Universidad de La Sabana, 2024.
447 páginas.

Incluye datos curriculares del director editorial -- Incluye referencias bibliográficas al final de cada capítulo.

ISBN 978-958-503-868-4 (impreso) -- 978-958-503-869-1 (pdf)

1. Derecho de seguros - Colombia 2. Pólizas de seguros - Colombia 3. Compañías de seguros 4. Seguros 5. Derecho comparado I. Palacios Sánchez, Fernando, director

CDD: 346.861086 ed. 23

CO-BoBN- a1135408



Área: Derecho

Subárea: Áreas específicas del derecho

ECOE
EDICIONES



Universidad de
La Sabana

© Fernando Palacios Sánchez

© Ecoe Ediciones S.A.S.
info@ecoeediciones.com
www.ecoeediciones.com
Carrera 19 # 63 C 32
Teléfono: (+57) 321 226 46 09
Bogotá, Colombia

© Universidad de La Sabana,
Facultad de Derecho
www.unisabana.edu.co
publicaciones@unisabana.edu.co
Teléfono: (57-1) 8615555 Ext. 45001
Campus del Puente del Común
Km 7 Autopista Norte de Bogotá
Chía, Cundinamarca, Colombia

Quinta edición: Bogotá, marzo del 2024

ISBN: 978-958-503-868-4
e-ISBN (PDF): 978-958-503-869-1

Coordinadora editorial: Ana María Rueda G.
Coordinadora de producción editorial:
Paula Bermúdez Bello
Editora de adquisiciones: Alejandra Cely R.
Corrección de estilo: Andrés Caro
Diagramación: Denise Rodríguez
Carátula: Wilson Marulanda Muñoz
Impresión: Carvajal Soluciones de
Comunicación S.A.S.
Carrera 69 #15-24

*Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.*

Impreso y hecho en Colombia - Todos los derechos reservados

	incorporar cláusulas abusivas	20
	1.5.2.3. Obligaciones especiales de las entidades vigiladas	21
	1.5.2.4. Jurisprudencia relacionada con las cláusulas abusiva	22
	1.5.3. Listas negras en seguros.....	23
	1.5.4. La interpretación <i>pro consumatore</i>	26
	1.5.5. Derecho a la igualdad.....	27
1.6.	Reglas para alcanzar los resultados esperados del contrato de aseguramiento	28
	1.6.1. En el seguro no debe existir una sola parte que detente la información, la otra también debe estarlo para que pueda tomar una decisión informada	28
	1.6.2. La educación sobre el contrato de seguro es un derecho de los asegurados	28
	1.6.3. En el seguro la buena fe debe campear para las dos partes.....	28
	1.6.4. El seguro debe tener en el derecho del consumo un aliado y no un obstáculo.....	28
	1.6.5. El seguro es campo prohibido para las cláusulas abusivas.....	28
	1.6.6. El seguro debe generar la máxima confianza en el consumidor	28
	1.6.7. El universo normativo del seguro debe incorporarse en un código del seguro	29
	1.6.8. La cultura del servicio debe ser columna vertebral de la actividad aseguradora	29
	1.6.9. La venta del seguro se debe caracterizar por ofrecer el seguro con una buena asesoría que le permita al tomador tener coberturas acordes con los riesgos que amenazan al tomador ..	30
1.7.	Conclusiones.....	31
1.8.	Referencias	31
III.	Aspectos particulares de los seguros en el derecho comparado <i>Patricia Jaramillo Salgado</i>	33
	1.1. Reseña	33
	1.2. Introducción	33
	1.3. Las asociaciones de seguros.....	34
	1.3.1. La Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) ...	34
	1.3.2. ACOLDESE	35
	1.4. Las legislaciones de seguros.....	35
	1.4.1. Argentina	35
	1.4.2. Chile.....	36
	1.4.3. Colombia.....	37
	1.4.4. España.....	38
	1.4.5. Francia	38
	1.4.6. Perú	40
	1.4.7. Comentarios	41
1.5.	Intentos de armonización	41
1.6.	El perfeccionamiento y la prueba del contrato de seguro	41
	1.6.1. Argentina	41
	1.6.2. Chile.....	42
	1.6.3. Colombia.....	43
	1.6.4. España.....	44

1.6.5.	Francia	44
1.6.6.	Perú	45
1.6.7.	Comentarios	45
1.7.	La declaración del estado del riesgo	45
1.7.1.	Argentina	45
1.7.2.	Chile	48
1.7.3.	Colombia	49
1.7.4.	España	55
1.7.5.	Francia	57
1.7.6.	Perú	59
1.7.7.	Comentarios	60
1.8.	La prima	61
1.8.1.	Argentina	61
1.8.1.1.	Sección VIII: Prima	61
1.8.2.	Chile	63
1.8.3.	Colombia	63
1.8.4.	España	65
1.8.5.	Francia	66
1.8.6.	Perú	68
1.8.7.	Comentarios	69
1.9.	La prescripción	70
1.9.1.	Argentina	70
1.9.2.	Chile	70
1.9.3.	Colombia	71
1.9.4.	España	72
1.9.5.	Francia	73
1.9.6.	Perú	75
1.9.7.	Comentarios	75
1.10.	La acción directa en el seguro de responsabilidad civil	76
1.10.1.	Argentina	76
1.10.2.	Chile	77
1.10.3.	Colombia	77
1.10.4.	España	78
1.10.5.	Francia	78
1.10.6.	Perú	79
1.10.7.	Comentarios	79
1.11.	La subrogación del asegurador	80
1.11.1.	Argentina	80
1.11.2.	Chile	81
1.11.3.	Colombia	82
1.11.4.	España	83
1.11.5.	Francia	84
1.11.6.	Perú	85
1.11.7.	Comentarios	86
1.12.	El suicidio y los seguros	86
1.12.1.	Argentina	86
1.12.2.	Chile	87

1.12.3.	Colombia.....	87
1.12.4.	España.....	88
1.12.5.	Francia.....	89
1.12.6.	Perú.....	89
1.12.7.	Comentarios.....	89
1.13.	Referencias.....	90
IV.	Los intermediarios de seguros, su contratación entre particulares y con entidades estatales: el corredor de reaseguros	
	<i>César Augusto Núñez Villalba</i>	93
1.1.	Reseña.....	93
1.2.	Los intermediarios de seguros, su contratación entre particulares y con entidades estatales. Los corredores de reaseguros.....	94
1.2.1.	Concepto, idoneidad naturaleza jurídica e importancia de los intermediarios.....	94
1.2.1.1.	Concepto.....	94
1.2.2.	Importancia de los intermediarios de seguros.....	94
1.2.1.2.	Comentarios generales.....	94
1.2.1.3.	Importancia para las compañías de seguros.....	95
1.2.1.4.	Importancia para los tomadores y/o asegurados.....	95
1.2.1.5.	Importancia para el Estado colombiano.....	96
1.2.1.6.	Importancia cumplimiento normas <i>habeas data</i>	96
1.2.1.7.	Importancia sobre el diligenciamiento del formato Sarlaft.....	97
1.2.3.	Naturaleza jurídica.....	97
1.2.3.1.	Contrato de los intermediarios con la aseguradora.....	98
1.2.3.1.1.	Contrato con los agentes colocadores de póliza de seguros, con los agentes independientes y con las agencias colocadoras de seguros.....	98
1.2.3.2.	Contrato de los intermediarios con el tomador.....	99
1.3.	Clases de intermediarios de seguros.....	100
1.3.1.	Comentarios generales.....	100
1.3.2.	Los agentes colocadores de pólizas de seguros.....	100
1.3.2.1.	El agente dependiente colocador de pólizas de seguros y títulos de capitalización.....	100
1.3.2.2.	El agente independiente.....	100
1.3.3.	La agencia de seguros y agencias sometidas a vigilancia por la SFC.....	100
1.3.3.1.	Las agencias de seguros.....	100
1.3.3.2.	Análisis legal sobre la vigencia o no, de las agencias vigiladas por la SFC (antes asimiladas a corredores de seguros).....	101
1.3.3.2.1.	Análisis sobre las normas que crearon las agencias asimiladas a corredores de seguros.....	101
1.3.3.2.2.	Análisis sobre inexistencia legal de las agencias asimiladas a corredores de seguros.....	102
1.3.4.	El corredor de seguros.....	102

