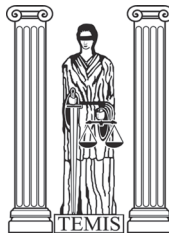


ASPECTOS PROCESALES DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

JOHN FREDY BUSTOS

**ASPECTOS PROCESALES
DEL SEGURO
DE RESPONSABILIDAD CIVIL**



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2015

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o una parte de esta obra sin permiso expreso de Corporación Universitaria Republicana.

Publicación sometida a pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons

Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 4.0 International



ISBN 978-958-59427-7-6

© Fondo de Publicaciones Corporación Universitaria Republicana, 2017.

© John Fredy Bustos, 2017.

Diagramación y corrección: Editorial TEMIS S.A.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

www.editorialtemis.com

correo elec. editorial@editorialtemis.com

Diseños y gráficos originales de Editorial TEMIS S.A.

Hecho el depósito que exige la ley.

A la Trinidad, a quien todo le debo, la Gloria es para Uds!

A mi padre, Alvaro Bustos (q.e.p.d.)

A mi madre, Mercedes Lombana de Bustos.

A Flor Alba Torres Rodríguez y al Maestro Jorge Enrique Córdoba Poveda.

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Introducción	1
CAPÍTULO I	
APROXIMACIÓN AL TEMA E IMPORTANCIA	5
CAPÍTULO II	
CLÁUSULA COMPROMISORIA	
1. Efecto entre las partes de la cláusula compromisoria	15
2. Cláusula compromisoria frente a los terceros	16
3. Llamamiento en garantía.....	17
4. El proceso arbitral	22
CAPÍTULO III	
ACCIÓN DIRECTA	
1. Ley 45 de 1990.....	25
CAPÍTULO IV	
EL LITISCONSORCIO	
1. Litisconsorte necesario.....	35
2. El litisconsorcio en el seguro de responsabilidad civil	36
3. Vinculación del litisconsorcio necesario por intervención del juez	38
4. La vinculación a los herederos como parte procesal.....	39
5. Características de la intervención litisconsorcial	39
6. Acción directa contra entidades estatales. Jurisdicción competente....	40
CAPÍTULO V	
DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS DIFERENTES PROCESOS	
1. Proceso civil.....	41
A) Abstención en la contestación de la demanda.....	52

	PÁG.
B) Allanamiento a la demanda.....	53
C) Excepciones	55
2. Proceso penal	64
A) La conciliación en materia penal.....	65
B) Llamamiento en garantía en el juicio penal	68
C) Contencioso administrativo.....	72
3. Acciones de naturaleza constitucional	75
A) Acción popular	76
B) Acción de grupo	77
C) Acciones de grupo, populares y el seguro de responsabilidad.....	83
4. Proceso de responsabilidad fiscal.....	84

CAPÍTULO VI

ACCIÓN EJECUTIVA EN EL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Dirección y gastos del proceso.....	89
2. Conciliación y transacción	90
3. Artículo 1128 del código de comercio	90
4. La defensa penal.....	91
5. Costos de la defensa	91

CAPÍTULO VII

ASPECTOS ECONÓMICOS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1. Aproximación al tema	93
2. Seguro en moneda extranjera.....	93
3. Indexación, indización o corrección monetaria.	96
A) Compatibilidad del interés de mora y la indexación en el pago de la indemnización amparada por el contrato de seguro	97
B) Indexación sobre el monto del valor asegurado	98
C) Condena oficiosa de la indexación.....	99
D) Plenitud del pago.....	99
E) Indexación cuando opera la subrogación (recobro)	100
F) Indexación en los procesos ejecutivos	100

INTRODUCCIÓN

El seguro de responsabilidad civil¹ tiene como fundamento la necesidad de proteger a la víctima por la ocurrencia del daño y simultáneamente, el patrimonio del asegurado². En ese orden de ideas, la obligación del asegurador, es la de mantener indemne el patrimonio del asegurado ante la ocurrencia de un siniestro, solo hasta el monto del valor de la indemnización contratada, por ello, la forma de mantener intacto al asegurado de los efectos patrimoniales que genera el siniestro, es extinguiendo el débito de responsabilidad que éste ha contraído, o sea pagando al tercero damnificado (beneficiario o víctima), quien es el destinatario de la indemnización.

Es preciso destacar que la aseguradora jamás ostentará la calidad de víctima³, pues el pago que efectúe a título de indemnización a la afectada

¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 14 diciembre 2000, rad. 5738, Ordinario del Banco Comercial Antioqueño S. A. (antes Banco Santander S. A.) vs. Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales:

“[...] en lo que atañe al seguro de responsabilidad civil, éste tiene como objeto garantizar al asegurado contra las acciones que puedan intentarse contra él por los terceros en razón de los perjuicios que han podido causarles y de los que resulta comprometida su responsabilidad. De allí que el seguro en radicación este dirigido a reparar el daño”.

² MIGUEL GONZÁLEZ AGUDELO, *Principios básicos del seguro de responsabilidad civil*, págs. 62 a 103.

³ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, rad. 110016000102201300018 01, Procedencia: Juzgado 36 Penal del Circuito de Conocimiento, Imputado: José Juan Rodríguez Rico. Delito: Interés indebido en la celebración de contratos Motivo de alzada: Apelación auto niega reconocimiento de víctima.

“Ahora, verificada la situación de la compañía apelante, se halla que el pago efectuado a favor del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, se produjo en virtud de la obligación que había surgido para la compañía, cuyo sustento se encuentra en el contrato de seguro suscrito con Transvial, y no por causa del delito en que pudieron incurrir sus representantes.

“En efecto, el contrato de aseguramiento, suscrito por Segurexpo de Colombia S. A., con el consorcio aludido, tenía como objeto asegurar los eventuales riesgos en el contrato suscrito entre el este y el IDU, el que implicaba no solo el pago de una, sino de múltiples primas que se cancelan por igual concepto y en las que no se causan los riesgos amparados, que son en definitiva, el soporte económico que permite a la aseguradora responder y cubrir los siniestros que finalmente se generan y que resultan siendo el fin del contrato.

por el hecho dañoso, se origina con ocasión del contrato de seguro adquirido por el asegurado.

”Por ello, se considera que la obligación por la cual la compañía aseguradora se vio obligada al pago del siniestro, emana del contrato de seguros por ella suscrito con una de las partes contratantes, en donde precisamente su fin era garantizar mediante póliza, cualquier incumplimiento que se generara por el contratista.

”Resultaría contrario a los fundamentos del contrato de seguros, que la compañía aseguradora se negase a cubrir el riesgo que ha asumido en virtud de dicho negocio jurídico, alegando la ocurrencia de un suceso fuera de lo cotidiano, pues precisamente el pago de las primas por parte del asegurado, se dirige a garantizar que la sociedad aseguradora asuma los riesgos que se puedan generar durante la suscripción, ejecución y terminación del convenio.

”[...]

”Como garante, la obligación de Segurexpo de Colombia S. A. era salir a cubrir el siniestro una vez presentado, deber que surge del contrato y que lo obliga a realizar un desembolso como consecuencia del mismo, pues él se comprometió a cubrirlo —en caso de generarse—, lo que descarta la existencia de un daño o perjuicio causado directa o indirectamente por el ilícito, por consiguiente, no puede reclamarse dentro del trámite penal objeto de esta alzada.

”Tan es así, que en caso que la compañía aseguradora no hubiese suscrito el contrato, no se habría generado para ella una obligación contractual de seguro, y en ese sentido, es gracias a la existencia de un contrato legal y legítimo de seguro que debió salir al saneamiento del asunto por el incumplimiento de lo que fue objeto de dicho contrato, precisamente, por parte de quien esa entidad avalaba como compañía de seguros.

”[...]

”En el mismo sentido lo ha reconocido este Tribunal Superior, en anteriores decisiones, en las cuales, al igual que en esta oportunidad, se ha negado el reconocimiento como víctima a Segurexpo, dentro de los procesos seguidos por hechos relacionados con la ejecución del contrato núm. 137 de 2007. Así se ha expresado:

”Por ello, sostener como lo hace el impugnante, que la parte tomadora de ese seguro, el consorcio Transvial, ocultó información o fue reticente o adulteró estados contables y financieros para acceder al contrato, no es más que una causa que faculta a la aseguradora, de conformidad con las disposiciones civiles y comerciales que regulan dicho acuerdo, para demandar la nulidad relativa, no absoluta de ese contrato, ante la jurisdicción civil, pero, contra la parte tomadora y no contra terceros intervinientes en la actividad delictiva, presuntamente generada con ocasión del mismo.

”Incluso pueden, como lo aseveran las partes en este proceso, denunciar las falsedades contra los tomadores y constituirse allí como víctima por el daño así sufrido y no como erradamente se pretende en este proceso adelantado contra terceros ajenos a la relación contractual de seguros; tomada por una de las partes para amparar tres riesgos, de los cuales se causó uno: el mal uso del anticipo y la no inversión en la obra, para la que estaba destinado y por ello, su llamamiento en garantía, para que respondiera, como se había comprometido.

”De resultar condenados los Nule o algunos de los socios del consorcio Transvial en este proceso o en el matriz, podría ser vinculada la aseguradora, pero no como víctima, sino como tercera llamada en garantía, para que responda por los daños a éstos imputados como consecuencia de los delitos, perjuicios por ella asegurados y hasta el monto de lo convenido o acordado en ese contrato[7].

El derecho del asegurado consiste en que se le conserve incólume patrimonialmente respecto de cuanto deba al damnificado hasta el monto de la cuantía contratada en el seguro, en razón de haber incurrido en determinada responsabilidad, sin que haya lugar a efectuarle la aseguradora recobro al asegurado, por el pago efectuado por la compañía aseguradora a la víctima.

No obstante lo anterior, para hacer efectivo el pago de la indemnización asegurada, en aquel evento en el cual la compañía aseguradora por alguna circunstancia se niega a efectuarlo al beneficiario (víctima), resulta necesario hacer un repaso sobre la evolución histórica de los aspectos procesales que se han verificado en el transcurso del tiempo, hasta el momento actual de la acción directa en contra del asegurador (estado del arte).

”Así pues, a la luz de las previsiones del artículo 132 de la ley 906 de 2004, debe concluirse que Segurexpo de Colombia S. A., no ostenta las características para ser reconocida como víctima dentro del proceso penal, razón por la cual, la decisión apelada, debe confirmarse”.

CAPÍTULO I

APROXIMACIÓN AL TEMA E IMPORTANCIA

Las primeras pólizas que se ofrecieron al mercado en materia de Seguro de Responsabilidad Civil, guardan relación con el seguro marítimo, que incluían cláusulas con los amparos para el caso de daños a terceros por abordajes, en los cuales, se excluía los casos en los que mediara la culpa del asegurado. Posteriormente, a comienzos del siglo XIX aparecen los seguros que amparan los accidentes causados por vehículos de tracción animal¹.

Con el transcurso del tiempo, se fue posicionando el principio *res inter alios acta, aliis nec nocere nec procedese potest*², esto es, que los efectos del contrato, solo producen efectos entre las partes que los suscriben y sus herederos.

Algunas legislaciones, como las de Austria (art. 127) y Suiza (art. 60), concedieron al tercero agraviado, no la acción directa contra el asegurador, sino un derecho de prenda sobre la indemnización pactada en la póliza.

En 1911, en Perú se dictó la Ley de 1378 (Accidentes de Trabajo), creando la acción directa al obrero contra la compañía aseguradora (art. 74); en 1935, la Ley mexicana (art. 147) perfiló un concepto legal claro, atribuyendo al tercero agraviado la calidad de "beneficiario del seguro".

En el Seguro de Responsabilidad Civil, no existe la ocurrencia de dos o más deudores en una sola obligación, porque son diversas las obligaciones que de él se derivan, por una parte, el asegurado responde del daño causado; el asegurador, hace que el asegurado quede a salvo de las consecuencias económicas de aquella responsabilidad. La causa de una y otra obligación es distinta: (i) la del asegurado la constituye, el hecho culposo productor del daño y, (ii) la del asegurador es la reclamación del tercero (beneficiario o víctima) contra el asegurado autor del hecho dañoso; entonces, la fuente de la primera recae en la Ley, en tanto que la segunda se origina en el contrato.

¹ HORACIO ROTMAN, *El seguro de responsabilidad civil*, Lemer, Córdoba, 1974, pág. 43.

² Los actos jurídicos no aprovechan ni perjudican a quienes no revisten la calidad de partes contratantes.

Por ministerio de la Ley, el asegurador al efectuar el pago de la indemnización generado por el siniestro, por regla general se subroga, esto es, se encuentra legitimado para accionar contra el causante del daño.

Atendiendo entonces la finalidad del Seguro de Responsabilidad Civil, no es razonable que el asegurador se subroge en contra del asegurado, quien precisamente pagó la prima y contrató el seguro, para que la aseguradora le amparara su patrimonio en caso de siniestro, de lo contrario, se desnaturalizaría la esencia del amparo, pues, no se estaría cumpliendo con el objeto y la finalidad de proteger el patrimonio del asegurado.

Así las cosas, el asegurador no podrá repetir (subrogarse), en todo ni en parte³ contra el asegurado, porque no hizo sino cumplir el objeto del contrato de seguro; *contrario sensu*, el asegurador solo está obligado a pagar la indemnización al tercero (beneficiario o víctima) en los términos del contrato de seguro y en el monto de la indemnización pactada, siendo admisible la expresión: *verba contractus sunt lex contracto. Pacta custudiantur*⁴.

Se va delimitando, poco a poco, por la vía contractual, el pago de la indemnización, protegiendo el patrimonio del asegurado, pero excluyendo a quien debe estar dirigido el amparo, esto es, la víctima. Entonces, las limitaciones contractuales, componen aspectos procesales como se verá a continuación, bajo el precepto del *principio del efecto relativo de los contratos*.

A los terceros entonces, los actos jurídicos le son inoponibles más pudiendo aprovecharse en cuanto le sean favorables. En el criterio de la inoponibilidad, normas expresas de derecho sustancial legitiman al tercero para impugnar las relaciones jurídicas que puedan afectarlo⁵.

³ C. C., art. 1579: “El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalente al pago, queda subrogado en la acción del acreedora con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

”Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.

”La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte en todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad”.

⁴ Los términos de un contrato constituyen su Ley. Obsérvense los pactos.

⁵ C. C., art. 2489: “*Subrogación de acciones y derechos*. Sobre las especies identificables que pertenezcan a otras personas por razón de dominio, y existan en poder del deudor insolvente, conservarán sus derechos los respectivos dueños, sin perjuicio de los derechos reales que sobre ellos competan al deudor, como usufructuario o prendario, o del derecho de retención que le concedan las Leyes; en todos los cuales podrán subrogarse los acreedores.