1.3.4.1.	Comentarios generales y concepto	102
1.3.4.1.1.	Obligaciones de los Corredores de Seguros.....	103
1.3.4.2.	Actividades autorizadas para los corredores de seguros del exterior	104
1.4.	Condiciones de acceso y del ejercicio de la actividad de intermediación de seguros	104
1.4.1.	Comentarios generales	104
1.4.1.1.	Personas autorizadas	104
1.4.2.	Condiciones de acceso y del ejercicio para agentes colocadores dependientes e independientes	105
1.4.3.	Condiciones de acceso y del ejercicio para la agencia colocadora de seguros.....	105
1.4.4.	Condiciones de acceso y del ejercicio para el corredor de seguros	106
1.4.4.1.	Trámites y procedimientos para su constitución.....	106
1.4.4.2.	Inscripción ante la Superintendencia Financiera de Colombia.....	106
1.4.4.3.	Análisis circular 050/ 2014 de la S.F.C. sobre idoneidad intermediarios	107
1.4.4.3.1.	Ámbito de aplicación y responsabilidad de las aseguradoras y corredores de seguros	107
1.4.4.3.2.	Excepciones.....	107
1.4.4.3.3.	Información	107
1.4.4.3.4.	Sistema Unificado de Consulta de Intermediarios de Seguros (SUCIS).....	108
1.4.5.	Condiciones de ejercicio para la intermediación de seguros en el ramo de riesgos laborales y comentarios sentencia C-49 de febrero 16/2022 Corte Constitucional sala plena sobre pago remuneración intermediarios ARL.....	108
1.4.5.1.	Condiciones de ejercicio para la intermediación de seguros en el ramo de riesgos laborales	108
1.4.5.2.	Comentarios sentencia C-49 de febrero 16/2022 Corte Constitucional sala plena sobre pago remuneración intermediarios ARL.....	110
1.4.6.	Inhabilidades y prohibiciones.....	110
1.4.6.1.	Inhabilidades	110
1.4.6.1.1.	Para agentes y agencias de seguros.....	110
1.4.6.1.2.	Para socios corredores de seguros.....	111
1.4.6.2.	Prohibiciones	111
1.4.6.2.1.	De carácter general	111
1.4.6.2.2.	Especiales.....	111
1.5.	Régimen de contratación de los intermediarios de seguros, entre particulares y con entidades estatales: remuneración.....	112
1.5.1.	Comentarios aplicables a ambas clases de contratación	112
1.5.1.1.	Designación del intermediario	112
1.5.1.2.	Remuneración del intermediario	113
1.5.2.	Régimen de contratación.....	113

1.5.3.	Régimen de contratación de los intermediarios de seguros con entidades estatales sujetas al estatuto de contratación de la Ley 80 del 1993, Ley 1150 de 2007 y Decreto 1082/2015 ..	113
1.5.3.1.	Comentarios generales y naturaleza jurídica del contrato	113
1.5.3.1.1.	Comentarios generales	113
1.5.3.1.2.	Naturaleza jurídica del contrato	115
1.5.3.1.3.	Requisitos que deben cumplir los intermediarios para hacer propuestas y contratar con entidades estatales	115
1.5.4.	Prohibición especial	117
1.5.5.	Contratación de varios intermediarios	117
1.5.6.	Término del contrato de intermediación	117
1.5.7.	Diferencias en la contratación pública entre aseguradoras e intermediarios	117
1.6.	Responsabilidad de las aseguradoras por actuaciones de los intermediarios	118
1.6.1.	Comentarios generales	118
1.6.2.	Responsabilidad de los intermediarios para con el tomador	119
1.7.	La supervisión y control de los intermediarios de seguros y régimen sancionatorio	120
1.7.1.	Intermediarios sujetos a supervisión permanente	120
1.7.1.1.	Intermediarios no sujetos a supervisión	120
1.7.2.	Régimen sancionatorio	120
1.7.2.1.	Régimen sancionatorio de los agentes y agencias.....	120
1.7.2.2.	Régimen sancionatorio de los corredores de seguros.....	121
1.8.	Normatividad aplicable a los intermediarios de seguros.....	121
1.8.1.	Normas aplicables a todos los intermediarios	121
1.8.2.	Normas aplicables a los agentes colocadores y agencias de seguros.....	121
1.8.3.	Normas aplicables a los corredores de seguros.....	121
1.8.4.	Normas aplicables a los intermediarios de seguros que explotan el ramo de riesgos laborales	121
1.8.5.	Aplicación de normas para la selección y contratación del intermediario, por una entidad estatal.....	121
1.8.6.	Normas aplicables a los corredores de reaseguros	121
1.9.	El corredor de reaseguros	122
1.9.1.	Concepto y descripción general	122
1.9.2.	Capital e inscripción.....	122
1.9.3.	Sistema de garantías para corredores de Reaseguro	122
1.9.4.	Prohibición especial de notas de cobertura.....	122
1.10.	Referencias	123
V.	Constitucionalización del derecho de seguros en Colombia y protección de derechos fundamentales: análisis jurisprudencial - Corte Constitucional <i>Gabriela Zarante Bahamón</i>	124
1.1.	Reseña	124
1.2.	El contrato de seguro y la acción de tutela como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales-procedencia excepcional	125

1.2.1.	Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en una controversia de seguros.....	126
1.3.	El contrato de seguro y el principio de la buena fe.....	130
1.4.	El contrato de seguro y la reticencia e inexactitud	133
1.5.	El contrato de seguro y los principios de solidaridad y de protección especial a personas en situación de debilidad manifiesta.....	139
1.6.	El contrato de seguro y el análisis de la prescripción vía acción de tutela.....	141
1.7.	Conclusiones.....	145
1.8.	Referencias	146
VI.	La evolución jurídica del reaseguro	
	<i>Diego Alejandro Coronado Sabogal</i>	149
1.1.	Reseña	149
1.2.	Agradecimientos	149
1.3.	Justificación de la investigación	149
1.4.	Reseña histórica del contrato de reaseguro	150
1.4.1.	El origen del reaseguro	150
1.4.2.	La primera póliza de reaseguro	150
1.4.3.	El contrato de reaseguro en el siglo XV	150
1.4.4.	Las primeras referencias normativas del contrato de reaseguro.....	150
1.4.5.	La creación de la primera compañía reaseguradora.....	151
1.4.6.	La obligatoriedad del reaseguro en el mercado	152
1.5.	La definición legal del contrato de reaseguro	152
1.6.	La naturaleza jurídica del reaseguro	152
1.6.1.	El reaseguro como una fianza o garantía.....	153
1.6.2.	El reaseguro como un contrato de mandato	153
1.6.3.	El reaseguro como un tipo de contrato de seguro.....	153
1.7.	Los principios tradicionales del contrato de reaseguro	153
1.7.1.	El principio de la buena fe.....	154
1.7.2.	El principio de la debida y oportuna información del asegurador al reasegurador.....	155
1.7.3.	El principio de la gestión directa del riesgo por parte del asegurador	155
1.7.4.	El principio de la comunidad de suerte	155
1.8.	Evolución convencional del contrato de reaseguro	155
1.8.1.	Las cláusulas de cooperación del asegurador y/o control del reasegurador.....	156
1.8.2.	Las cláusulas de pago simultáneo.....	156
1.8.3.	Las cláusulas <i>Cut-through</i> o de 'camino directo'	157
1.9.	Referencias	157