De otra parte, cabe recordar que, en el derecho romano, no se admitía la estipulación a favor de tercero: *alteri stipulari nemo potest*⁶.

En nuestra legislación, se permite la “estipulación por otro”⁷, norma por virtud de la cual, admite que terceros ajenas al contrato puedan llegar a quedar vinculados a éste; no obstante, para que exista, es necesario que el estipulante no sea mandatario, ni representante legal, ni gestor de negocios del tercero beneficiario y que este no haya tenido ninguna injerencia en la celebración del contrato. En esta figura jurídica, intervienen tres personas:

- El estipulante, que es la persona que estipuló a favor de otro;
- El provisor, que es la persona que contrae la obligación y,
- El beneficiario, que es el tercero en cuyo favor nace el derecho emanado del contrato.

El tercero beneficiario del Seguro —dice MAZEAUD— se encuentra en la situación de una estipulación a favor de terceros, quien dispone entonces, de un derecho directo contra el asegurador⁸.

Consecuente con el *principio del efecto relativo de los contratos*, desde el punto de vista eminentemente procesal, el damnificado no podía accionar en

⁶Podrán, así mismo, subrogarse en los derechos del deudor, como arrendador o arrendatario, según lo dispuesto en los artículos 2023 y 2026.

⁷Inciso derogado por el art. 698 del C. P. C. Sin embargo, no será embargable el usufructo del marido sobre los bienes de la mujer, ni el del padre de familia sobre los bienes del hijo, ni los derechos reales de uso o de habitación”.

C. C., art. 2491: “*Acción de rescisión*. En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o a la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

”1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

”2. Los actos y contratos no comprendidos en el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindible, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

”3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores, expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato”.

⁶ Nadie puede estipular para otro.

⁷ C. C., art. 1506: “*Estipulación por otro*. Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero solo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurren a él.

”Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”.

⁸ HENRI, LÉON y JEAN MAZEAUD, *Contratos. Teoría general*, Parte III, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1990, pág. 583.

nombre propio contra el asegurador del responsable civil del daño, razón por la cual, solo podía ejercer la acción conocida con el nombre de “oblicua”⁹, la cual, tiene su consagración legal derivada de los *principios generales del derecho*¹⁰, ante la ausencia de un texto legal que lo autorice expresamente.

Es decir, en aplicación del principio del efecto relativo de los contratos, desde el punto de vista procesal, ello se traduce en falta de legitimación en la causa¹¹ por activa¹².

⁹ La acción oblicua, es una acción en cabeza del acreedor, que busca reconstituir el patrimonio del deudor, cuando este ha dejado de ejercer derechos que engrosarían la masa patrimonial. Los acreedores de un deudor que por negligencia o dolo dejan de ejercitar acciones que aumentarían la prenda general de los acreedores, por autorización legal, tienen legitimación en la causa para ejercitar directamente dichas acciones.

C. C., arts. 862, inc. 2°, 1451, 1295, 1736, 2488, 2489, 2492, 2513.

¹⁰ Ley 153 de 1887, art. 8°. “Cuando no haya Ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las Leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”.

Corte Const., sent. C-083 de 1995.

Ley 57 de 1887, art. 5°. “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.

”Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

”1) La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

”2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior; y si estuvieren en diversos Códigos preferirán, por razón de estos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública”.

C. de Co., art. 1°. “*Aplicabilidad de la Ley Comercial*. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la Ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas”.

C. de Co., art. 822. “*Aplicación de normas del derecho civil*. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la Ley establezca otra cosa.

”La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el C. de P. C., salvo las reglas especiales establecidas en la Ley”.

¹¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil. “Es en el demandante la calidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la obligación correlativa. Y el interés para obrar o interés procesal no es el interés que se deriva del derecho invocado (interés sustancial), sino el interés que surge de la necesidad de obtener el cumplimiento de la obligación correlativa o de disipar la incertidumbre sobre la existencia de ese derecho o de sustituir una situación jurídica por otra (sents. de 24 julio 1975, XLI, 1° y de 27 octubre 1987, “G. J.” t. cxxxvii, pág. 267).

¹² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 4 diciembre 1981, sin publicar. “Consiste en la identidad del actor con la persona a la cual la Ley le concede la acción...”

La acción oblicua, entonces, es aquella por el cual, el acreedor (“la víctima”), sustituye a su deudor (causante del daño y asegurado), obra en nombre de éste, ante su inactividad, para hacer ingresar el derecho o crédito directamente en el patrimonio del deudor (asegurado), invocando, en nombre de su deudor, distintos derechos. Empero, en la acción subrogatoria, el acreedor actúa y demanda las excepciones del caso y presupone precisas condiciones, a saber: la negligencia del deudor.

Resulta obvio que los acreedores no pueden ejercer los derechos y acciones de su deudor sino cuando:

- El deudor se abstiene de ejercer la acción respectiva;
- Siempre que el crédito del acreedor sea cierto, determinado, exigible y líquido;
- Por insolvencia del deudor y,
- Cuando tenga por objeto un derecho patrimonial, como sería el hecho de cobrar un crédito que existe a favor del acreedor.

El tratadista ÁLVARO PÉREZ VIVES, la denomina acción subrogatoria¹³ y la considera de naturaleza colectiva, en la medida en que beneficia a todos los acreedores, se ejerce en nombre del deudor y no priva al deudor del ejercicio de sus derechos, v. gr., recibir el pago de sus créditos.

Ante la ausencia de normatividad que regule puntualmente el caso específico, se hace necesario privilegiar el crédito de la víctima en caso de concurso de acreedores del asegurado¹⁴, el pago del crédito de la víctima estaría supeditado al de los seis grupos de créditos que lo anteceden¹⁵, los cuales, consumirían todo el patrimonio, dejando sin eficacia la protección del mismo.

¹³ ÁLVARO PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, t. III. Bogotá, Edit. Temis, 1955, núm. 425.

¹⁴ C. de Co., art. 1132. “En caso de quiebra o concurso de acreedores del asegurado (*), el crédito del damnificado gozará del orden de prelación asignado a los créditos de primera clase, a continuación de los del fisco”.

Nota: La quiebra del Código de Comercio y el concurso de acreedores del Código de Procedimiento Civil son procesos que fueron derogados por la Ley 222 de 1995. Hoy debe entenderse que el artículo se refiere al asegurado a quien se le haya abierto trámite de liquidación obligatoria.

¹⁵ C. C., art. 2495. “*Créditos de primera clase*. La primera clase de crédito comprende los que nacen de las causas que en seguida se numeran:

- ”1. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores.
- ”2. Las expensas funerarias necesarias del deudor difunto.
- ”3. Los gastos de enfermedad de que haya fallecido el deudor.

Bajo dicho contexto, la doctrina considera que, no siendo el seguro de responsabilidad, un contrato en favor de terceros, su pago al damnificado sin el consentimiento del asegurado no sería válido, por ello se hacía necesario, establecer instrumentos legales, para que, la persona que sufre un daño en calidad de víctima, pueda efectuar directamente la reclamación a la compañía aseguradora¹⁶.

Las dificultades de orden legal que tiene la víctima, quien no solo sufre el daño, sino que no cuenta con los instrumentos adecuados para obtener el resarcimiento de los mismos, generan que el legislador adopte la figura de la acción directa.

De otra parte, el desarrollo jurisprudencial, inicialmente aceptaba que los terceros escapaban por completo de los efectos del contrato; no obstante lo anterior, dicha posición es rectificadora y entonces, se hace alusión a la existencia de terceros en absolutos y relativos:

- Son terceros absolutos, quienes no se ven afectados por las consecuencias, esto es, no se benefician por los efectos del negocio;
- Los terceros relativos, son aquellos que se ven perturbados, razón por la cual, hoy día, una viuda o los herederos, están facultados para demandar el pago de la indemnización para otro¹⁷ (aun en el Seguro Vida Grupo Deudores¹⁸); o para sí (como consecuencia del pago que ha sido autorizado en el contrato de seguro, para que fuera efectuado por el asegurado a la víctima, estructurando el fenómeno de la subrogación convencional¹⁹), toda vez que es un tercero que no es ajeno al contrato de seguro.

¹⁴ Los salarios, sueldos, y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo. (Art. 36 de la Ley 50 de 1990).

¹⁵ Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses.

¹⁶ Los créditos por alimentos a favor de menores.

¹⁷ Los créditos del fisco y dos de las municipalidades por impuestos fiscales municipales devengado”.

¹⁶ C. de Co., art. 1133. “*Acción directa contra el asegurador*. Mod. Ley 45 de 1990, art. 87. 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 art. 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”.

¹⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida 28 julio 2005, rad. 1999-0449.

¹⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 5 de octubre de 2009, exp. C-1100131030052002-03366-01.

¹⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 25 mayo 2005, rad. 7198.

Algunas legislaciones como la española²⁰, establecían que el contrato de seguro de responsabilidad, constituye una convención entre el asegurador y el asegurado, a la que el tercero perjudicado es totalmente ajeno, pero su limitación fue dando paso de manera progresiva a una concepción, según la cual, su cobertura no debía limitarse a proteger de forma exclusiva el patrimonio del asegurado, sino que debía ampliar su campo tuitivo a terceros perjudicados, porque era necesario otorgarle a los perjudicados instrumentos legales que le permitan acudir directamente contra el asegurador.

En Colombia, en vigencia de los artículos 635 y 676 del Código de Comercio Terrestre de 1887, el riesgo contratado solo podía obedecer al azar o al caso fortuito, el cual, generalmente, se encontraba ligado a la culpa, mostrando el riesgo como la eventualidad de todo caso fortuito que pueda causar la pérdida o deterioro de los objetos asegurados, lo cual, impedía que el asegurador se hiciera responsable de los hechos personales del asegurado.

Al expedirse el Decreto 410 de 1971, su artículo 1054²¹, acepta los sucesos inciertos que no dependen exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario, exceptuando de la protección del seguro solamente los eventos resultantes del dolo, la culpa grave o la mera potestad de aquéllos.

El Estatuto Mercantil, en su original artículo 1127²², definió el seguro de responsabilidad, como aquel que: “impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la Ley”.

La obligación así constituida, lo que establecía era la obligación de la compañía aseguradora de indemnizar al asegurado, no al tercero damnificado, no a la víctima, quien, adicionalmente, estaba desprovisto de acción

²⁰ Art. 76 LCS: “... a los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurador quedara obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”.

²¹ C. de Co., art. 1054. “*Definición de riesgo*. Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”

²² C. de Co., art. 1127. “*Definición de seguro de responsabilidad*. Mod. Ley 45 de 1990, art. 84. 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”.

directa, para exigir a la aseguradora, el resarcimiento del daño causado por el siniestro, por expreso mandato del artículo 1133 del Código de Comercio, disposición normativa que preceptuaba que no se trataba de un seguro a favor de terceros.

Originalmente por vía jurisprudencial²³, se admitió la solidaridad entre el asegurador y el asegurado, y la inexistencia de un litisconsorcio necesario entre el asegurador y el asegurado; posteriormente, se presentó la configuración legal de la acción directa, cuando se reconoció al perjudicado el derecho a accionar directamente contra el asegurador, sin que, inicialmente, fuera requisito ineludible demandar también al asegurado.

²³ Tribunal Supremo Español, sent. de 18 febrero 1967 (R. J. 1967, 787) y STS de 26 de marzo de 1977 (R. J. 1977, 1354).

CAPÍTULO II

CLÁUSULA COMPROMISORIA

Los particulares pueden ser investidos de la función transitoria de administrar justicia, en calidad de árbitros, atribución que ostentan transitoriamente mientras mantengan dicha calidad, siendo las partes las que habilitan a los árbitros para fallar en derecho o en conciencia¹.

Es importante enfatizar, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional, que en desarrollo del *principio de autonomía de la voluntad*, el arbitramento, es el resultado de la libre discusión de las partes y no de cargas establecidas en cláusulas o condiciones impuestas por la Ley o uno de los contratantes².

Teniendo en cuenta que el seguro, por lo general, es de naturaleza adhesiva³, ninguna compañía aseguradora puede incorporar en el clausulado del contrato la figura del arbitramento, a menos que, haya sido consecuencia de la discusión y aceptación de las partes⁴.

¹ Corte Const., sents. C-226 de 1993 y C-294 de 1995.

² Corte Const., sent. C-060 de 2001, Corte Const., sent. C-163 de 1999.

³ Ley 1328 de 2009, art. 11. “*Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos*. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:

”a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.

”b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.

”c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.

”d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero”.

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Civil, en el recurso de anulación propuesto contra el citado Laudo de Corficolombiana vs. Smartcell: “El hecho de que el apoderado de la Convocante hubiera «reconocido» que el del presente caso es un contrato de adhesión ni quita ni pone, porque la esencia y la naturaleza de un contrato no son susceptibles de confesión, o son o no lo son por querer legal, mas no por decisión de los contratantes” (Arbitramento núm. 000-2009-0006-00, de 4 agosto 2009).

⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 15 diciembre 1970, cxxxvi, 183 a 192. Corte Const., sent. C-163 de 1999.

La cláusula compromisoria⁵, consiste en una estipulación de naturaleza voluntaria, no se puede institucionalizar por vía legislativa el procedimiento arbitral⁶, estableciendo normativamente que las partes de un contrato, ante una eventual controversia que surja durante su desarrollo o liquidación, se someta a decisión arbitral.

La característica principal de esta cláusula es que, de manera anticipada, determina cómo se resolverán los eventuales conflictos que puedan sobrevenir durante la ejecución, terminación o liquidación del contrato, sin que en el momento en que se suscriba exista alguna disputa.

La cláusula compromisoria no se agota por utilización en una ocasión, porque se pueden presentar diversos inconvenientes que necesitan solución durante el desarrollo o liquidación del contrato, a diferencia del compromiso que se pacta para un solo conflicto; la cláusula pierde vigencia únicamente cuando las partes la derogan o porque sea anulada sola o conjuntamente en el cual este pactada.

A pesar de encontrarse incorporado en el contrato, es de carácter adicional, en la medida en que no es de la esencia de contrato principal, pero en todo caso, autónoma frente a las demás estipulaciones del negocio jurídico que la contiene⁷; por tanto, requiere que haya sido convenida de manera expresa por las partes; es una cláusula de carácter abstracto que se refiere a litigios eventuales.

Frente a la víctima, la cláusula compromisoria es inoponible, en primer lugar, porque se trata de un acuerdo celebrado entre el asegurado y la aseguradora, es decir, se aplica en su integridad el principio de efecto relativo de los contratos, por cuanto, el beneficiario no participó en su celebración e incorporación.

Ahora bien, el arbitramento se conforma, mediante la incorporación en el contrato, de una cláusula que lo contempla (cláusula compromisoria), razón por la cual, dada su autonomía, su independencia del contrato, en el evento de declararse la inexistencia, ineficacia o invalidez del negocio jurídico, dicha declaración no impregna la cláusula compromisoria⁸.

⁵ Ley 1563 de 2012, art. 4°. “*Cláusula compromisoria*. La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él.

”La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere”.

⁶ Corte Const., sent. C-242 de 1997, C-1140 de 2000 y C-060 de 2001.

⁷ Corte Const., sent. C-248 de 1999.

⁸ Ley 1563 de 2012, art. 5°. “*Autonomía de la cláusula compromisoria*. La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia,

1. EFECTO ENTRE LAS PARTES DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

La normativa civil en Colombia establece que el contrato, es Ley solo para las partes contratantes⁹, la relevancia de dicho precepto normativo, adquiere significado, toda vez que, para el caso específico de la cláusula compromisoria, solo puede convenirse y producir los efectos jurídicos esperados, entre los estipulantes.

Para la Corte Constitucional, la cláusula compromisoria no es válida en los contratos de adhesión¹⁰, toda vez que resulta abusiva¹¹ en formas preimpresas o es impuesta por una parte (la profesional o dominante), porque contiene una ventaja excesiva o exclusiva¹².

Sin embargo, cuando se ha pactado una cláusula compromisoria en un contrato estatal, si las partes acuden —pese al pacto— a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se entiende que renuncian a la cláusula arbitral o al compromiso, y por ende la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede asumir competencia. A esta actitud silenciosa, pasiva o tácita que asumen las partes en el proceso, es decir, al hecho de que una de ellas presente la demanda y la otra asista al proceso sin excepcionar la falta de jurisdicción, la jurisprudencia le ha asignado el efecto de “derogar” la cláusula arbitral. En otras palabras, se trata de la asignación de un efecto al silencio de las partes, atribuyéndose a su conducta y a su comportamiento el efecto de “derogar” la cláusula arbitral, para retornar al juez natural¹³.

podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido.

“La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria”.

⁹ C. C., art. 1602.

¹⁰ Corte Const., sent. C-330 de 2000, reiterada en la sent. C-1140 de 2000.

¹¹ Circular 38 de 2011, expedido por la Superintendencia Financiera, enlista, a manera de ejemplo, cláusulas que se consideran abusivas, y posteriormente los informes de los defensores del consumidor financiero en los cuales se expresa que en las pólizas se pactan cláusulas de las enunciadas como abusivas y se destacan como observaciones relevantes las que giraron en torno a tres tipos de cláusulas:

1. La renovación Automática del contrato de seguro;
2. La tarifa legal probatoria en materia de responsabilidad civil, consistente en una sentencia judicial;
3. Cláusula compromisoria en los contratos de seguro.

¹² En materia de Protección al Consumidor Financiero, se aplicarán arts. 11 y 12 de la Ley 1328 de 2009, las Circulares 38 y 39 de 2011 y los arts. de la Ley 1480 de 2011.

¹³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 17 junio 1997, exp. 4781. C. de E., Sección Tercera, auto de 18 marzo 1998, exp. 14097 y sents. de 22 abril 2009, exp. 29699; 4 octubre

2. CLÁUSULA COMPROMISORIA FRENTE A LOS TERCEROS

El proceso arbitral que no cuente con la intervención del tercero no puede generar efectos de cosa juzgada para él, es decir, si el tercero no participa en el proceso arbitral, entonces, de conformidad con el Ley 1563 de 2012¹⁴, no podrá vincularse al proceso, sino *citársele*, para que, exprese su decisión de adherir

2003, exp. 10.883; 16 junio 1997, exp. 10882; 29 enero 1998, exp. 13070; 26 febrero 2004, exp. 25094 y de 16 marzo 2005, exp. 27934.

¹⁴Ley 1563 de 2012, art. 36. “*Integración del contradictorio*. Cuando por la naturaleza de la relación jurídica debatida en el proceso, el laudo haya de generar efectos de cosa juzgada para personas que no estipularon el pacto arbitral, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que manifiesten si adhieren o no al pacto. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de su decreto.

”Los citados manifestarán expresamente su decisión de adherir al pacto arbitral dentro de los cinco (5) días siguientes. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. En la misma providencia en la que se declaren extinguidos los efectos del pacto arbitral, los árbitros ordenarán el reintegro a las partes de la totalidad de los honorarios. En estos eventos, no se considerará interrumpida la prescripción y operará la caducidad, salvo que se promueva el respectivo proceso ante el juez dentro de los veinte días (20) hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia referida en este inciso.

”Si todos los citados adhieren al pacto arbitral, el tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales.

”Cuando se trate de integración del contradictorio con quien haya suscrito el pacto arbitral, se ordenará su notificación personal, surtida la cual, el citado tendrá veinte (20) días para pronunciarse, según corresponda a su condición de parte activa o pasiva. Vencido este término, el proceso continuará su trámite”.

Ley 1563 de 2012, art. 37. “*Intervención de otras partes y terceros*. La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes.

”Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o que haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

”Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o ha adherido a él, no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

”En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 3°.

al pacto arbitral. De no hacerlo, el tribunal declarará extinguidos los efectos del compromiso o de la cláusula compromisoria para dicha controversia.

Si el tercero no manifiesta su decisión de adherirse al Tribunal de Arbitramento, este no continúa respecto al tercero, precisamente por cuanto la Ley no pretende extender los efectos de un laudo a quien no lo habilitó voluntariamente¹⁵.

Si el tercero es el damnificado (víctima), instauraría el proceso contra el asegurado (causante del daño) por la vía ordinaria; en tanto que, si en virtud de cláusula compromisoria, el asegurado convoca a un tribunal para dirimir controversias surgidas del seguro, en principio el tercero es ajeno al litigio, solamente recibirá el pago, si se condena a la aseguradora y para eso no requiere ser citado, ni adherir a pacto arbitral.

3. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Es un instrumento procesal por el cual, se provoca la comparecencia forzosa de un tercero a un proceso en curso, intervención que tiene su germen en la citación que le formula una de las partes en dicha contienda, con fundamento en la relación de garantía de naturaleza personal entre ellos existente, que le confiere el derecho de exigirle que corra con las consecuencias perjudiciales que deba soportar en el evento de resultar vencida en el juicio, de ahí que lo llame a afrontar la pretensión de regreso que introduce para que sea considerada *in eventum*, es decir, en el caso de perder el pleito.

Ahora bien, cuando el asegurado gana el pleito, la aseguradora resulta obligada a pagar los gastos de la defensa.

El llamamiento en garantía, opera entre la parte que hace el llamado (asegurado, causante del daño) y la aseguradora, toda vez que existe una relación de garantía, quedando esta vinculada a las resultas del proceso y, en particular, para que sea obligada a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago que sea

”Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención.

”Parágrafo 1°. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo.

”Nota: Parágrafo declarado *exequible* por la Corte Constitucional mediante sent. C-170 de 2014.

”Parágrafo 2°. En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros”.

¹⁵ Corte Const., sent. C-163 de 1999. Corte Const., sent. C-170 de 2014.

impuesto en la sentencia que decida el respectivo proceso, por tal motivo, el llamamiento en garantía no puede ser convocado por el juez de manera oficiosa¹⁶.

Dicha figura, se encuentra prevista en nuestro ordenamiento jurídico procesal¹⁷ y procede, cuando la víctima (beneficiario), acciona directamente contra el causante del hecho dañoso (asegurado), quien a su vez, llama en garantía a la aseguradora, porque:

i) Aquel ha suscrito con esta, un Seguro de Responsabilidad Civil (garantía);

ii) Es consecuencia de un derecho legal o contractual, que vincula al llamante (Garantizado: Asegurado) con el llamado (Garante: Aseguradora);

iii) Permite traer a la aseguradora al proceso como tercero, con el propósito de exigirle la declaración de condena que llegare a sufrir el llamante como resultado de la sentencia o laudo arbitral.

No obstante lo anterior, es preciso aclarar que el asegurado se encuentra facultado para llamar a la compañía aseguradora, en la etapa procesal de:

- La contestación de la demanda;
- La denuncia del pleito o,
- La demanda de reconvencción.

Siendo una oportunidad preclusiva¹⁸, con sujeción a los requisitos establecidos en la disposición normativa procesal contenida en el Código General del Proceso¹⁹, a partir del momento en que se notifica el auto admisorio de

¹⁶ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 11 marzo 1994, rad. 8601.

¹⁷ C. G. P., art. 64. “*Llamamiento en garantía*. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro 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 que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la Ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.

¹⁸ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto proferido el 17 febrero 1995, rad. 10.133.

¹⁹ C. G. P., art. 65. “*Requisitos del llamamiento*. La demanda por medio de la cual se llame en garantía deberá cumplir con los mismos requisitos exigidos en el art. 82 y demás normas aplicables.

”El convocado podrá a su vez llamar en garantía”.

C. G. P., art. 66. “*Trámite*. Si el juez halla procedente el llamamiento, ordenará notificar personalmente al convocado y correrle traslado del escrito por el término de la demanda inicial. Si la notificación no se logra dentro de los seis (6) meses siguientes, el llamamiento será ineficaz. La misma regla se aplicará en el caso contemplado en el inciso segundo del artículo anterior.

la demanda, la aseguradora (llamada en garantía), tiene en la *litis* la calidad de *tercero*, pues, tiene una relación sustancial solamente con una de las partes, el llamante²⁰, por existir un título previo o coetáneo²¹, encontrándose autorizada para:

- i) Adicionar la demanda si es llamado por el demandante;
- ii) Contestar la demanda si es llamado por el demandando;
- iii) Proponer excepciones previas, mixtas o de mérito y,
- iv) Negarse o no Aceptar el llamamiento.

En otras palabras, el asegurado trae al proceso a la aseguradora para que pague la indemnización acordada en el contrato de seguro o resuelva la obligación legal o contractual que tiene el reembolsarle según lo pactado o indemnizarle las pérdidas económicas que experimente en el caso de una sentencia adversa. Con el llamamiento en garantía, tiene dicho la Corte, se suscita un acoplamiento o reunión de una causa litigiosa principal con otra de garantía que le es colateral, dando lugar a una modalidad acumulativa²² cuyos alcances precisa el artículo 64 del Código General del Proceso²³.

”El llamado en garantía podrá contestar en un solo escrito la demanda y el llamamiento, y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

”En la sentencia se resolverá, cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial aducida y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo del llamado en garantía.

”*Parágrafo*. No será necesario notificar personalmente el auto que admite el llamamiento cuando el llamado actúe en el proceso como parte o como representante de alguna de las partes”.

²⁰ Corte Const., sent. C-170 de 2014. “Sin embargo, *el llamado en garantía no es parte, sino un tercero*, que como se dijo, tiene una relación sustancial con una de las partes, el llamante. Relación de la que se deriva la obligación de que el garante responda por quien lo ha llamado. Bajo estas premisas, puede concluirse que el llamado en garantía es un tercero que, en relación de necesidad, participa en el proceso arbitral, según se vio, pero no es parte. Acude al proceso en virtud del instituto procesal del llamamiento, que se sustenta en un mandato legal o en una relación de carácter contractual. El llamado en garantía entonces, en el caso que nos ocupa, y previo agotamiento del Debido proceso, es vinculado por la decisión adoptada en el proceso con fundamento en que ha suscrito un contrato de garantía con una de las partes. Esta, y no otra, es la razón en que se funda su convocatoria y concurrencia al proceso arbitral, en el que, se repite, no participa como parte sino como garante prestacional de una de las partes” (los destacados en cursiva, fuera del texto original).

²¹ Por virtud de la existencia de un contrato de seguro, o también cuando se demanda a un dependiente en acción similar en el campo privado podrá llamar a su patrón o empresario, porque según la Ley (art. 2347 del C. C.), este es el que debe responder, igual cosa sucede con el pupilo frente a su tutor o curador, así mismo se da frente al deudor solidario que paga la totalidad de la obligación (art. 1579 del C. C.) frente al deudor de obligación indivisible (art. 1587 del C. C.).

²² C. S. de J., Sala de Casación Civil, rad. 064-3, sent. proferida el 12 julio 1995.

²³ C. G. P., art. 64. “*Llamamiento en garantía*. Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso

Por ello, se conjugan dos relaciones materiales distintas:

i) Por un lado, la que une al demandante (Beneficiario - Víctima) con el demandado (Asegurado: Causante del daño), quienes ostentan la calidad de *parte procesal*, en procura de que este sea condenado de acuerdo con las pretensiones de la demanda contra él dirigida y,

ii) La del demandado —asegurado— (parte) contra el llamado en garantía —aseguradora— (tercero), a fin de que éste indemnice a la víctima (beneficiaria) o pague el monto de la condena que sufre²⁴.

Adicionalmente, el demandado (asegurado) debe cumplir la carga de acompañar prueba siquiera sumaria del derecho legal o contractual que le permite exigir del tercero (aseguradora) la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir²⁵.

El título que justifica el llamamiento, no puede ser una sentencia que haya definido la relación entre el llamante (asegurado) y el llamado (aseguradora), porque carecería de la nota de preexistencia (incertidumbre) y desvirtuaría la figura procesal para convertirla en un pretexto disfrazado para acumular, con apariencia de legalidad, pretensiones no acumulables y posiblemente prescritas o caducadas²⁶.

Cuando la llamada en garantía es la aseguradora, el juzgador no aceptará el llamamiento, cuando la parte afectada no lo alegue oportunamente al momento de contestar la demanda, con lo cual, se entiende que las partes tácitamente la dejan sin efectos²⁷, a menos que, expresamente manifiesten su voluntad de renunciar a ella²⁸.

Debemos descartar la existencia de cláusula compromisoria, donde se vincule la triada (aseguradora-asegurado-víctima), porque se tendría un dé-

total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la Ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación”.

²⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 28 septiembre 1977.

²⁵ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, exp. 15942, auto de 12 agosto 1999.

²⁶ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en sent. de 19 febrero 2004, rad. 26084, había aceptado el llamamiento en garantía que se hizo a compañías aseguradoras, tesis que fue rectificada al proferirse sent. de 10 de junio de 2004, rad. 25.010.

²⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, en sent. proferida el 22 abril 1992; C. S. de J., Sala de Casación Civil, en sent. proferida el 17 junio 1997, rad. 4781.