SEGUNDA PARTE. PÓLIZAS	159
VII. Seguros paramétricos: mitigando la vulnerabilidad socioeconómica a desastres <i>Cristian Camilo Fernández Lopera - Letícia Gontijo Furst Gonçalves</i>	159
1.1. Reseña	159
1.2. Introducción	160
1.3. Características de los seguros paramétricos	161
1.3.1. Definición	161
1.3.2. Usos prácticos desde la perspectiva societal e institucional	163
1.3.3. Limitaciones en el contexto de la GRD	164
1.3.4. Seguros paramétricos nivel macro / seguros soberanos de tipo regional	165
1.3.5. Seguros meso paramétricos	166
1.3.6. Seguros micro de tipo paramétrico	167
1.4. Enfoques innovadores para el desarrollo de seguros paramétricos desde los componentes técnico y social	169
1.4.1. Componente social	169
1.4.2. Componente técnico	171
1.5. Desafío y oportunidades en la implementación de seguros paramétricos	172
1.5.1. Desafíos	172
1.5.2. Oportunidades	173
1.6. Agradecimientos	173
1.7. Referencias	174
VIII. Seguro decenal <i>Libardo Polanco Cruz</i>	177
1.1. Reseña	177
1.2. Introducción	177
1.3. Génesis del seguro decenal	178
1.4. Actores en la cadena de construcción y entrega de vivienda objeto del mecanismo de amparo	180
1.5. El riesgo raíz, el riesgo asegurable y el riesgo asegurado en la póliza decenal	183
1.6. El seguro dentro de la Ley 1796 de 2016 y sus reglamentos	187
1.6.1. Quién lo suscribe	187
1.6.2. Cuándo se suscribe y lapso de vigencia	189
1.6.3. Qué eventos y bienes cubre y las exclusiones	189
1.6.4. Condiciones de respaldo	191
1.6.5. Suma asegurada	191
1.6.6. A quién le corresponde la prestación asegurada	192
1.7. Futuro de las reclamaciones y controversias frente a las expectativas	193
1.8. Referencias	193
IX. Riesgo y póliza <i>cyber</i> <i>Pablo Callejas Castro - Óscar Leandro Rodríguez Carreño</i>	196
1.1. Reseña	196
1.2. Información, riesgo tecnológico y ciberespacio	196
1.2.1. La importancia de la información	196
1.2.2. Pilares de la información	196
1.2.3. Identificación de activos de información	197

1.2.4.	Ciberespacio y riesgos digitales	198
1.2.5.	¿Seguridad de la información o ciberseguridad?	198
1.2.6.	¿Cuáles son los roles clave para gestionar la ciberseguridad al nivel interno de las compañías?.....	199
1.2.7.	Gestión de riesgos tecnológicos y ciber riesgos	199
1.2.8.	Principales estrategias de gestión de ciber riesgos	200
1.3.	La póliza de riesgo cibernético	201
1.3.1.	¿Qué impulsa la necesidad de contratar una póliza <i>cyber</i> ?.....	201
1.3.2.	Coberturas de responsabilidad civil	203
1.3.2.1.	Responsabilidad civil por privacidad.....	203
1.3.2.2.	Responsabilidad civil por seguridad.....	203
1.3.2.3.	Procedimientos regulatorios	203
1.3.2.4.	Procedimientos de GDPR (European Union General Data Protection Regulation)	203
1.3.2.5.	Requerimientos PCI-DSS (estándar de seguridad de datos para la industria de tarjetas de pago).....	203
1.3.2.6.	Responsabilidad por multimedia	203
1.3.3.	Coberturas de daño propio	203
1.3.3.1.	Gastos de gestión de eventos de privacidad y/o eventos de seguridad	203
1.3.3.2.	Pérdida de beneficios.....	204
1.3.3.3.	Pérdida de beneficios derivada de proveedores	204
1.3.3.4.	Pérdida de beneficios por daños a la reputación	204
1.3.3.5.	Pérdida de beneficios por fallos del sistema	204
1.3.3.6.	Pérdida de beneficios por fallos del sistema derivados de proveedores	204
1.3.3.7.	Gastos de reposición de activos digitales y gastos de mejora del <i>hardware</i>	204
1.3.3.8.	Extorsión	204
1.3.3.9.	Pago de recompensa	205
1.3.3.10.	Gastos de emergencia.....	205
1.4.	Modalidad de aseguramiento	205
1.5.	Cobertura no afirmativa (<i>Silent cyber</i>)	206
1.5.1.	Mercado del seguro <i>cyber</i>	209
1.6.	Aspectos generales de siniestros <i>cyber</i>	209
1.7.	Aspectos importantes al momento de gestionar un siniestro en una póliza de riesgo cibernético.....	211
1.7.1.	Principales pasos para generar la reclamación ante la aseguradora.....	212
1.8.	Referencias	212
X.	El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) en Colombia <i>Andrea Uribe Rincón - Andrés Felipe Alonso Jiménez</i>	213
1.1.	Reseña	213
1.2.	Introducción	213
1.3.	Antecedentes.....	213
1.4.	Elementos esenciales del contrato de SOAT.....	215
1.5.	Obligación condicional de pagar una suma de dinero	218
1.6.	Partes e intervinientes en el contrato de SOAT.....	220