²⁸ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 19 febrero 2004, rad. 26.084. había aceptado el llamamiento en garantía que se hizo a compañías aseguradoras, tesis que fue rectificada al proferirse la sent. 25010 de 10 junio 2004.

bito a cargo de la aseguradora a partir de su constitución, desdibujándose la naturaleza y esencia del seguro.

Con la citación que produce el llamamiento en garantía, se presenta una especie de nueva pretensión, porque se procura hacer valer una petición diferente a la principal propuesta en la demanda²⁹ que involucra como sujeto pasivo al llamado, para que sea condenado una vez concluya el proceso en la misma sentencia. Por una parte, sirve para poner a este en condición de intervenir como parte en la causa principal y, en el supuesto que el garantizado sea condenado, a indemnizar la derrota.

La aseguradora (llamada en garantía), asume el carácter de *tercero*, coadyuva la defensa del citador (asegurado: causante del evento dañoso) y eventualmente, podría atacar el vínculo que originó dicho llamamiento en garantía.

Al analizar CALAMANDREI la intervención coactiva a instancia de parte, alude expresamente a la figura del llamado o citación en garantía, previsto en el proceso italiano, que guarda correspondencia con las disposición contenida en nuestro ordenamiento procesal, afirma que cuando una persona (el asegurado) se encuentra en causa por un objeto (responsabilidad), acerca del cual un tercero (asegurador) está obligado por derecho sustancial a prestarle garantía (contrato de seguro), puede llamarlo (citarlo) en garantía, proponiendo contra él —al mismo tiempo que lo llama a la causa principal— la demanda de garantía, es decir, de regreso.

En virtud del llamamiento en garantía, se encuentran reunidas ante el mismo juez, dos causas:

- La principal, sustanciada entre las partes principales (víctima vs. asegurado), en la cual, puede ocurrir que también el llamado en garantía (aseguradora) tome parte en la forma antedicha: y
- La segunda, la de garantía, entre el garantizado (asegurado) y el garantizador (aseguradora)³⁰.

En suma, el poder de vincular procesalmente al asegurador al proceso por vía del llamamiento en garantía, solo recae en el asegurado (responsable del hecho dañoso); en tanto, la acción directa, prevista en el artículo 1133 del Código de Comercio, solo está autorizado para la víctima. Como quiera que en el asegurado (causante del daño), recae la responsabilidad del siniestro, es

²⁹ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 2 febrero 1987, rad. 4524.

³⁰ PIETRO CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. II, Buenos Aires, EJE (ediciones Jurídicas Europa-América), 1962, págs. 344 a 351.

improcedente la denuncia del pleito, la cual, no está presente en el Código General del Proceso.

Para avanzar en el estudio práctico y procesal del Seguro de Responsabilidad Civil, tenemos que abarcar un tema de trascendental importancia, el proceso arbitral.

4. EL PROCESO ARBITRAL

El lector debe centrar su atención en la verificación de la existencia de cláusula compromisoria incorporada en el contrato de seguro o en la suscripción de un compromiso, con el propósito de analizar cómo se vinculará a la aseguradora y específicamente, si es procedente o no el llamamiento en garantía.

En segundo lugar, debe determinarse si la cláusula compromisoria o el compromiso vincula a la triada (aseguradora - asegurado - víctima), o solo a las partes del seguro (aseguradora - asegurado).

En cualquier modalidad de estipulación, esto es, la cláusula compromisoria o el compromiso, opera la vinculación del llamamiento en garantía, de conformidad con lo señalado en el parágrafo primero del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012³¹, bajo el entendido que la aseguradora, al suscribir el contrato de garantía, aceptó tácitamente no solo la obligación de garante que

³¹ Corte Const., sent. C-170 de 2014.

Ley 1563 de 2012, art. 37. “*Intervención de otras partes y terceros.* La intervención en el proceso arbitral del llamado en garantía, del denunciado en el pleito, del interviniente excluyente y demás partes, se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad adicional a su cargo por concepto de honorarios y gastos del tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición. La suma correspondiente deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes.

”Tratándose de interviniente excluyente que no haya suscrito el pacto arbitral, su demanda implica la adhesión al pacto suscrito entre las partes iniciales. En caso de que el interviniente excluyente que haya suscrito pacto arbitral o que haya adherido a él, no consigne oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

”Cuando el llamado en garantía o denunciado en el pleito, que ha suscrito el pacto arbitral o ha adherido a él, no consigna oportunamente, el proceso continuará y se decidirá sin su intervención, salvo que la consignación la efectúe alguna otra parte interesada, aplicando en lo pertinente el artículo 27.

”En los casos de llamamiento en garantía y de denuncia del pleito, la existencia del pacto arbitral también podrá probarse conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 3°.

”Si se trata de coadyuvante o llamado de oficio, su intervención se someterá a lo previsto en las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil para esta clase de

puede ser exigido en la jurisdicción arbitral, sino que conoce el contenido de la cláusula compromisoria.

Comoquiera que la responsabilidad de garantía que eventualmente le asiste a la llamada (aseguradora) y el examen de responsabilidad o el alcance del derecho (contractual o legal) del llamante y la llamada, es un asunto de fondo que se examina y resuelve al momento de dictar el laudo, pues, solo en caso que el llamante resulte condenado, es que debe examinarse el contenido de la relación legal o contractual, para ver si da derecho efectivo a la solicitud del llamante³².

El momento en que debe resolverse el llamado en garantía en el proceso arbitral, se debe definir cuándo se resuelven las excepciones perentorias, esto es, en el laudo, toda vez que en el proceso arbitral, no es viable formular excepciones previas³³.

terceros. En este caso, el tribunal le dará aplicación al inciso primero de esta norma y el no pago hará improcedente su intervención.

”*Parágrafo 1°*. Cuando se llame en garantía a una persona que ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato que contiene pacto arbitral, aquella quedará vinculada a los efectos del mismo.

”*Parágrafo 2°*. En ningún caso las partes o los reglamentos de los centros de arbitraje podrán prohibir la intervención de otras partes o de terceros.

³² C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto 05524 de 19 febrero 2004, rad. 76001-23-31-000-2001-05524-01 (26348).

³³ Corte Const., sent. T-299 de 8 junio 1996.

Ley 1563 de 2012, art. 21. “*Traslado y contestación de la demanda*. Es procedente la demanda de reconvencción pero no las excepciones previas ni los incidentes”.

CAPÍTULO III

ACCIÓN DIRECTA

En el actual diseño del Seguro de Daños, la acción directa fue adoptada como la vía para la concreción de la especial protección que el ordenamiento legal dispensó a quienes resultan afectados por el asegurado, cuyo desarrollo normativo, corresponde al que a continuación se expone.

1. LEY 45 DE 1990

Con la reforma introducida por la Ley 45 de 1990, lo que en verdad ocurrió, fue la consagración de una excepción al *principio del efecto relativo de los contratos*, concediéndole los beneficios derivados del contrato y simultáneamente, protegiendo el patrimonio del asegurado, porque el asegurador asume el compromiso de indemnizar los daños provocados.

En Colombia, el Seguro de Responsabilidad, por su carácter e interés asegurable, ampara el patrimonio del asegurado y le permite a la víctima la obtención de una indemnización del perjuicio causado, generado por el asegurado, así lo reconoce en el legislador en el artículo 1127 del Código de Comercio¹, constituyendo el patrimonio del asegurado, el objeto de amparar por medio de esta tipología de aseguramiento².

Ahora bien, nuestra legislación patria, contempla en el artículo 1133 del Código de Comercio³, la posibilidad que un “sujeto privado”, esto es, la com-

¹ C. de Co., art. 1127. “Mod. Ley 45 de 1990, art. 84. *Naturaleza del seguro de responsabilidad civil*. 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.

”Son asegurado la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el art. 1055”.

² Tribunal de Arbitramento de Alpopular Almacén General de Depósitos S. A. vs. Aseguradora Colseguros S. A., Laudo Arbitral proferido el 1º junio 2004, en el siendo Arbitros Hernan Fabio López Blanco, Saul Florez Enciso y Alejandro Venegas Franco.

³ C. de Co., art. 1133. “Mod. Ley 45 de 1990, art. 87. “*Acción de los damnificados en el seguro de responsabilidad*. En el seguro de responsabilidad Civil los damnificados tienen

pañía aseguradora, que, sin haber “concurrido” a la producción del desenlace dañoso, puede, no obstante, responder patrimonialmente frente a la víctima.

La compañía aseguradora, al ser demandada en ejercicio de la acción directa (proceso ordinario), no tiene el carácter de subsidiario, sino de principal, lo pagado no se divide por partes iguales entre la aseguradora y el asegurado, sino que afecta en su integridad a la aseguradora, sin que se considere como la existencia de una solidaridad.

La legislación colombiana, otorga al beneficiario (perjudicado, víctima o sus herederos)⁴, el ejercicio de la “acción directa” contra la aseguradora, lo que se traduce en el derecho del causante del daño (asegurado), de hacer exigible el amparo con el propósito de preservar su patrimonio, ante la eventual reclamación de un tercero, siempre que la acción se ejercite dentro de los límites de la cobertura pactada, pues, su origen deviene, no del hecho dañoso, sino de la celebración del contrato de seguro, estipulado con anterioridad e independencia del perjuicio.

El reclamante (v. gr., herederos), no ocupa la posición de asegurado, pues, su derecho surge de la propia Ley, que ha dispuesto una prestación en su favor, en calidad de beneficiarios⁵, lo cual, es ratificado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, al manifestar que, aplicar la relatividad contractual en términos absolutos, implicaría darle un carácter que riñe con la realidad de los negocios y que debe tenerse en cuenta que por fuera del contrato existen personas que si bien no lo celebraron pueden verse afectadas por sus consecuencias⁶.

En el Seguro de Responsabilidad, la compañía aseguradora, asume el compromiso de hacer frente al pago de la indemnización contratada por reclamaciones de responsabilidad que pesen sobre el asegurado, siendo su obligación de pagar la indemnización que le correspondería, por los daños y

acción directa contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurador de acuerdo al artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en u solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”.

⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 14 diciembre 2000, rad. 5738, Ordinario de Banco Comercial Antioqueño S. A. (antes Banco Santander S. A.) vs. Cóndor S. A. Compañía de Seguros Generales: en el Seguro por responsabilidad Extracontractual,

“[...] el beneficiario es la víctima o víctimas, las cuales por obvias razones no son conocidas al momento de la celebración del contrato”.

⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 10 febrero 2005, en el proceso ordinario de Raúl Antonio Rivera Tabares vs. Expreso Trejos Ltda. y Seguros Caribe S. A. actualmente Mapfre Seguros Generales de Colombia S. A., rad. 7173.

⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 28 julio 2005, rad. 1999-0449.

perjuicios causados, oponiendo al asegurado las condiciones estipuladas en el contrato de seguro⁷.

Para acreditar la obligación de cobertura del asegurador, se requiere la declaratoria de responsabilidad del asegurado (causante del daño), siendo necesario su vinculación como parte procesal, porque de lo contrario, la falta de integración del contradictorio pasivo deviene en sentencia inhibitoria. La víctima (beneficiaria) al ejercitar la acción directa contra el asegurador, asume la carga de demostrar la responsabilidad del asegurado (causante del daño).

En suma, al ocurrir un siniestro amparado por un Seguro de Responsabilidad y el perjudicado elige la alternativa de entablar demanda ejercitando la acción directa, bajo la óptica del artículo 1037 del Código de Comercio, es indispensable tener en cuenta:

- No se discute la clase de responsabilidad, contractual (entre la aseguradora y la víctima) ni extracontractual (entre la víctima y el asegurado);
- La acción directa presupone que en el mismo proceso se demuestra y obtiene la declaratoria de la responsabilidad del asegurado;
- No es viable formular demanda solidaria contra el causante del hecho dañoso y la aseguradora;
- Para satisfacer la carga procesal prevista en el artículo 1077⁸ del Código de Comercio, la víctima en ejercicio de la acción directa debe en el mismo proceso:

— Demostrar la responsabilidad del asegurado y obtener la declaratoria de la misma;

— Sustentar la cuantía de la pérdida (juramento estimatorio⁹);

— La cobertura del seguro, su amparo y el monto de la indemnización allí prevista.

Desde el punto de vista eminentemente procesal, en el proceso promovido para hacer efectivo el Seguro de Responsabilidad, no serían admisibles las siguientes teorías:

⁷ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 17 julio 2003, proferida en el Juicio Ejecutivo promovido por la Nación-Fiscalía General de la Nación vs. Seguros del Estado S. A y C & A International Business S. A., rad. 25000232600020010123-01 (22855): “No se puede alegrar la condición de tercero en el hecho para eximirse de pagar la indemnización fijada, pues, responde en los mismos términos que el asegurado frente a la víctima, ya que su responsabilidad “[...] proviene de que acació el riesgo asegurado por el tomador [...]”.

⁸ C. de Co., art. 1077. “*Carga de la prueba*. 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”.

⁹ C. G. P., art. 82, num. 7.

- Identidad de causas¹⁰, la cual, propugna que no deben existir diferencias, delimitaciones entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En realidad, no se ve la razón por la cual, la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia, contemplado en nuestro ordenamiento constitucional¹¹, tengan que ser sacrificados, cuando lo importante, tal y como lo refiere JOSSEERAND, al comentar los términos del artículo 1382 del Código Civil francés: “Todo hecho del hombre que causa a un tercero un daño, obliga a su autor a repararlo”.

- Pluralidad de causas¹², la cual contempla el concurso o coexistencia de responsabilidades, contractual y extracontractual, la cual, es admisible, cuando se trata de un mismo hecho que viole no solo derechos derivados del contrato sino también derechos que corresponden a la persona ofendida, con independencia del contrato.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que la acumulación de la responsabilidad contractual y extracontractual, “es imposible”, ya que la contractual, por su naturaleza propia, excluye la extracontractual¹³, sancionable procesalmente al tenor de lo establecido en el numeral 2 del artículo 88 del Código General del Proceso, en el sentido de exigir que las pretensiones que se quieran acumular “no se excluyen entre sí”. En suma, no se puede yuxtaponer una pretensión híbrida y solo se pueden proponer como principal o subsidiaria en una misma demanda.

Sobre el particular, hay que destacar el criterio de la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria, el cual contrastaría con lo prescrito en el artículo 1006 del Código de Comercio¹⁴, recientemente ha expuesto que en una misma demanda se pueden acumular las acciones ejercidas *iure hereditarias* y *iure*

¹⁰ MAZEAUD-TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual*. t III, vol. 1, Buenos Aires, EJEJA (Ediciones Jurídicas Europa-América), reimpresión 1993, págs. 222 a 242.

¹¹ Const. Pol., art. 229. “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La Ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

¹² ÁLVARO PÉREZ VIVES, *Teoría general de las obligaciones*, vol. II, Universidad Nacional de Colombia, 1957, págs. 385 a 368.

¹³ “G. J.”, t. XCI, pág. 764.

¹⁴ C. C., art. 1006. Los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte, no podrán ejercitar acumulativamente la acción contractual por su causante y la extracontractual derivada del perjuicio que personalmente les haya inferido su muerte; pero podrán intentarlas separada o sucesivamente.

proprio, porque contractualmente estaría cobrando el perjuicio sufrido por su causante y extracontractualmente el personal¹⁵.

Si la víctima descarta la utilización de la acción directa y en su lugar, procede a efectuar demanda conjunta, al causante del daño y a la aseguradora¹⁶, en términos prácticos, se convierte en una acumulación de procesos, es decir, la de responsabilidad y la de acción directa, lo cual, le podría generar inconvenientes adversos, como se verá a continuación.

Teniendo en cuenta dicha perspectiva, la víctima, al formular la acción, con las limitaciones que establece el artículo 88 del Código General del Proceso, podría demandar:

- De manera principal y bajo la óptica de la responsabilidad contractual, siempre que ostente la calidad de parte, bajo las reglas del artículo 1037 del Código de Comercio¹⁷, resulta imposible la vocación de prosperidad del incumplimiento, por aplicación del *principio del efecto relativo de los contratos*.
- En forma subsidiaria, si demanda simultáneamente bajo la misma vía procesal (ordinario), en calidad de beneficiario en el contrato de seguro, conforme a las reglas del artículo 1137 del Código de Comercio, implica que, la víctima solo podría demandar la responsabilidad extracontractual.

Así las cosas, dada la incompatibilidad en nuestra legislación, de efectuar el cumulo de responsabilidad contractual y extracontractual, se terminaría liberando a compañía aseguradora del pago de la indemnización, quien percibiría el monto de la prima, sin asumir riesgo.

El Seguro de Responsabilidad tiene una finalidad preventiva, toda vez que procura evitar que el patrimonio del asegurado (causante del daño) se vea afectado por la aparición de una deuda (débito) de responsabilidad; en

¹⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 31 agosto 2010, exp. 54001-3103-001-1994-09186-01.

¹⁶ C. G. P., art. 88. “*Acumulación de pretensiones*. También podrán formularse en una demanda pretensiones de uno o varios demandantes o contra uno o varios demandados, aunque sea diferente el interés de unos y otros, en cualquiera de los siguientes casos:

- ”a) Cuando provengan de la misma causa.
- ”b) Cuando versen sobre el mismo objeto.
- ”c) Cuando se hallen entre sí en relación de dependencia.
- ”d) Cuando deban servirse de unas mismas pruebas”.

¹⁷ C. de Co., art. 1037. “*Partes del contrato*. 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”.

el Seguro de Responsabilidad, se ampara el perjuicio (patrimonial y extramatrimonial) causado por el causante del daño a la víctima, donde no se tiene en cuenta la responsabilidad¹⁸ contractual¹⁹ o extracontractual²⁰.

Ahora bien, los perjuicios patrimoniales lo constituyen el daño emergente y el lucro cesante, que la víctima logre probar dentro del proceso; los extrapatrimoniales (moral, daño a la vida relación —fisiológico—, al proyecto de vida, etc.), su cuantificación es establecida al arbitrio juzgador.

Confrontada la redacción del inciso 2º artículo 84 de la Ley 45 de 1990, con la contenida en el artículo 1055 del Código de Comercio²¹, una ligera lectura permitiría razonar que la culpa grave, es un riesgo inasegurable, criterio que contrasta con la intención del legislador consignada la exposición de motivos de la Ley 45 de 1990, en la cual, refiere que *en el seguro de responsabilidad, se ampara la culpa grave*, con lo cual, estaría excluida en los demás seguros. No obstante lo anterior, en la práctica, en virtud del principio de autonomía de la voluntad el asegurador delimita, el amparo o excluye, tanto la culpa grave, como el perjuicio extramatrimonial.

En materia laboral, cuando en el curso del proceso se logra demostrar la culpa grave del patrono, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que su responsabilidad es contractual y objetiva, así las cosas, el patrono se encuentra obligado al pago de la

¹⁸ Inc. 2º art. 84 de la Ley 45 de 1990: “Son asegurables la responsabilidad contractual y extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el art. 1055”.

¹⁹ C. C., art. 1604. “*Responsabilidad del deudor*. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

“El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

“Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las Leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

²⁰ C. C., art. 2341. “*Responsabilidad extracontractual*. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la Ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

²¹ C. de Co., art. 1056. *Riesgos inasegurables*. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son asegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.

indemnización total de los daños causados²², sin que le sea posible descontar el monto de lo pagado por la Sociedad Administradora de Riesgos Profesionales²³ y para determinar el perjuicio (lucro cesante y el daño emergente), el juzgador debe tener en cuenta las fórmulas matemáticas que ha aceptado la jurisprudencia, con fundamento en los criterios jurídicos que ha adoptado, teniendo en cuenta la edad del trabajador al momento del accidente, la expectativa de vida del damnificado (de los padres del finado), el salario devengado, entre otras variables²⁴.

En principio, toda o cualquier persona puede ostentar interés asegurable, pero solo cuando adquiere la calidad de víctima ante la ocurrencia de un siniestro, se genera no solo la legitimación para accionar, sino que, de manera consecencial, ocurrido el perjuicio, se produce para la aseguradora la obligación de indemnizar el daño causado a la víctima, siempre y cuando su valor no exceda la suma pactada o contratada por el asegurado con la aseguradora.

En el ámbito del derecho de seguros, el Seguro de Responsabilidad, hace parte del seguro de daños, caracterizados por ser *meramente indemnizatorio*, por cuanto tiene como fin último reparar al asegurado o beneficiario; entonces, los perjuicios recibidos como consecuencia del acaecimiento del suceso incierto y determinado en el respectivo contrato como riesgo asegurado, *indemnizan el daño y nada más que el daño*, razón por la cual, la indemnización no puede tener como propósito el enriquecimiento del beneficiario. La víctima entonces, bajo el precepto arriba mencionado, no puede reclamar suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor²⁵, por lo que, le resta demandar al asegurado, por el excedente del perjuicio no amparado.

El contrato de seguro entonces, le sirve a la víctima para obtener una reparación del perjuicio causado por el asegurado, más no para conseguir

²² C. S. del T., art. 216. “*Culpa del empleador*. Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”.

²³ Sala de Casación Laboral en la C. S. de J., sent. proferida el 26 febrero 2004, rad. 22175; C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. proferida el 16 marzo 2005, rad. 23489; C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. proferida el 16 marzo 2005, exp. 20240; C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. proferida el 30 junio 2005, rad. 22656; C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. proferida el 24 junio 2005, rad. 23643.

²⁴ C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. proferida el 2 octubre 2013, SL-695, rad. 37297.

²⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 15 noviembre 2005, rad. 05001-3103-016-1999-00206-01; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 2 mayo 2002, rad. 6785.

un lucro, de conformidad con lo prescrito en el artículo 1088 del Código de Comercio, correspondiéndole al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida acorde con el artículo 1077 *ejusdem*²⁶.

El asegurado, al adquirir el contrato de seguro que ampara su responsabilidad, no puede precisar con exactitud la cuantía del monto del daño que pueda causar el asegurado a la víctima; solo es posible determinarla una vez ha producido el daño, razón por la cual, puede afirmarse sin atisbo de duda, que en los Seguros de Responsabilidad, no puede predicarse la existencia en esta clase de Seguros, de un infraseguro o supraseguro.

La obligación del asegurador es indemnizar directamente al tercero perjudicado; no obstante, puede presentarse la circunstancia de no existir restricciones de naturaleza convencional entre el asegurador y el asegurado, evento en el cual, el asegurado, podría directamente satisfacer la indemnización al perjudicado, siempre, que no hayan mediado prácticas fraudulentas entre ambos.

En el caso hipotético planteado, para obtener el reembolso de lo pagado, el asegurado, en el evento de no reunir los requisitos establecidos en el artículo 1080 del Código de Comercio²⁷, tendrá que formular la demanda por la vía ordinaria bajo el supuesto de la declaratoria del incumplimiento del contrato.

²⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 21 septiembre 2000, rad. 6140.

²⁷ C. de Co., art. 1080. "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, la tasa máxima de interés moratorio, vigente en el momento en que efectúe el pago".

C. G. P., art. 244. "*Documento auténtico*. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

"Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

"También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

"Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

"La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

"Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones".

CAPÍTULO IV

EL LITISCONSORCIO

El litisconsorcio, es un concepto referido a la pluralidad de sujetos participantes en el proceso jurisdiccional integrando una o varias partes procesales, por activa y/o por pasiva.

El tratadista colombiano JAIRO PARRA QUIJANO, define dicha figura procesal, como la presencia de varias personas en el proceso, unidas en determinada situación. Se podría afirmar que todas las legislaciones y doctrinas admiten la existencia de varias personas en la situación demandante o demandado, o en ambas calidades¹.

Sin embargo, si se consulta su aceptación etimológica, solo se considera como verdadero litisconsorcio al conocido en la doctrina como necesario, por cuanto solo en esta hipótesis especial de legitimación en la causa puede verificarse la suerte común en la pluralidad de sujetos que integran la parte por mandato legal o en atención a la naturaleza de la relación sustancial.

Pueden identificarse tres tipos de litisconsorcios:

- Simple (conocido igualmente como “voluntario” o como “facultativo”),
- Necesario y
- Cuasinecesario.

En atención a la pluralidad de personas participantes, integra varias partes con suertes distintas o una sola parte con comunidad de suertes, veamos:

1. El litisconsorcio necesario, lo constituyen todas aquellas personas que participan de una relación jurídica *sustantiva* y solo se perfecciona la relación jurídica procesal, si todos los litisconsorte comparecen².

¹ JAIRO PARRA QUIJANO, *La intervención de terceros en el proceso civil*. Buenos Aires, Edic. Depalma, 1986, pág. 31.

² C. G. P., art. 61. “*Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio*. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta

2. En el litisconsorcio facultativo (voluntario), las personas concurren al proceso de manera voluntaria, por razones de economía procesal, quienes aprovechan un mismo procedimiento³.

3. El litisconsorcio cuasinecesario, se trata de un híbrido entre el litisconsorte necesario y facultativo, pues, en esta figura, existe en autorización legal para que se configure una relación jurídica procesal válida, sin que participen la totalidad de titulares de la relación jurídica material; empero, la resolución final del proceso alcanzará a todos de manera uniforme⁴.

El aventajado grupo de alumnos de la Maestría en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana (1991-1992), expuso acertadamente el alcance o significado del artículo 1133 del Estatuto Mercantil⁵, así:

“... en las acciones directas existe un *litisconsorcio necesario* integrado por el asegurado, y por el asegurador, salvo que antes del ejercicio de la

a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

“En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

“Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

“Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

“Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”.

³ C. G. P., art. 60. “*Litisconsortes facultativos*. Salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en sus relaciones con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso”.

⁴ <http://delwww.monografias.com/deltrabajos65/della-acumulacion-acumulacion2.shtml>

C. G. P., art. 62. “*Litisconsortes cuasinecesarios*. Podrán intervenir en un proceso como litisconsortes de una parte y con las mismas facultades de esta, quienes sean titulares de una determinada relación sustancial a la cual se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, y que por ello estaban legitimados para demandar o ser demandados en el proceso.

“Podrán solicitar pruebas si intervienen antes de ser decretadas las pídas por las partes; si concurren después, tomarán el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención”.

⁵ La Modernización de la Actividad Aseguradora en Colombia. En el ámbito técnico, jurídico y financiero, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Maestrías I, Bogotá, 1994, pág. 368.

acción ya este establecida la responsabilidad del asegurado” (los destacados en cursiva, fuera del texto original).

Lo anterior conlleva a dos cosas, la primera, que el juez puede en cualquier momento, antes de dictar sentencia, vincular en calidad de litisconsorcio necesario, a la parte demandada que no forma parte de la relación jurídica procesal inicial, no hacerlo, generara sentencia inhibitoria.

1. LITISCONSORTE NECESARIO⁶

En el extremo procesal pasivo, siempre deben estar vinculadas al proceso, tanto la compañía aseguradora, como el asegurado. Si uno de ellos hace falta, debe vincularse al proceso, en calidad de litisconsorte necesario, para que no se viole el derecho de defensa derivado del debido proceso, por una sencilla razón, tratándose del Seguro de Responsabilidad Civil, es necesario entrar a demostrar y obtener que se declare la responsabilidad del asegurado.

El litisconsorcio necesario, permite la integración de varias personas en la posición de una sola parte, requiriéndose que todos los sujetos de la relación jurídico material subyacente al proceso estén presentes en el proceso, so pena de no poder proferirse sentencia de fondo (inhibitoria).

Su participación implica que los sujetos que la integren, actúen en consonancia con las pretensiones del actor, por lo que las peticiones procesales que realice un litisconsorte con independencia de los otros, incluyendo los recursos interpuestos, favorecerán a toda la parte y no de forma exclusiva a la persona que realice la actuación correspondiente.

De otra parte, la disposición del derecho no es posible si no proviene del o todos los litisconsortes necesarios (v. gr., renuncia, transacción, allanamiento, etc.); se trata del litisconsorcio por antonomasia, ya que la idea es, no de una posible reunión de sujetos, sino de la exigencia de convocar a todos los interesados en el mismo fallo, por la eficacia que para ellos tiene lo resuelto en un solo proceso⁷.

⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 12 septiembre 2002, rad. 5738.

“Como lo ha precisado esta Sala, la individualidad e inescindibilidad de la relación jurídica material ventilada en el proceso es lo que caracteriza al litisconsorcio necesario, pues es lo que impide una distinta solución para los diversos sujetos que a él concurren, y lo que impide así mismo que pueda resolverse sin estar presentes todos los que se encuentran ligados por esa relación sustancial litigada, so pena de dividirse, la continencia de la causa, es decir, la unidad de proceso, y de incurrirse en decisiones contradictorias impropias a esa relación”.

⁷ HUMBERTO BRISEÑO SIERRA, *Derecho procesal*, 2ª ed., México, 1995, pág. 1161.

2. EL LITISCONSORCIO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Hace relación a los casos en que deben involucrarse en el proceso a todos los sujetos participantes en un determinado acto o hecho jurídico y que dada la naturaleza de la relación material han de participar en el proceso bajo una condición común.

El Código General del Proceso, permite una integración del contradictorio, en los eventos de litisconsorcio necesario, hasta un momento bien tardío al disponerse como limite la sentencia de primera instancia⁸.