1.7.	El SOAT como seguro obligatorio, su función social y su digitalización.....	223
1.8.	Digitalización del SOAT	228
1.9.	Improcedencia de la duplicidad de amparos.....	228
1.10.	Prueba de los daños	229
1.11.	Prescripción de las acciones derivadas del SOAT.....	231
1.12.	El Decreto 056 de 2015	231
1.13.	La Ley 2161 del 2021 (Ley SOAT).....	232
1.14.	Algunos inconvenientes y el futuro del SOAT	232
1.15.	El SOAT en los países de Suramérica	233
1.16.	Conclusiones.....	235
1.17.	Referencias	236
XI.	De la responsabilidad civil por el daño ambiental y el seguro ecológico en Colombia	
	<i>Jorge Eduardo Narváez Bonnet</i>	237
1.1.	Reseña	237
1.2.	Introducción	237
1.3.	Fundamento constitucional de la responsabilidad derivada del impacto ecológico.....	239
1.3.1.	Procedencia de la acción de tutela	246
1.3.2.	Finalidad de la acción de tutela	247
1.3.3.	La tutela y el derecho a un ambiente sano	248
1.3.4.	El derecho a un ambiente sano como derecho fundamental	249
1.4.	Lineamientos generales de la responsabilidad civil.....	250
1.4.1.	Fundamento de la responsabilidad civil	250
1.4.2.	Desarrollo de la responsabilidad civil	251
1.4.3.	Los caracteres actuales de la responsabilidad civil.....	252
1.4.4.	Los elementos de la responsabilidad civil.....	253
1.5.	Elementos de la responsabilidad por daño ecológico	255
1.6.	La contaminación ambiental como responsabilidad objetiva	256
1.7.	Diversos mecanismos para la protección medio-ambiental.....	259
1.8.	Evolución de la responsabilidad medioambiental en la Unión Europea.....	261
1.9.	El seguro ecológico	262
1.9.1.	Antecedentes	262
1.9.2.	Los fondos de compensación.....	263
1.9.3.	Los seguros obligatorios	265
1.9.4.	El seguro por daños al medio ambiente.....	266
1.9.5.	Evolución del contenido y extensión del amparo a nivel global.....	266
1.9.6.	El seguro ecológico en Colombia.....	271
1.9.6.1.	Propósito del seguro ecológico	272
1.9.6.2.	El riesgo ecológico o de contaminación.....	272
1.9.6.3.	Caracteres del riesgo de contaminación	273
1.9.6.4.	El riesgo ocurrencia vs el riesgo descubrimiento	275
1.9.6.5.	Las coberturas <i>claims made</i>	276
1.9.6.6.	La cláusula de siniestros en serie	279
1.9.6.7.	El daño ambiental puro.....	280
1.9.6.8.	La obligatoriedad del seguro ecológico	283

	1.9.6.9. La estructura del seguro ecológico.....	283
	1.10. La acción directa de la víctima contra el asegurador	285
	1.11. El siniestro: demostración de su acaecimiento y cuantía	287
	1.12. La prescripción de las acciones derivadas de la póliza.....	292
	1.13. Referencias	295
XII.	Seguro de responsabilidad civil y valoración del daño	
	<i>María Cristina Isaza Posse</i>	297
	1.1. Reseña	297
	1.2. Introducción	297
	1.2.1. Consideraciones previas	297
	1.2.1.1. Indemnización patrimonial en casos de muerte de menores de edad	301
	1.2.1.2. Los perjuicios extrapatrimoniales.....	301
	1.3. El daño moral	301
	1.3.1. Perjuicio moral con ocasión de pérdida o daño de cosa.....	301
	1.3.2. Perjuicio moral con ocasión del daño a las personas	302
	1.4. El daño a la vida de relación - daño a la salud.....	304
	1.5. Afectación o vulneración a otros bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados	306
	1.6. Referencias	308
XIII.	El seguro de transporte en el derecho colombiano	
	<i>Rafael Alberto Ariza Vesga</i>	309
	1.1. Reseña	309
	1.2. La actividad transportadora.....	309
	1.2.1. Marco general.....	309
	1.2.2. El contrato de transporte.....	310
	1.3. El seguro de transporte	312
	1.3.1. Breve referencia histórica	312
	1.3.2. Noción y características.....	313
	1.3.2.1. Clasificación.....	314
	1.3.2.2. Seguro universal o todo riesgo.....	315
	1.3.3. El interés asegurable en el seguro de transporte.....	317
	1.3.4. El riesgo asegurable	323
	1.4. La prima de seguro	327
	1.5. La obligación condicional del asegurador	328
	1.6. Otros aspectos destacados del seguro de transporte.....	330
	1.7. Conclusiones.....	331
	1.8. Referencias	331
XIV.	El seguro de cumplimiento: análisis jurisprudencial	
	<i>Luis Felipe Estrada Escobar</i>	333
	1.1. Reseña	333
	1.2. Introducción	333
	1.3. La reticencia en el seguro de cumplimiento	334
	1.4. ¿Procede la devolución de la prima en casos de terminación anticipada o de reducción del valor asegurado?	336
	1.5. Las facultades de las empresas de servicios públicos domiciliarios para hacer efectivas las pólizas de cumplimiento otorgadas en su favor	338
	1.6. La efectividad del amparo de estabilidad de obra.....	340

1.7.	¿Es inaplicable el artículo 1055 del código de comercio al seguro de cumplimiento? Análisis de los eventos en donde existe dolo por parte de los funcionarios de la entidad asegurada	344
1.8.	Resolución de controversias contractuales y el seguro de cumplimiento	347
1.9.	Referencias	351
XV.	El seguro de vida grupo <i>Hernán Edinson Castillo Linares</i>	352
1.1.	Reseña	352
1.2.	Introducción a los seguros de vida grupo	352
1.3.	Generalidades	352
1.4.	Modalidades de pólizas de vida grupo	353
1.4.1.	Pólizas no contributivas	353
1.4.2.	Pólizas contributivas	353
1.5.	Amparos que se pueden otorgar en los seguros de vida grupo	354
1.5.1.	Amparo básico (muerte)	354
1.5.2.	Incapacidad total y permanente	354
1.5.3.	Beneficio adicional por muerte accidental o desmembración (indemnización adicional por muerte accidental o desmembración)	354
1.5.4.	Enfermedades graves	355
1.5.5.	Homicidio asimilado a accidente	356
1.5.6.	Renta diaria por hospitalización	356
1.5.7.	Auxilio exequial	356
1.5.8.	Gastos médicos por accidente	357
1.6.	Beneficios adicionales	357
1.6.1.	Convertibilidad	357
1.7.	Beneficios para cónyuges y grupo familiar	357
1.7.1.	Participación de utilidades	357
1.8.	Determinación de los valores asegurados	358
1.9.	Selección de riesgos en los seguros de vida grupo	358
1.10.	Las primas de los seguros de vida grupo	359
1.10.1.	Clasificación manual	359
1.10.2.	Clasificación por experiencia de siniestralidad	360
1.10.3.	Clasificación combinada	360
1.11.	Los seguros de vida grupo deudores	360
1.12.	Referencias	361
XVI.	El seguro de transportes de mercancías en el transporte marítimo <i>Ricardo Ángel Pérez</i>	362
1.1.	Reseña	362
1.2.	Actividad del transporte marítimo	362
1.3.	Entidades que intervienen en el mundo del transporte marítimo	362
1.4.	Clubes de protección P&I	363
1.5.	Seguro de transporte marítimo de mercancías	365
1.6.	Contrato de transporte marítimo de carga	368
1.7.	Contratos sucesivos al transporte marítimo	369
1.7.1.	El transporte y el fletamento	369
1.7.2.	Obligaciones del transportador	370
1.8.	Referencias	370