Si dicha integración no se realiza, es posible declarar la nulidad de la actuación procesal que se genere desde la sentencia⁹, evento en el cual, se habilita al actor, para que, en el evento de haber omitido en el acápite de pretensiones del *petitum*, referido a la necesidad de obtener la previa declaratoria de responsabilidad del asegurado antes de proceder a condenar a la aseguradora, proceda a efectuar la correspondiente reforma de la demanda¹⁰

⁸ C. G. P., art. 61. “*Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio*. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

”En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término.

”Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas.

”Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos.

”Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio”.

⁹ C. G. P., Inc. 5°, art. 134.

“[...] Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio”.

¹⁰ C. G. P., art. 93. “*Corrección, aclaración y reforma de la demanda*. El demandante podrá corregir, aclarar o reformar la demanda en cualquier momento, desde su presentación y hasta antes del señalamiento de la audiencia inicial.

”La reforma de la demanda procede por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:

con el objeto de subsanar las deficiencias señaladas, lo cual, solo es procedente, una vez se hubiese efectuado la notificación del auto admisorio de la demanda y por una sola vez, tal y como lo sostuvo la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C.¹¹.

“Sin embargo, no obstante lo dicho, al haberse dispuesto por el *a quo* en forma oficiosa la citación como litisconsorte pasiva de la *asociación de vecinos la floresta calle 102 a transversal 48 a y carrera 49*, según da cuenta el mismo auto apelado del siete (7) de marzo del año que avanza —fl 158 del cuaderno de copias—, *válidamente podrá el extremo demandante, luego de integrado el contradictorio y en los términos de que trata el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, proceder de conformidad, como quiera que hoy no se ha notificado a todos los demandados del auto admisorio de la demanda, encontrándose pendiente la vinculación de la mencionada asociación*” (el destacado fuera del texto original).

El anterior pronunciamiento judicial, se encuentra acorde con el criterio expuesto por la Corte Constitucional¹².

“Al respecto la Sala observa cómo los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil disponen que una vez dictado el auto admisorio de la demanda, o librada la orden de pago, según el caso, y notificada la providencia a alguno de los convocados a la *Litis*, la reforma de la demanda puede

”1. Solamente se considerará que existe reforma de la demanda cuando haya alteración de las partes en el proceso, o de las pretensiones o de los hechos en que ellas se fundamenten, o se pidan o alleguen nuevas pruebas.

”2. No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones formuladas en la demanda, pero sí prescindir de algunas o incluir nuevas.

”3. Para reformar la demanda es necesario presentarla debidamente integrada en un solo escrito.

”4. En caso de reforma posterior a la notificación del demandado, el auto que la admita se notificará por estado y en él se ordenará correr traslado al demandado o su apoderado por la mitad del término inicial, que correrá pasados tres (3) días desde la notificación. Si se incluyen nuevos demandados, a estos se les notificará personalmente y se les correrá traslado en la forma y por el término señalados para la demanda inicial.

”5. Dentro del nuevo traslado el demandado podrá ejercitar las mismas facultades que durante el inicial”.

¹¹ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala de Decisión Civil, del auto proferido, al resolver el Recurso de Súplica interpuesto por la parte demandante contra al proveído por el M. P. Manuel José Pardo Caro, el 30 julio 2003 por la Sala Dual de Decisión, conformada por los magistrados María Teresa Plazas Alvarado y Ana Lucía Pulgarín Delgado, en el juicio ordinario promovido por Flor Margi Malangón Ortiz Vs. Compañía Agrícola de Seguros, rad. 110013103320016431-01.

¹² Corte Const., sent. T- 548 de 9 julio 2003.

considerarse si han sido notificados *todos los demandados*, previsión que también cuanta para *las demás aclaraciones o correcciones*, que el demandante considere hacer al libelo —se destaca—”.

Para que puedan aplicarse correctamente las reglas de procedimiento anteriormente citadas, es indispensable entender la participación del litisconsorte necesario por pasiva, se encuentra habilitado para proponer excepciones en el término que la Ley le otorga, en la contestación de la demanda o en su reforma y la interrupción de la prescripción respecto de las pretensiones formuladas, opera en el momento en que la misma se notifica a la parte demandada¹³.

El Seguro de Responsabilidad, forma parte del seguro de daños, por ello, tratándose de varias víctimas, no es obligatorio integrar litisconsorcio para la reclamación, sin perjuicio de que pueda hacerse bajo la modalidad de litisconsorte facultativo¹⁴.

3. VINCULACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO POR INTERVENCIÓN DEL JUEZ

El numeral 5 del artículo 42 del Código General del Proceso, impone al juez el deber de integrar el contradictorio con todos aquellos sujetos de aquellas relaciones sustanciales o actos jurídicos sin los cuales, por su naturaleza o por Ley, no pueda resolverse de fondo. Si el juez, al momento de proferir sentencia, advierte el defecto formal de la falta de integración del contradictorio, particularmente, de no encontrarse en el proceso todos los litisconsortes necesarios, no podrá proveer de fondo hasta tanto no se corrija dicha anomalía, decretando la nulidad de todo lo actuado y ordenando la vinculación al proceso¹⁵.

La razón, es que la decisión de fondo, ha de ser uniforme frente a todos los litisconsortes necesarios que integran la parte, por cuanto, es imposible una resolución de modo distinto para los sujetos involucrados en una relación material que no puede ser escindida y que en el proceso se presentan como parte (por activa y/o por pasiva).

Existen intervenciones oficiosas (por orden del órgano jurisdiccional)¹⁶ en situaciones en donde se considera que el proceso se viene desarrollando

¹³ C. S. de J., Sala de Casación Laboral, sent. proferida el 29 noviembre 2000, rad. 14.405.

¹⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 14 diciembre 2000, rad. 5738.

¹⁵ C. G. P., art. 134, inc. 5°.

¹⁶ C. G. P., art. 42, num. 5. “*Deberes del juez*. Son deberes del juez: [...]”

frente a terceros con quienes puede ser común el interés de una parte originaria, como en los casos de sustitución procesal y de litisconsorcio cuasinesesario.

Se trata de llamar a un tercero en las mismas situaciones en que una parte de forma voluntaria podía provocar en virtud de la *Litis denuntiatio*, el ingreso de otro, para que se integre en el proceso como su litisconsorte. Al respecto al maestro italiano PIERO CALAMENDREI, sostiene que ambas figuras de esta intervención coactiva, tienen como presupuesto, la “comunidad de causa”, en razón de la cual puede la parte llamar en causa al tercero quien sea común la causa, o el juez puede igualmente, si lo considera oportuno, ordenar dicho llamamiento¹⁷.

4. LA VINCULACIÓN A LOS HEREDEROS COMO PARTE PROCESAL

Ante el fallecimiento de uno de los sujetos procesales (asegurado-víctima), es necesaria la vinculación de los herederos (conocidos y los indeterminados), para que ocupen el lugar que el causante tenía, para efectuar la integración del contradictorio en debida forma¹⁸.

5. CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN LITISCONSORCIAL

El interviniente llega al proceso, en calidad de litisconsorte de una de las partes originarias, porque se viene procesando una relación material en la cual es titular y que una vez sea decidida le va a afectar directamente, dados los efectos de la cosa juzgada.

¹⁵ Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia”.

C. G. P., art. 372, num. 8. “*Audiencia inicial*. El juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurren personalmente a una audiencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y de que en ella se practicarán interrogatorios a las partes. La audiencia se sujetará a las siguientes reglas:

”[...]”

”8. Control de legalidad. El juez ejercerá el control de legalidad para asegurar la sentencia de fondo y sanear los vicios que puedan acarrear nulidades u otras irregularidades del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes. Además deberá verificar la integración del litisconsorcio necesario”.

¹⁷ PIERO CALAMENDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. 2, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJE (Ediciones Jurídicas Europa-América), 1962, pág. 337.

¹⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 8 mayo 1992.

No llega a asumir una posición de parte independiente, sino a sumarse o adherirse litisconsorcialmente a una de las partes iniciales, ya sea por activa o pasiva, aunque su interés no sea exclusivamente coincidente con el de sujeto al que se adhiere y que ya venía participando. Empero, los efectos de la prosperidad de las excepciones propuestas concurren para él y la parte a la cual se adhiere.

6. ACCIÓN DIRECTA CONTRA ENTIDADES ESTATALES. JURISDICCIÓN COMPETENTE

La Ley 1285 de 2009 y la sentencia C-713 de 2008, consagraron que en la acción de reparación directa, así como el de nulidad y restablecimiento del derecho, debe agotarse la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad.

Frente a la posibilidad de demandar bajo la figura de la acción directa a una entidad estatal, ello es posible ante la jurisdicción contenciosa administrativa, el competente lo será atendiendo la cuantía de las pretensiones y, en todo caso, teniendo en cuenta el *fuero de atracción*, cuando el asegurado es una entidad estatal, como se explicará más adelante.

CAPÍTULO V

DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS DIFERENTES PROCESOS

A continuación, se efectuará un análisis relacionado con el Seguro de Responsabilidad Civil y la forma como opera en los diferentes procedimientos establecidos por nuestra legislación patria.

1. PROCESO CIVIL

Uno de los presupuestos procesales para intervenir en un proceso judicial, es ser parte procesal, esto es, la legitimación en la causa por activa. El Seguro de Responsabilidad Civil, no escapa a dicho contexto, por ello, se considera titular de este tipo de acción, todo aquel que ha recibido directa o indirectamente un daño, esto es, la víctima, quienes sufren un daño propio como consecuencia del hecho dañoso amparado o sus herederos, siempre que sean titulares de intereses que se hayan visto afectados por la conducta nociva del agente o causante del referido daño.

En suma, el asegurado, no ostenta legitimación en la causa, para promover acción directa contra la compañía aseguradora, la posibilidad de reclamar la indemnización por el siniestro por el causado.

En lo tocante a la relación de la víctima con el asegurador, la fuente del derecho de aquella estriba en la Ley¹, que se expresa e inequívocamente la ha erigido como destinataria de la prestación emanada del contrato de seguro, como beneficiaria de la misma. En tanto que, la obligación condicional de la aseguradora, nace del convenio celebrado con el asegurado, por virtud del cual, asume la reparación del daño que el causante del daño pueda producir a terceros y hasta por el monto pactado en el respectivo negocio jurídico, de suerte que la deuda del asegurador, tiene como derecho correlativo —por ministerio de la Ley— el de la víctima, para exigir la indemnización de dicho detrimento².

¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 10 febrero 2005, rad. 7614.

² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 10 febrero 2005, rad. 7113.

Ahora bien, para instaurar una demanda, no basta presentarla y la sentencia le será favorable, es necesario entrar a demostrar los hechos en que se fundamenta sus peticiones y, particularmente, tener en cuenta quien ostenta la carga de la prueba, para verificar la eventual prosperidad de las pretensiones.

Por otra parte, para intervenir en un proceso judicial, debe tenerse en cuenta que quien demanda, por regla general, es quien tiene la obligación de aportar las pruebas con las cuales se fundamenta los hechos materia del *petitum*, de su defensa o de las excepciones propuestas, las cuales, de ser aportadas y agregadas al proceso de manera oportuna, esto es, dentro de la etapa procesal pertinente —según la naturaleza del juicio—, permite al juzgador resolver la controversia en favor de quien no aportó la prueba que la desvirtuara o por lo menos, confirmará su defensa, sería esencialmente una regla que posibilitaría evitar el *non liquet* cuando se produce un empate entre los litigantes en cuando a la convicción de la verdad o falsedad del suceso suscitada en el juzgador.

La valoración de las pruebas no equivale a la apreciación de la prueba al libre arbitrio del juzgador, sino que implica un trabajo intelectual, atendiendo:

- La credibilidad y autenticidad de las pruebas aportadas e incorporadas en debida forma al proceso;
- Las máximas de la experiencia;
- La sana crítica;
- El sentido común y,
- La lógica.

Empero, las decisiones de los despachos judiciales requieren la apreciación y valoración de circunstancias o sucesos que inicialmente no están a su disposición, sino de las partes o eventualmente de terceros, los cuales serán conocidos, confrontados y discutidos en el curso del respectivo debate probatorio.

Cuando se habla de carga de la prueba, se está haciendo mención a dos aspectos separables en el plano teórico:

- Para poder adoptar una decisión fundada, el despacho judicial ha de adquirir cierto grado de convicción acerca del acaecimiento de la circunstancia y,
- Es necesario que alguna de las partes le proporcione los elementos probatorios que le permitan alcanzar su respectivo convencimiento.

Las reglas sobre carga de la prueba comprenden:

- La determinación del umbral de certidumbre que requiere el juzgador para satisfacer la pretensión y,
- Cual de las partes ha de suministrar las pruebas para alcanzar dicho umbral, so pena de recibir una decisión adversa sobre el fondo del asunto si no lo hace.

Lo decisivo de la carga de la prueba es que se trata de un instrumento estratégico en manos del legislador y de los despachos judiciales que permite inducir los comportamientos procesales y extraprocesales deseados.

En relación con la carga de la prueba, la preocupación del sistema jurídico no es académica, ni de epistemología de la función judicial, sino pragmática, como lo es en el resto de las materias. Su objetivo es el de regular el comportamiento en un mundo real, por ello, se hace necesario entrar a determinar, sobre quien pesa la carga de la prueba.

Lo primero es que, el demandado, en principio, no tiene interés en presentar pruebas, carece de incentivo a presentarla porque aportar evidencia solo supondría acreditar su propia culpa; en la práctica, de manera excepcional, la parte pasiva cumple con el deber de lealtad y buena fe³ ofreciendo la evidencia necesaria para que el juzgador se convenza de la ausencia de responsabilidad y desestime las pretensiones de la demanda.

La regla de carga de la prueba no siempre logra obtener el resultado más eficiente en el sentido de hacer mínimos los costos procesales de prueba para alcanzar la solución correcta.

Es principio universal, en materia probatoria, el de que le corresponde a las partes demostrar todos aquellos hechos que sirvan de presupuesto a la norma que consagra el derecho que ellas persiguen, de allí el aforismo romano “*Semper necessitas probando incumbit illi, qui agit*”⁴, el cual se encuentra contenido en el artículo 167 del Código General del Proceso⁵, en consonancia con el artículo 1077 del Código de Comercio⁶.

De suerte que, la parte que formula la demanda (actora y/o activa), corre con tal carga, si se desinteresa de ella, esta conducta se traduce, generalmente, en una decisión adversa: *Actore non probante, reus est absolvendus*⁷. Al actor (víctima) al accionar contra el asegurador, en ejercicio de la acción directa, con fundamento en los artículos 1127 y 1133 del Código de Comercio, le corresponde entonces demostrar:

³ C. G. P., art. 78, num. 1. “*Deberes de las partes y sus apoderados*.”