TERCERA PARTE. LA EMPRESA DE SEGUROS	371
XVII. La comercialización en el sector seguros	
<i>Rubén Martínez Gil</i>	371
1.1. Reseña	371
1.2. Una visión comercial estratégica	371
1.2.1. La dinámica del mercado y el modelo de pensamiento lateral ..	374
1.2.2. La venta en esta década del siglo XXI	381
1.3. Los paradigmas en ventas y su efecto en los comportamientos del vendedor	382
1.4. Referencias	386
XVIII. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva ante la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades laborales	
<i>Viviana Marcela Plazas Muñoz</i>	387
1.1. Reseña	387
1.2. Introducción	387
1.3. Responsabilidad objetiva ante la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades laborales.....	387
1.3.1. Cobertura del sistema general de riesgos laborales.....	387
1.3.2. Prestaciones reconocidas por el sistema general de riesgos laborales.....	388
1.3.3. Ausencia de cobertura frente a la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad laboral	389
1.4. Responsabilidad subjetiva ante la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades laborales.....	390
1.4.1. Naturaleza y alcance de la responsabilidad del empleador en la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades laborales .	390
1.4.2. Culpa del empleador	392
1.4.3. Descuento de las prestaciones en dinero pagadas al trabajador de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios.....	393
1.5. La prevención como punto de encuentro entre las responsabilidades objetiva y subjetiva en la prevención de riesgos laborales.....	393
1.6. Conclusiones.....	394
1.7. Referencias	395
CUARTA PARTE. ASPECTOS TÉCNICOS.....	397
XIX. La selección del riesgo	
<i>William Orlando Pinzón Caicedo</i>	397
1.1. Reseña	397
1.2. Introducción	397
1.2.1. Cobertura de incendio y anexos (explosión, anegación, daños por agua, entre otros)	399
1.2.2. Sustracción / Hurto	401
1.2.3. Daño interno en equipos.....	401
1.2.4. Otros seguros.....	402
1.3. El riesgo moral	402
1.4. La inspección	403
1.4.1. ¿Quién debe realizar inspección?.....	404
1.5. Cómo realizar un análisis global de riesgos.....	404
1.6. ¿Para quién se suscribe?	405

1.7.	¿Cómo se determina el precio del seguro?.....	405
1.8.	El proceso de suscripción en microseguros.....	406
1.8.1.	¿Qué es el microseguro?	406
1.8.2.	¿A quién va dirigido?	407
1.8.3.	¿Qué características debe tener un producto de microseguro? .	407
1.8.4.	¿Qué se tiene en cuenta para el diseño de un producto en microseguros?	407
1.9.	La tecnología en el proceso de suscripción.....	409
1.9.1.	El proceso de suscripción	409
1.9.2.	Qué tener en cuenta o qué no olvidar a pesar de la existencia de las herramientas tecnológicas.....	411
1.9.3.	La tecnología y la regulación en el proceso de suscripción	412
1.10.	Referencias	413
XX.	La liquidación de las pérdidas en los seguros de daños	
	<i>Luis Eduardo Rodríguez Corsi</i>	415
1.1.	Reseña	415
1.2.	La liquidación de las pérdidas en los seguros de daños.....	415
1.3.	La liquidación de la pérdida: la indemnización.....	422
1.3.1.	Liquidación del seguro de daños reales a valor real con aplicación de demerito por uso en pérdidas parciales y pérdidas totales	422
1.3.2.	Liquidación del seguro de daños reales a valor de reposición o remplazo sin aplicación de demerito por uso en pérdidas parciales y pérdidas totales.....	423
1.3.3.	Liquidación a valor de reposición o remplazo sin aplicación de demerito por uso en pérdidas parciales y con aplicación de demerito en pérdidas totales.....	423
1.3.4.	Liquidación del seguro de daños reales a valor real sin aplicación de demerito por uso en pérdidas parciales.....	424
1.3.5.	La liquidación de las pérdidas en seguros de daños patrimoniales (diferentes a lucro cesante)	424
1.3.6.	La liquidación de las pérdidas en seguros de daños patrimoniales (lucro cesante)	424
1.4.	La prescripción de las acciones legales para obtener la indemnización ..	424
1.5.	El pago del siniestro válido.....	425
1.6.	Referencias	425
XXI.	Reaseguro	
	<i>Luis Eduardo Rodríguez Corsi</i>	426
1.1.	Reseña.....	426
1.2.	El contrato de reaseguros.....	426
1.2.1.	Objetivos del contrato de reaseguro	426
1.2.2.	Funciones del reaseguro	427
1.2.3.	Aspectos jurídicos del reaseguro.....	428
1.2.3.1.	Contrato regulado que depende de la voluntad de las partes.....	428
1.2.4.	Características del contrato reaseguro	428
1.2.5.	Independencia del contrato de reaseguros del de seguros.....	428
1.3.	Elementos esenciales	429
1.4.	La comunidad de suerte en el reaseguro.....	429
1.5.	El contrato de reaseguro tiene inmersa una operación de cambio.....	429

1.6.	La prescripción del contrato de reaseguro	429
1.7.	Aspectos técnicos del reaseguro	430
1.7.1.	La suscripción y los portafolios en el contrato de reaseguro	430
1.7.2.	La retención de la aseguradora	430
1.7.2.1.	Retenciones especiales	430
1.8.	Los tipos de contratos de reaseguro	431
1.8.1.	Reaseguro automático	431
1.8.2.	Reaseguro facultativo	431
1.8.3.	Reaseguro proporcional	432
1.8.3.1.	Clases de contratos de reaseguro proporcional	433
1.8.4.	Reaseguro no proporcional	435
1.8.4.1.	Clases de contratos de reaseguro no proporcional ...	436
1.8.4.1.1.	Reaseguro no proporcional operativo o por riesgo (XL)	436
1.8.4.1.2.	Reaseguro no proporcional catastrófico o por evento (WXL)	436
1.8.4.1.3.	Reaseguro no proporcional operativo- catastrófico (XL y WXL)	436
1.8.4.1.4.	El reaseguro no proporcional <i>stop loss</i>	436
1.8.4.2.	Cláusulas comunes en los contratos no proporcionales	436
1.9.	Referencias	437

PRÓLOGO

La Especialización en Seguros y Seguridad Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, presenta ante la comunidad aseguradora, con motivo de la celebración del vigésimo quinto aniversario de su fundación, la V edición del libro *Seguros. Temas esenciales*. Esta obra consta de cuatro partes que permiten una visión holística del seguro:

La primera, sobre aspectos legales, la segunda, referida a las pólizas, la tercera, con temas propios de la empresa de seguros y la cuarta que trata los aspectos técnicos del seguro.

La citada especialización cuenta a la fecha de la presente edición con 886 egresados titulados, para quienes la obra será de especial interés; así como para los actuales y futuros estudiantes, los profesionales del seguro, tales como abogados, técnicos de seguros, funcionarios de las compañías de seguros y de reaseguros, intermediarios de seguros, agentes, agencias y corredores, profesores de seguros y de derecho comercial, jueces y todas las personas interesadas en este contrato, quizás el que contiene, para los países, el más grande alcance en lo social y en lo económico.

En efecto, el seguro protege al núcleo más importante de la sociedad: la familia, a través de seguros de vida, accidentes, educación, bienes, entre otros. Igualmente, cubre a la industria y al comercio, además, sin este instrumento de previsión, el Estado no podría protegerse de las obligaciones que contraen los contratistas con este: para lo cual exige seguros de cumplimiento, de igual manera, con el seguro de responsabilidad civil se cubren los eventuales actos culposos en que pueden incurrir las personas. Sin el seguro de transporte no habría garantía para los distintos actores que en este intervienen, solo para citar algunos ejemplos.

La presente obra ofrece el estudio del aseguramiento desde distintos ángulos y constituye importante aporte a la doctrina de los seguros. Nuestros más vivos agradecimientos por su valiosa colaboración académica a los coautores; a la doctora Diana María Gómez, directora de especializaciones, y al doctor Fernando Palacios Sánchez, asesor de procesos académicos de la especialización y profesor de Derecho de Seguros de esta.

Carlos Enrique Arévalo Narváez
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de La Sabana

PRIMERA PARTE

ASPECTOS JURÍDICOS

I. Incumplimiento recíproco

Álvaro Mendoza Ramírez

1.1. Reseña

La finalidad del escrito, en la versión enviada, hasta la fecha todavía inédita, fue establecer un análisis crítico sobre la evolución de la jurisprudencia relativa al incumplimiento recíproco, evolución que ha tenido, desafortunadamente, un resultado generalmente desorientador. Sin embargo, en las últimas decisiones se adivina una nueva orientación, que el suscrito recibe con alborozo, bien a pesar de las falencias en lo tocante a la posibilidad de restablecer el equilibrio económico en los casos en que se acepte la resolución o la terminación del contrato, y en lo relacionado con definir qué sucede cuando una parte pide la resolución o terminación y la otra reconviene, solicitando el cumplimiento forzado (o al contrario), punto este último que ni siquiera se ha tocado en las decisiones jurisprudenciales.

1.2. Contenido

Un tema que ha suscitado opiniones muy encontradas en la jurisprudencia y en la doctrina es el del incumplimiento recíproco o mutuo, respecto de un convenio contractual. Llamamos así, por regla general, a aquel en el que todas las partes omiten la satisfacción plena de lo pactado.

En tanto el acreedor tiene derecho a la satisfacción total de lo debido, el cumplimiento apenas parcial del deudor constituye paralelamente incumplimiento del resto de su compromiso. Mencionamos lo anterior, por cuanto en materia de incumplimiento recíproco puede darse que una o algunas de las partes hayan cumplido parcialmente su débito y, a partir de este pago incompleto, se presente el incumplimiento de todos los demás contratantes, incluyendo aquel o aquellos que atendieron parcialmente su deber.

En todo caso, conviene advertir que el incumplimiento que permite la resolución o terminación de lo pactado, según las palabras más técnicas del artículo 870 del ordenamiento mercantil, es aquel que con alguna impropiedad, a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, incorporada a nuestro derecho interno por la Ley 518 de 1999 y de los Principios de UNIDROIT, promulgados en 2004 y actualizados en 2016, debe ser denominado como esencial o sustancial, es decir, aquel respecto del cual pueda suponerse racionalmente que no satisface las expectativas del acreedor de una manera importante, sin que se trate de algo meramente porcentual o cuantitativo. En efecto, un incumplimiento no sustancial o no resolutorio, como prefiere con razón denominarlo nuestra Corte, solo da lugar a que se pida la ejecución forzosa, no la resolución o terminación de lo pactado.

La alternativa que la ley hoy consagra no proviene del derecho romano, que solo la conoció de manera parcial y en algunos casos, cuando se hubiera estipulado expresamente (*lex commissoria*, Valencia, 1960), sino del derecho canónico, en el cual sus cultores, por razones de equidad, propusieron la fórmula de “*non servanti fidem, non est fides servanda*” (Capitant, 1989). El inspirador del *Code Civil français*, Robert Joseph Pothier, fue claro al expresar que “a pesar de que no se pactase en un contrato la condición resolutoria [denominación está hartamente desafortunada, porque la condición se refiere a las obligaciones, no a los contratos], esta debía subentenderse, de modo que quien incumpla faculta al otro contratante para pedir la resolución” (Dupin, 1824).

La posición reiterada de la Corte sobre este particular, varias veces expresada, se resumió en el contenido de la siguiente sentencia:

Acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 23 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del artículo 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) **que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas** (negrilla y subraya fuera del texto) y, c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden [...]. El precepto contenido en la acción resolutoria no permite entenderlo, porque no lo dice, que dicha acción pueda promoverla con éxito cualquiera de los contratantes cuando se da el caso de incumplimiento recíproco de obligaciones simultáneas (Sala de Casación Civil, 1979).

La posición anterior, repetida por años, tiene el gravísimo inconveniente de mantener vigente el contrato y ligadas a las partes por un vínculo que solo puede terminar por la expiración del plazo pactado o por la presencia de una condición resolutoria establecida, en caso de que estas circunstancias se den y se den en un plazo razonable. No parece haber sido esta la intención de los legisladores civil y comercial, frente a una situación a todas luces ilógica. Mantener las partes ligadas por largo tiempo, a pesar de que puedan haber suspendido la ejecución contractual en desarrollo de lo previsto por el artículo 1609 del Código Civil, cuando ninguna de ellas puede pedir ni el cumplimiento ni la resolución o terminación de lo pactado, no es cosa razonable. Esta es la situación que la doctrina y la jurisprudencia han denominado con acierto como el “estancamiento contractual”.

Respecto de la posición anterior, piénsese en la situación de unos contratantes que hayan cumplido al menos parcialmente prestaciones recíprocas, pero no equivalentes, quedando entre ellos un balance desfavorable para algunos de ellos, sobre el cual no cabe la acción de pedir el restablecimiento mediante la solicitud de atención a las prestaciones incumplidas o de la resolución o terminación, liquidando las consecuencias que se hayan podido producir. Acaso puede suponerse en este evento, con un poco de imaginación, la posibilidad de invocar un enriquecimiento sin causa, pero estaríamos en tal caso acudiendo a un instrumento paralelo, residual y ajeno a aquel que debería dimanar del contrato mismo recíprocamente incumplido.

Una posición intermedia, vigente durante pocos años, pretendió encontrar en el incumplimiento recíproco de las partes una expresión tácita de una voluntad resciliatoria o de un distracto contractual, como igualmente se lo denomina, en el sentido de que, si ninguna de ellas se movió a cumplir con lo prometido, esta conducta implica, no solo un desentendimiento de lo pactado, sino además un querer tácito enderezado a desvincularse mutuamente de la voluntad contractual, como expresamente lo permite el artículo 1602 del Código Civil.

La tesis anterior, que buscaba solucionar parte del problema, no dejando a las partes atadas y sin posibilidad de ninguna acción, fue rápidamente recogida por una cadena de providencias que regresan a la posición anterior afirmando, en este caso, a nuestro juicio con toda razón, que una voluntad de destrate, de revocación del compromiso, debe deducirse de conductas claras de las partes, en tanto en este sentido la voluntad expresa o tácita debe ser inequívoca, como resulta del artículo 1506 in fine del Código Civil y del artículo 824 del Código de Comercio¹. Por lo demás, esta tesis no enfrentó la forma de liquidar las prestaciones recíprocas que pudieran resultar de la pretendida resciliación tácita.

Con todo, en nuestra opinión, el problema merece una revisión, por cuanto, si se ha pretendido salvar solo el derecho de la parte cumplida o dispuesta a cumplir, por otra parte, resulta irrazonable mantener sin solución un vínculo jurídico que no permite ninguna clase de acceso a la justicia. De alguna manera, por este camino se está incurriendo en el mismo problema que la doctrina anota respecto de las llamadas obligaciones naturales, que carecen de acción para exigir su cumplimiento. El régimen jurídico no puede reconocer la existencia de relaciones obligacionales que no permitan una solución jurisdiccional, en tanto es esta la última ratio, cuando las partes mismas no encuentran los caminos para resolver sus diferencias, caminos estos que son los más sensatos, pese a lo cual deben existir soluciones heterocompuestas, cuandoquiera que no se logran las autocompuestas.

El problema de mantener atadas a las partes se ve con mayor claridad a través del artículo 865 del Código de Comercio, nunca invocado curiosamente por la jurisprudencia, según el cual:

El incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no liberará de sus obligaciones a los otros, a menos que aparezca que el negocio se ha celebrado en consideración a tales contratantes o que sin ellos no es posible alcanzar el fin propuesto.