“1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos”.

⁴ MARCIANO: 1, 21 D, de probationibus, 22,3 “La necesidad de probar incumbe siempre y cuando siempre que ejercita una acción”.

⁵ C. G. P., art. 167. “*Carga de la prueba*. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

⁶ C. de Co., art. 1077. “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuera el caso”.

⁷ “Si el actor no prueba, hay que absolver al demandado”.

1. La responsabilidad civil derivada del hecho imputable al asegurado;
2. La cobertura del evento;
3. Su derecho ante el asegurador;
4. La existencia, certeza y carácter directo del daño cuya reparación reclame el asegurador⁸.

Tal y como se encuentra redactado el inciso 2° del art. 167 del Código General del Proceso, algunos doctrinales la han denominado como “Carga Estática”, donde el actor, asume la carga de probar todo cuanto afirma, la cual, se ha venido atemperando, moderando, quizás desplazando o reemplazando, a través de la denominada “carga dinámica de la prueba”.

En efecto, las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el actor, son superados con la denominada “carga dinámica de la prueba”, en la cual, dicha circunstancia se invierte, ubicando la carga de probar, en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de demostrarla.

La “carga dinámica de la prueba”, está fundada en el deber de colaboración, y solidaridad que deben tener las partes para con el despacho judicial, y poner el paso de ella, sobre las espaldas de quien mejor puede hacerlo. La “carga dinámica de la prueba”, ha sido acogido por la jurisprudencia patria, tal y como me permito transcribir a continuación⁹.

“[...] en torno a ese panorama axiológico debe operar el principio de la carga de la prueba (C. de P. C., art. 177) visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, *distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones*, pues este principio implícito en la norma cuando exonera de prueba las afirmaciones o negaciones indefinidas, precisamente por la dificultad de concretarlas en el tiempo o en el espacio, y por ende de probarlas, [...]” (Las cursivas fuera del texto original).

“Todo, se reitera, *teniendo en cuenta las características particulares del caso: autor, profesionalidad, estado de la técnica, complejidad de la intervención, medios disponibles, estado del paciente y otras circunstancias*

⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 10 febrero 2005, en el proceso ordinario promovido por Diana Patricia Zuluaga Gómez, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Alejandro y David Giraldo Zuluaga vs. Compañía Suramericana de Seguros S. A., rad. 7614.

⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 30 enero 2001, rad. 5507.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, providencia de 13 septiembre 2002, rad. 6199:

“[...] en algunos eventos debe hacerse actuar en sentido dinámico”.

exógenas, como el tiempo y el lugar del ejercicio, [...]” (Las cursivas fuera del texto original).

Para el caso objeto de estudio, nos interesa mucho el alcance, incidencia o trascendencia que pueda llegar a tener la expresión “profesionalidad” en la carga de la prueba y en especial, cuando quien interviene es una compañía aseguradora, como demandante, demandada o llamada en garantía.

En efecto, tal y como lo anotan PICARD y BESSON¹⁰, el seguro “[...] no puede existir sino en el seno de una empresa científicamente organizada”.

En efecto, las compañías aseguradoras, solo pueden realizarse por intermedio de un asegurador profesional. El profesor J. EFRÉN OSSA G¹¹ define al asegurador como la persona jurídica debidamente autorizada para asumir los riesgos, sujeto como tal al control del Estado desde el instante de su formación hasta su liquidación definitiva, a las normas administrativas que rigen su actividad empresarial, con un objeto social exclusivo¹² y, por tanto, a las sanciones adecuadas a la infracción de las mismas.

Entonces, la compañía aseguradora al desarrollar su actividad empresarial con un objeto social exclusivo, tiene que realizarlo con especialidad, profesionalismo y bajo la óptica de la carga dinámica de la prueba que se produce necesariamente con la inversión permanente del deber probatorio.

La “carga dinámica de la prueba”, es tarea del juzgador establecerla prácticamente desde el inicio del proceso¹³, de manera concreta, a partir del auto

¹⁰ PICARD y BESSON, *Les assurances terrestres en droit français*, Deuxieme Edition, tome premier, Le contrat d'assurance, Paris, L.G.D.J., 1964, num 9, pág 16.

¹¹ J. EFRÉN OSSA G., *Teoría general del seguro. El contrato*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 3 a 5.

¹² Art. 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (decreto 663 de 1993). “*Aspectos generales...*”

”3. Objeto social. El objeto social de las compañías y cooperativas de seguros será la realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente, aparte de aquellas previstas en la Ley con carácter especial. Así mismo, podrán efectuar operaciones de reaseguro, en los términos que establezca el gobierno nacional.

”Las sociedades cuyo objeto prevea la práctica de operaciones de seguros individuales sobre la vida deberán tener exclusivamente dicho objeto, sin que su actividad pueda extenderse a otra clase de operaciones de seguros, salvo las que tengan carácter complementario.

”El objeto social de las reaseguradoras consistirá exclusivamente en el desarrollo de operaciones de reaseguro.

”[...]”.

¹³ C. G. P., art. 167. “*Carga de la prueba.*”

”[...]”

que admite la demanda hasta antes de dictar sentencia, atendiendo cada caso, señalando cuál de las partes se encuentran en condiciones más favorables para demostrar cada uno de los hechos o circunstancias relevantes, en relación con la conducta del demandado, para adoptar la decisión¹⁴, aun cuando no lo haya alegado o invocado.

La “carga dinámica de la prueba”, es el desarrollo del principio procesal denominado “*igualdad de armas en el proceso*”¹⁵, significando dicho principio que frente a iguales circunstancias debe darse un igual tratamiento a las partes; cuando las circunstancias son diferentes, debe también dárseles un tratamiento diferente, para lograr ponerlas en igual situación, con el propósito de alcanzar igual protección jurisdiccional, razón por la cual, corresponde

“No obstante, según las particularidades del caso, el juez *podrá*, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso *antes de fallar*, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

“Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

”[...]”.

¹⁴ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. proferida el 10 febrero 2000, rad. 11878.

¹⁵ Al tenor del art. 6.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que lo interpreta (TEDH, sents. de 21 febrero 1975, Golder c. Reino Unido, Serie A, núm. 18, apartados 26 – 40; de 28 junio 1984, Campbell y Fell c. Reino Unido, Serie A, núm. 80, apartados 97 – 113; y de 30 octubre 1991, Borgers c. Bélgica, Serie A, núm. 214 – B, apartado 24), el derecho a un proceso justo engloba una serie de garantías procesales, entre las que se destacan:

- El derecho de acceso a un tribunal.
- El principio de igualdad de armas en el proceso.
- El derecho a un Tribunal independiente, imparcial.
- La publicidad y celeridad del procedimiento.
- Derecho a la ejecución de las decisiones judiciales (Sudre 2005, 15).

Dice BÖTTICHER que “[...] la igualdad de armas en el proceso se encuentra más en el plano de aquella categoría aristotélica de la “justicia conmutativa”, como, por ej., la que domina la reglamentación del contrato sinalagmático en el derecho privado (EDUARD BÖTTICHER, “La igualdad ante el juez”, en *Revista de Derecho Procesal*, Primera Parte, Director Hugo Alsina, 1955, págs. 127 y ss., esp. 129).

al juez la obligación de proveer los medios para que el proceso se desarrolle en paridad de condiciones entre las partes.

En ese orden de ideas, es lamentable la redacción del inciso 2° del artículo 167 del Código General del Proceso, cuando afirma que el juez “podrá”¹⁶, pues, le está otorgando al juzgador una atribución facultativa, en lugar de indicar como lo corrigió la redacción del artículo 170 del Código General del Proceso con la expresión “deberá”, donde se impone la obligación del juez de decretar pruebas de oficio.

Este principio se plantea como una solución en los que el esclarecimiento de los hechos depende del conocimiento de aspectos profesionales, técnicos o científicos muy puntuales que solo una de las partes tiene el privilegio de manejar¹⁷ o es la única que tiene el poder de conservar alguna documentación específica que afecta la *litis*.

Por otra parte, las dificultades desde el punto de vista procesal para las compañías aseguradoras, por la inversión de la carga de la prueba, no solo se verifican a nivel de la interpretación jurisprudencial que se ha señalado, sino también legalmente.

La tendencia de la legislación frente al daño ocasionado por la actividad empresarial, aplicable a las compañías aseguradoras, es la de desplazar el patrón de responsabilidad consignado en la conducta ejemplar del buen padre de familia, frente a la diligencia de un buen hombre de negocios¹⁸, es decir, se le hace más acucioso, exigente, imponiéndose en grado sumo, un deber de profesionalismo en la actividad empresarial aseguradora, reforzándose con ello el precepto del *ius eligendi*¹⁹, el grado de responsabilidad de los empresarios²⁰, sin perjuicio de la acción social de responsabilidad que la compañía pueda efectuar contra los administradores²¹.

¹⁶ RAE: Tercera persona del singular (él de ella delusted) futuro indicativo.

¹⁷ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. proferida el 3 mayo 2001, rad. 12.338.

¹⁸ Ley 222 de 1995, art. 23. “*Deberes de los administradores*. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados”.

¹⁹ C. de Co., art. 200. “*Responsabilidad de los Administradores*. Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”.

²⁰ C. C., art. 2347. “Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieron a su cuidado”.

²¹ Ley 222 de 1995, art. 25. “*Acción social de responsabilidad*. La acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión

Es así como, a manera de ejemplo, algunos despachos judiciales²², le han venido reconociendo y aplicando, con ocasión del profesionalismo que deben efectuar las empresas en el desarrollo de su objeto social:

“Conviene señalar, además, que es apenas natural y elemental que una persona jurídica como la demandada, que tiene por objeto la prestación de servicio de vigilancia privada a entidades estatales y empresas privadas, *necesariamente debe estar asesorada de profesionales que la orienten en el conocimiento y manipulación de sus negocios Civiles y contratos...*, como son abogados, contadores y demás que requiera para el éxito de sus operaciones financieras, *quienes desde luego deben saber lo concerniente a los derechos y obligaciones...*; de donde se infiere que puede ahora alegar desconocimiento en esos aspectos y tendiente a exonerarse de las obligaciones legales” (el destacado fuera del texto original).

Se impone entonces a las compañías aseguradoras, unas cargas y deberes propios del profesional, del hombre de negocios diligente, tales como²³:

- Informarse suficientemente sobre cada uno de los negocios a celebrar;
- Asesorarse adecuadamente, en la redacción, términos y condiciones de cada contrato que celebra;
- Formular objeciones conducentes, fundadas, oportunas, serias y soportadas por la lógica, el sentido común y la legislación imperante;

de la asamblea general o de la junta de socios, que podrá ser adoptada aunque no conste en el orden del día. En este caso, la convocatoria podrá realizarse por un número de socios que represente por lo menos el veinte por ciento de las acciones, cuotas o partes de interés en que se halle dividido el capital social.

”La decisión se tomara por la mitad más una de las acciones, cuotas o partes de interés representada en la reunión e implicara la remoción del administrador

”Sin embargo, cuando adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción social de responsabilidad dentro de los tres meses siguientes, esta podrá ser ejercidos por cualquier administrador, el revisor fiscal o por cualquier de los socios en interés de la sociedad. En este caso los acreedores que representan por lo menos al cincuenta por ciento del pasivo externo de la sociedad, podrán ejercer la acción social siempre y cuando el patrimonio y cuando el patrimonio de la sociedad no sea suficiente para satisfacer sus créditos.

”Lo dispuesto en este artículo, se entenderá sin perjuicio de los derechos individuales que corresponden a los socios y a tercero”.

²² Tribunal Superior de Distrito Judicial de Villavicencio, Sala Civil-Laboral, proceso ordinario de Hernán Portela Naranjo contra la sociedad Nacional de Vigilancia, sent. de 21 mayo 2001.

²³ MARCELA CASTRO DE CIFUENTES, “La Cláusula Compromisoria por Radicación”. *El contrato de arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario, 2005, pág. 181.

- No desconocer el principio *adversus factum suum quis venire non protest* o doctrina del acto propio²⁴;

- No efectuar ningún tipo de discriminación.

Planteadas así las cosas, cuando la compañía aseguradora incumple el deber contractual de pagar la indemnización consagrada como amparo del siniestro, es de su cargo, la obligación de demostrar su diligencia y cuidado²⁵, fundamentalmente cuando en el contrato de seguro exige la *ubérrima bona fides* y en consecuencia, será responsable de los perjuicios que su conducta causó como consecuencia inmediata o directa de no haber cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento²⁶.

La noción general de carga de la prueba presenta varios aspectos que deben ser analizados separadamente:

- La fijación del umbral de convicción o confianza requerido para dar acreditada una circunstancia en que se basa una pretensión;

- La autenticidad de las pruebas aportadas e incorporadas en debida forma al proceso, esto es, que no hayan sido alteradas, sean ilícitas o ilegales (v. gr., cadena de custodia; violación de la cooperación internacional, entre otros);

- La determinación desde el momento en que admite la demanda, de cuál de los litigantes ha de aportar el (los) medio (s) probatorio (s) que permitan alcanzar ese nivel de convicción, de modo que si el gravado por tal carga no satisface esa exigencia probatoria, la decisión judicial sobre el acacimiento de la circunstancia en cuestión será negativo.

Todos los modelos anteriores consideran que el comportamiento extraprocesal de las partes (el nivel de cuidado, la comisión o no de un delito) está dado exógenamente, de modo que no se analiza el efecto que en conexión con el mismo pueda tener el umbral de convicción del juzgador adoptado por el sistema jurídico.

²⁴ Nadie puede venir contra sus propios actos.

Corte Const., sent. T-295 de 1999. “El respeto del acto requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado: a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción—atentatorio de la buena fe existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas”.

²⁵ C. C., art. 1604. “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, [...]”.

²⁶ C. C., art. 1616. “Si no se pudo imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse del tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”.

En una segunda etapa, no hay que olvidar que es obligación del juzgador antes de fallar, *decretar pruebas de oficio*²⁷, en la búsqueda de la verdad real no la procesal, [...] “no es simplemente discrecional o voluntaria, sino un deber, porque el juez debe estar comprometido con el hallazgo de la verdad histórica[...]”²⁸, la verdad real, no la procesal.

El tercer aspecto, corresponde a la implementación de la doctrina denominada la *res ipsa loquitur*. Esta doctrina, originaria del *common law*, autoriza al demandante de una indemnización por responsabilidad extracontractual a obtener la compensación de los daños y perjuicios sin necesidad de aportar prueba de la negligencia del demandado, si las circunstancias de producción del daño hacen imposible o muy difícil pensar que el daño pudiera haberse producido de haber observado el causante las exigencias de la diligencia debida²⁹.