Esta norma debe contrastarse con la del artículo 1609 del Código Civil, que constituye un brillante agregado de don Andrés Bello a sus referentes en el Code Civil francés de 1803, para concluir que el incumplimiento no es liberatorio, sino que apenas autoriza a las demás partes para suspender la ejecución contractual mientras la justicia decide. Que el artículo 865 se trate de un precepto comercial no es óbice, en nuestro criterio, para su aplicación a las cuestiones civiles. Por décadas, hemos sostenido la remisión inversa a aquella del artículo 822 del Código de Comercio, en el entendimiento de que los vacíos o perplejidades de la legislación civil deben resolverse acudiendo a aquella mercantil, en tanto se trata de ordenamientos ambos de derecho privado, que regulan materias, no solo afines, sino generalmente idénticas.

No siendo, por tanto, liberatorio, si bien este incumplimiento autoriza a las demás partes para suspender la ejecución contractual a su cargo, por otra parte, mantiene los vínculos obligacionales y, en tanto estos existan, debe admitirse para ellos la posibilidad de exigirlos o de pedir su

1 Véanse Sents. de 18 diciembre 2008, exp. 1996-09616-01; de 17 febrero 2007, exp. 0492-01; de 1° diciembre 1993, expt. 4022; de 7 marzo 2000, exp. 5319; de 14 diciembre 2010, exp. 4101-31-03-001-2002-08463-01, y de 28 febrero 2012, exp. 05282-3103-001-2007-00131-01

liberación. Lo propio de una obligación es su exigibilidad, salvo el instituto anacrónico de las denominadas obligaciones naturales. De no ser así, carecería de sentido la disposición del artículo 865 del Código de Comercio antes citada. La presencia de la mora, en desarrollo de la previsión del artículo 1609, destruye sin duda alguna los efectos relativos al derecho de pedir perjuicios posteriores a dicha mora, pero no necesariamente la exigibilidad de lo pactado, ni la posibilidad de solicitar su liberación. El derecho de acción no está inescindiblemente atado a la mora. De lo contrario, no podría entenderse la posibilidad de impetrar una nulidad o de solicitar una revisión ante una excesiva onerosidad sobreviniente, etc., cuando no se hubiere dado el fenómeno moratorio.

Impedir que cualquiera de las partes acuda a solicitar una solución jurisdiccional, si no logra un acuerdo con las demás, a nuestro juicio es una solución contraria al artículo 229 de la Constitución Política, que autoriza a toda persona para acceder a la administración de justicia. Dentro de esta perspectiva, debe modularse el entendimiento del artículo 1546 Código Civil y del artículo 870 del Código de Comercio.

Por esta razón, nuestra posición personal consiste en sostener que, en el caso de incumplimiento recíproco, debe abrirse la puerta para que cualquiera de las partes pueda solicitar alguna de las dos posibilidades que derivan del artículo 1546 del Código Civil y del artículo 870 del Código de Comercio, es decir, pedir la resolución o terminación de lo pactado, liquidando las respectivas prestaciones mutuas o, en subsidio, acudir a exigir el cumplimiento demorado. Sin embargo, está claro que el desentendimiento recíproco de lo convenido debe llevar a que, en tal caso, ninguna de las partes pueda exigir de la otra las consecuencias de la mora posterior al respectivo incumplimiento, en tanto ambas incumplieron. Por este camino, se evita que las partes queden en una suerte de limbo jurídico, no pudiendo exigirse nada, pero a la par manteniendo los lazos adquiridos.

La tesis que avanzamos, aceptada incidentalmente por la Sala de Casación Civil de la Corte², no es contraria a los textos legales, como se ha afirmado expresamente en varias decisiones de la Sala de Casación Civil, incluso en una de las más recientes³, según adelante se verá. Esta última implica un importante giro jurisprudencial, pero con todo mantiene una interpretación excesivamente exegética del artículo 1546 del Código Civil y del artículo 870 del Código de Comercio⁴. En la sentencia atrás mencionada, con toda razón, se expresó respecto de la doctrina tradicional:

Tal interpretación conduce necesariamente a un estancamiento en las relaciones contractuales [...] Si el acreedor que a su turno ha incumplido no tiene derecho a pedir la resolución, ni la ejecución, quiere ello decir que su derecho subjetivo carece de acción. Crédito sin acción no es crédito.

En efecto, si se repasa el artículo 1546 del Código Civil, se encuentra que, en caso de incumplimiento, puede “el otro contratante” (podemos leer los otros contratantes, ya que pueden ser varios) pedir a su arbitrio la resolución o el cumplimiento, de idéntica manera como el artículo 870 del Código de Comercio contempla la misma solución, refiriéndose igualmente a la otra parte. Estas expresiones, el “otro contratante” o “la otra” parte, no nos llevan necesariamente a entender por tal a quien sí cumplió o estuvo dispuesto a cumplir, sino a una parte distinta de la que invoca un incumplimiento ajeno, sin por ello rechazar necesariamente el propio.

Concordamos con la jurisprudencia en el sentido de que un incumplimiento recíproco no implica necesariamente una voluntad contraria a lo pactado, sino muchas veces una dificultad para

2 Véase Sent. de 7 diciembre 1982, Gaceta Judicial, núm. CLXV.

3 Sentencia SC 1662 de 5 de agosto de 2019, Radicación 11001-31-03-031-1991-05099-01.

4 Véase la reciente Sent. SC-1662-2019 de 5 agosto, rad. 11001-31-03-031-1991-05099-01.

atender el compromiso o, en no pocas ocasiones, un descuido o negligencia. En estas condiciones, partiendo de reconocer que las partes se habían convenido en algo que, es de suponer, les interesa por igual, porque llegaron al acuerdo respectivo, no puede acogerse la conclusión, sin suficientes asideros, de que no se desea perseverar en lo convenido, ni que el interés negocial se haya necesariamente perdido. Los vínculos negociales siguen siendo “Ley para las partes”, en los términos del artículo 1602 del Código Civil, no pudiendo desatarse sino por “causas legales” o por un “consentimiento mutuo” que debe ser inequívoco, como lo quieren los textos de Ley⁵. Por tanto, a nuestro juicio, cualquiera de los contratantes debe ser habilitado para pedir la ejecución de lo debido o para optar por la liberación del vínculo. La administración de justicia no es un premio, una cucaña, para quien se haya comportado correctamente, sino que es un derecho de todo ciudadano, en forma tal que negar el acceso a ella puede ser tomado como una interpretación contraria al texto del artículo 229 de la Constitución Política.

Aquí podemos regresar sobre el tema tratado al comienzo, relativo a que, con todo, se haya presentado un cumplimiento parcial, ya sea por alguna de las partes, ya sea por varias de ellas o por todas, caso en el cual no podríamos predicar de quienes sí hayan satisfecho parcialmente sus compromisos la condición absoluta de incumplidos. En este caso, entendemos que se refuerza aún más nuestra posición, porque, ante la desatención ajena de lo pactado, quien reclame contra ella no sería necesariamente alguien en absoluto renuente a atender sus deberes contractuales.

Una objeción que puede proponerse a la tesis que sostenemos consiste en que quien demande cualquiera de las alternativas establecidas va a poder ser objeto de la denominada “*exceptio non adimpleti contractus*”, derivada por la doctrina del ya mencionado artículo 1609 del Código Civil. A esta objeción respondemos sosteniendo que, para nosotros, no sería dable aceptar esta posición, porque ella implica hacer de quien haya incumplido una especie de “paria jurídico”, a quien se le niega la posibilidad de defender sus derechos ante la existencia de su propia culpa. El fundamento de su pretensión no sería su culpa personal y exclusiva, sino una culpa compartida.

La reciente sentencia de la Sala de Casación Civil, citada bajo nota anterior N.º 7, implica una rectificación muy importante, al aceptar que una parte incumplida pueda, con todo, acudir a alguna de las alternativas del artículo 1546 del Código Civil y del artículo 870 del Código de Comercio. Sin embargo, lamentamos que para esta conclusión la Corte se haya apoyado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, norma que ha sido jurisprudencialmente fuente de muchas conquistas importantísimas dentro de nuestro derecho privado. Es verdad que resulta altamente plausible echar mano de esta disposición cuando no exista otra normativa aplicable al caso, buscando solucionarlo a través de la analogía y, a falta de esta, de la doctrina constitucional y de las reglas generales de derecho. Importante nos parece que exista una ventana abierta para resolver cuestiones que no encuentren respuesta por otra vía, ya que el derecho debe ser completo, esto es, solucionar todos los problemas que se presenten, no cabiendo la posibilidad de denegar la justicia ante unos vacíos legales.

Sin embargo, en la materia que analizamos, no encontramos los hoyos negros que llevaron a la Corte a una importantísima rectificación jurisprudencial, con apoyo en el mencionado artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Reiteramos nuestra posición anterior en el sentido de que los textos del artículo 1546 del Código Civil y del artículo 870 del Código de Comercio, rectamente estudiados, no cierran la puerta para que cualquiera de las partes, invocando el incumplimiento de otra u otras, pueda acudir a una de las alternativas planteadas por estas normas. Cuando ambas se refie-

5 C. C., arts. 1506 in fine, y C. de Co., art. 824.

ren al “otro contratante” o a “la otra” parte, ninguna de ellas está afirmando que debe tratarse de una parte que sí haya cumplido. Agregarle esta condición al texto, como lo había venido haciendo la jurisprudencia anterior, es cambiar la redacción de las normas respectivas.

Por lo demás, nos preocupa la circunstancia de que esta rectificación de la jurisprudencia tradicional se haya adoptado de una manera muy apretada, con el auxilio de un conjuer para dirimir un empate en las opiniones de los señores magistrados, lo cual hace temer que la nueva línea adoptada no resulte hacia adelante muy estable.

Igualmente, expresamos nuestra opinión contraria a lo afirmado en la sentencia últimamente aludida, en el sentido de que, si se admite la acción del contratante incumplido para pedir la resolución o terminación de lo pactado o su ejecución forzada, según el caso, no pueda ninguna de las dos partes pedir perjuicios. Esta, que ha sido la posición del doctor Oviedo Albán en el escrito ya citado y que, como conjuer de la decisión la introdujo en ella, nos parece desacertada. En efecto, cabe la posibilidad de que uno de los contratantes, a pesar de su incumplimiento posterior, haya satisfecho de manera importante las prestaciones a su cargo, mientras el otro u otros no lo hayan hecho o sí hayan cumplido, pero de manera muy parcial. En este caso, debe existir un camino para restablecer el equilibrio económico en los incumplimientos, permitiendo que la parte que haya cumplido más pueda solicitar perjuicios a aquella que haya cumplido menos.

Queda por considerar lo que puede suceder si alguna de las partes que no haya satisfecho enteramente su débito, con todo convoca a las demás, igualmente incumplidas, para hacer uso de uno de los extremos de la alternativa establecida en el artículo 1546 del Código Civil y el artículo 870 del Código de Comercio. En este caso, cualquiera que sea la posición escogida por la parte que asume la iniciativa, puede suceder que la otra u otras reconvengan, proponiendo una salida contraria. Si la primera solicitó la resolución o terminación, la otra u otras podrían pedir el cumplimiento de lo pactado, frente a un vínculo todavía vigente, puesto que no ha sido ni resuelto ni se le ha puesto fin. Este tema no fue abordado por la sentencia que venimos comentando últimamente⁶, si bien se encuentra una referencia a él en uno de los salvamentos de voto.

En esta hipótesis, que podría ser tomada como un obstáculo insalvable para la posición que defendemos, caben a nuestro juicio dos soluciones, frente a las cuales optamos definitivamente por la segunda de ellas: la primera, aplicar analógicamente, con un entendimiento amplio de él, el texto del último inciso del artículo 868 del Código de Comercio, aceptando la posibilidad de que el juez decida entre la continuidad de lo pactado o su resolución o terminación, según las circunstancias y cuanto pueda presumirse de la intención de las partes. La segunda, que no es enteramente distinta de la anterior, aplicar el principio de la “conservación del negocio jurídico” o del favor contractus, para optar, en la medida de lo posible, por el cumplimiento de lo pactado, partiendo de la base de que es este cumplimiento el que responde en mejor forma a la intención original de las partes y el que desarrolla de manera más adecuada textos como los de los artículos 1501 y 1620 del Código Civil y de los artículos 865, 902, 903 y, muy particularmente, del artículo 904 del Código de Comercio.

Obviamente, este favor contractus solo puede tener lugar cuando el examen de las circunstancias suscitadas con el incumplimiento recíproco no haga desaconsejable el mantenimiento de lo pactado, es decir, cuando no sea dable suponer (presunción de hombre) que las partes hayan perdido interés en su acuerdo de voluntades.

Esperamos que el equilibrio precario que llevó a la decisión no sea posteriormente rectificado con nuevos pronunciamientos sobre la cuestión. Lamentablemente este temor se cumplió en sentencia poco posterior, que no registra salvamentos de voto, si bien varios de los magistrados que la suscriben habían igualmente estado de acuerdo con la decisión mayoritaria antes mencionada. En esta última ocasión se afirmó⁷.

Según el artículo 1546 del Código Civil, la acción dirigida a obtener la resolución de un contrato, así como la que se entabla para que ordene su ejecución, exigen que el demandante haya cumplido las obligaciones a su cargo. Por consiguiente, son tres los presupuestos de la acción resolutoria: a) que el contrato sea válido; b) **que el contratante que proponga la (negrilla y subraya fuera del texto) acción haya cumplido o allanado a cumplir las obligaciones que asumió**, y c) que el contratante demandado haya incumplido lo pactado (el subrayado y la negrilla son nuestros).

Por el camino de la sentencia citada se regresa a la posición anterior de la Corte, dejando de lado las consideraciones con las cuales hemos querido sostener nuestra posición sobre este tema. Afortunadamente, más adelante se regresó a la posición anterior⁸, si bien dentro de un marco de consideraciones que no compartimos, pero a las cuales no podemos referirnos para no alargar exageradamente el presente escrito.

1.3. Referencias

Capitant, H. (1989). *De la cause des obligations*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.

Corte Constitucional [CC]. Sentencia del 5 de agosto de 2019.

Corte Constitucional [CC]. Sentencia del 7 de diciembre de 2020.

Corte Constitucional [CC]. Sentencia del 5 noviembre de 1979.

Corte Constitucional [CC]. Sentencia del 7 diciembre de 1982.

Corte Constitucional [CC]. Sentencia del 18 diciembre de 2008.

Dupin, M. (1824). *Traité des obligations*.

Valencia, A. (1960). Derecho civil (tomo III). Temis.

7 Sentencia de 7 diciembre 2020, con radicación 11001-31031-019-1994-00765-0.

8 Véase la sentencia SC666 de 25 de agosto de 2021, Radicación 66001-3103-2012-00061-01.