La inversión de la carga de la prueba es una excepción a la regla de que quien afirma prueba, y por tratarse de una excepción es siempre legal y de interpretación restrictiva, la cual, es aplicable no solo en materia de responsabilidad contractual, sino también extracontractual.

Corresponderá la prueba contrario a las afirmaciones del demandante, cuando:

- Se trate de documentación que reposa en los archivos del asegurado o la aseguradora y no la exhiban;

²⁷ C. G. P., art. 170.

C. G. P., art. 42. “*Deberes del juez*. Son deberes del juez:

”[...]”

”2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este código le otorga.

”3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

”4. Emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por

²⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 noviembre 1999, rad. 6168, proceso ordinario seguido por Lucy Mireya López de Mazorra contra María Eugenia Cabrera Ho de Iraizos.

²⁹ Tribunal Supremo Español, Sala 1,9.12.1988 (RAJ 9427), resolvió la demanda del viudo de una anciana señora que ingreso en una clínica barcelonesa para operarse de juanetes y falleció de tétanos posquirúrgico unos días después de la intervención.

Tribunal Supremo Español, Sala 1, 15.6. 1999 (núm. 593) condeno al Insalud a pagar 30 millones de pesetas por la muerte de una mujer de 44 años que tras una sencilla operación de vesícula falleció súbitamente a los 15 días de la intervención.

- En todos aquellos eventos en que se desarrollen actividades peligrosas;
- Cuando por motivo del profesionalismo exigido por la actividad empresarial, se requiere un máximo nivel de prudencia, diligencia en la determinación de las decisiones o determinaciones, en las cuales es necesario realizar estudios previos a la celebración de cualquier negocio jurídico.

En materia de seguros, el artículo 1077 del Código de Comercio, contempla que le incumbe al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida³⁰, eventualmente la aseguradora podría asumir dicha carga, cuando:

- La víctima (beneficiario) o el asegurado le han presentado toda la documentación que acredita las circunstancias que originan el siniestro;
- Cuando previamente a expedirse la póliza, se verifican las manifestaciones, expresiones o revelaciones efectuadas o contenidas en la solicitud de asegurabilidad³¹;
- En el proceso de reclamación efectuado por la víctima, el asegurado admite su responsabilidad.

Adicionalmente, la normativa citada en el párrafo que precede, exige al asegurador la carga de demostrar la exclusión de su responsabilidad³², teniendo en cuenta que la Ley le otorga consecuencias desfavorables, sustanciales y procesales, en caso de no hacerlo.

En la forma como se encuentra redactado el artículo 1133 del Código de Comercio, podría concluirse, que es necesaria la participación del asegurado dentro del proceso promovido por la víctima contra el asegurador, con el propósito de obtener, alguno de los siguientes resultados:

- La declaratoria de responsabilidad del asegurado;
- La declaratoria de la existencia del amparo;
- La condena a la compañía aseguradora, quien está obligada a pagar el monto de la indemnización asegurada.

³⁰ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 marzo 2003, rad. 6642.

³¹ C. de Co., art. 1048. “Hacen parte de la póliza: La solicitud de seguro firmada por el tomador, y [...]”

³² C. de Co., art. 1077. “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”.

Dado que al ser el Seguro de Responsabilidad Civil, un seguro de daños de naturaleza indemnizatoria³³, *solo se indemniza el perjuicio y nada más, por cuanto no puede ser fuente de enriquecimiento para el asegurado.*

La presencia del asegurado en el proceso es de vital importancia no solo para garantizar el debido proceso, sino que constituye presupuesto *sine qua non* para que se pueda proferir condena al asegurador, por una razón lógica, no se puede condenar a la aseguradora sin declarar responsable al asegurado, quien necesariamente debe ser oído y vencido en juicio.

La víctima (beneficiario: tercero afectado o sus herederos), cuando accionan en forma directa frente a la compañía de seguros, y por razón del contrato de Seguro de Responsabilidad Civil, debe demostrar no solo la culpa del asegurado, sino a todos los elementos de la acción directa³⁴.

Cuando el beneficiario ejercita la acción directa, se debe tramitar mediante el procedimiento del juicio ordinario, lo que se discute en principio es que el asegurado es el responsable del daño.

De otra parte, el asegurado, responsable del siniestro podría asumir una cualquiera de las siguientes conductas procesales:

- Abstenerse de contestar la demanda;
- Efectuar allanamiento a la demanda;
- Contestarla, formular excepciones y efectuar llamamiento en garantía.

No debe olvidarse que, el silencio del demandado o su inacción, por sí solo no constituye aceptación, salvo que expresamente la Ley le otorgue algún efecto.

Así las cosas, en el proceso civil, habrá de estudiarse, cuales son las conductas procesales asumidas por las partes en el curso del proceso.

A) *Abstención en la contestación de la demanda*³⁵

En el presente evento, ha de precisarse que la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir

³³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 12 septiembre 2002, rad. 5738. “[...], siendo el principio de la indemnización de la naturaleza de seguros de daños, debe existir siempre una correlatividad o correspondencia entre la prestación a la que está obligado el asegurador y el importe real del perjuicio recibido por el asegurado”.

³⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 10 febrero 2005, rad. 7173.

³⁵ Dino: común.ing.reg.uris.pont, 44, I: “Tacens nec fateri nec negare censetur”: el que se calla se considera que ni confiesa ni niega.

ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la Ley le atribuya otro efecto³⁶.

B) *Allanamiento a la demanda*

Consiste en aquella conducta desplegada por quien ostenta la calidad de causante del daño (asegurado), efectuada en la contestación de la demanda o su reforma, tendiente a aceptar de manera expresa, con el propósito de extinguir una controversia jurídica, mediante la aceptación total o parcial no solo de los hechos de la demanda, de las prestaciones, de los fundamentos facticos en que sustenta el *petitum* respectivo, produciéndose una claudicación procesal enderezada a evitar un desgaste inoficioso del aparato judicial estatal, el que debe ser aceptado por el juez de primer grado, si no militan los impedimentos contemplados en la Ley, dicho fenómeno surtirá sus efectos plenos dentro del alcance señalado por quien lo propuso, esto es, cuando el actor, en la instancia, reclamó la aplicación de las consecuencias procesales que le son inherentes.

Constituye un acto unilateral, de carácter dispositivo, cuyo contenido es una renuncia inequívoca a continuar la contienda, el cual, puede surtirse al contestar la demanda o en el curso del proceso, antes de dictarse sentencia definitiva, acompañada de la confesión de los hechos afirmados por el demandante, acto de disposición este que producirá los efectos especiales que indica la Ley, en punto de darle origen a la terminación anticipada del proceso, total o parcialmente, según el caso, tal y como lo prescribe el artículo 98 del Código General del Proceso³⁷.

³⁶ C. G. P., art. 97. “*Falta de contestación o contestación deficiente de la demanda*. La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la Ley le atribuya otro efecto.

”La falta del juramento estimatorio impedirá que sea considerada la respectiva reclamación del demandado, salvo que concrete la estimación juramentada dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del requerimiento que para tal efecto le haga el juez”.

³⁷ C. G. P., art. 98. “*Allanamiento a la demanda*. En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad con lo pedido. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude, colusión o cualquier otra situación similar.

”Cuando la parte demandada sea la Nación, un departamento o un municipio, el allanamiento deberá provenir del representante de la Nación, del gobernador o del alcalde respectivo.

En este orden de ideas, una conducta procesal como la aquí descrita generaría ventaja al actor y un resultado adverso a la aseguradora, según el aforismo romano: “*Confessio facta in indicio non potest retractari*”³⁸.

A pesar de la potestad que tiene el juez de rechazar el allanamiento, es un aspecto trascendental decretar pruebas de oficio, cuando advierta fraude o colusión, o lo pida un tercero que intervenga en el proceso como parte principal. En el contrato de seguro, normalmente se constituyen estipulaciones que obligan al asegurado a evitar la conducta procesal en comento³⁹, las cuales, pueden ser convenidas en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad contractual⁴⁰, manifestación que la legislación positiva en Colombia autoriza a los concertantes del seguro en un acápite especial denominado “garantía”, a la cual quedaría sujeta de manera forzosa y obligatoria el asegurado, siempre que su contenido no tenga como finalidad la derogatoria o el desconocimiento de las disposiciones imperativas que por su naturaleza con inmodificables.

Dicha “garantía”, es una causal legítima de terminación del seguro por parte de la aseguradora, ante el incumplimiento o no cumplimiento del asegurado, generando la anulabilidad del contrato⁴¹.

La garantía, es la promesa por la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, afirma o niega determinada situación fáctica y sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción⁴².

No es dable afirmar, que si la “garantía” no fue expresamente pactada en el contrato, ella debe entenderse ínsita en él, pretendiendo crear una obligación

”Cuando el allanamiento no se refiera a la totalidad de las pretensiones de la demanda o no provenga de todos los demandados, el juez proferirá sentencia parcial y el proceso continuará respecto de las pretensiones no allanadas y de los demandados que no se allanaron”.

³⁸ Dino: *comn.in reg. Iuris pont.*, r 21,3: La confesión hecha en juicio no puede ser retractada.

³⁹ C. de Co., art. 1061. “Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

”La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla”.

⁴⁰ C. C., art. 1602. En concordancia con lo establecido en el art. 822 del C. de Co.

⁴¹ C. de Co., inc. 3° del art. 1061.

⁴² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 27 febrero 2012, rad. 11001-3103-002-2003-14027-01.

tácita o implícita del asegurado, so pretexto de desentrañar las cláusulas del contrato, pretendiendo prevalecer una simple manifestación no escrita sobre las verdaderas estipulaciones pactadas, desdibujando la verdadera intención de las partes, pues, con tal conducta, se entraría a cambiar la esencia y el querer claramente manifestado en disposiciones de indiscutible diaphanidad en su contenido y alcance.

Cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan entre si una convención jurídica, tanto en su naturaleza, su determinación y alcance de las obligaciones, las cuales fueron estipuladas en forma clara, precisa y sin asomo de ambigüedad en el pacto, tiene que presumirse y aceptarse que esas cláusulas contractuales así concebidas y plasmadas por escrito en el documento contentivo de la convención, son el fiel reflejo de la voluntad de sus agentes y que, por lo mismo, se toma inocuo e improcedente cualquier intento de interpretación que no este expresamente pactada.

La facultad que asiste a los jueces para interpretar los contratos deben ejercerla frente a aquellas estipulaciones que son oscuras, dudosas en el alcance de sus efectos obligacionales, pero no en los que, según sus cláusulas consignadas expresamente, son claras y no presentan por tanto dubitación razonable; en aquellos sí, por cuanto precisa indagar cual fue la verdadera voluntad de los contratantes, la que por no aparecer con nitidez expresa a primera vista reclaman indagación para desentrañar el sentido, la significación y el alcance de las declaraciones de voluntad vertidas confusamente; en los segundos no, pues en virtud de la claridad y precisión, expresamente, se ponen de manifiesto al primer golpe de vista esa voluntad interna, la interpretación entonces, deviene a ser inútil, inocua o innecesaria.

Lo anterior no obsta para aplicar con rigor el artículo 1097 del Código de Comercio⁴³, en el cual, se prohíbe al asegurado renunciar a sus derechos contra los terceros responsables del siniestro, so pena de generar la pérdida del derecho a la indemnización.

C) *Excepciones*

En la oportunidad procesal prevista para contestar la demanda, la aseguradora y el asegurado, puede proponer diversas excepciones⁴⁴, como fundamento de su defensa, las cuales, particularmente en el caso de la primera,

⁴³ C. de Co., art. 10097. “*Irrenunciabilidad de derechos contra terceros*. El asegurado no podrá renunciar en ningún momento a sus derechos contra terceros responsables del siniestro. El incumplimiento de esta obligación acarreará la pérdida del derecho a la indemnización”.

⁴⁴ Per exceptionem permtoriam non fi Litis contestatio: Por la excepcion perentoria no se hace la contestacion de la lid. C. 2, de Litis contestaciones, in Sexto, 2,3.

puede aducir razones adicionales o simplemente no hacer referencia a las expuestas en el texto de objeción.

Así las cosas, al asegurador, le incumbe entonces demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad, conforme a lo establecido en el inciso 2° del artículo 1077 del Código de Comercio y conforme a los aforismos: “*Reus exceptiones quas obiicit probare tenetur*”⁴⁵ y “*Reus in exceptionibus, actor reputabitur*”⁴⁶.

a) *Oponibles por el asegurador.* Las normas que regulan el Seguro de Responsabilidad, no impiden que tanto el asegurado como la aseguradora, puedan proponer las respectivas excepciones, ello es posible, con fundamento en la fuente de sus obligaciones, esto es, el contrato de seguro y también con apoyo en el artículo 1044 del Código de Comercio⁴⁷, aplicable sin distinción alguna a todos los seguros, el cual, preceptúa que el asegurador podrá oponer al beneficiario o víctima, las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, para lo cual, es necesario que se haga expresa distinción entre las personales del beneficiario y las que se predicán frente al asegurado.

Las excepciones, la constituyen una serie de hechos, con cuya alegación el asegurador no necesariamente pretende negar que el perjudicado haya tenido acción contra él, sino que, en el momento en que se instauró la acción, ya se había extinguido la obligación del asegurador. Son de dos clases, previas y perentorias, para que tengan vocación de prosperidad, es necesario que aparezca probada en el curso del proceso.

Se diferencian en que la primera, se encuentra expresamente señalada en la Ley⁴⁸, pero debe ser invocada; en tanto que la segunda, el juez puede

⁴⁵ El demandado está obligado a probar las excepciones que opone: DECIO: In tit Fl. De reg. Luris, r.43, 5.

⁴⁶ El demandado en las excepciones se reputa actor.

⁴⁷ C. de Co., art. 1044. “*Oposición y excepciones.* Salvo estipulación en contrario, el asegurador podrá oponer al beneficiario las excepciones que hubiere podido alegar contra el tomador o el asegurado, en caso de ser estos distintos de aquél, y al asegurado las que hubiere podido alegar contra el tomador”.

⁴⁸ C. G. P., art. 100. “*Excepciones previas.* Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:

- ”1. Falta de jurisdicción o de competencia.
- ”2. Compromiso o cláusula compromisoria.
- ”3. Inexistencia del demandante o del demandado.
- ”4. Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado.

declararla oficiosamente si la encuentra probada⁴⁹, siendo determinante del evento dañoso.

Son oponibles por el asegurador, frente al ejercicio de la acción directa instaurado por la víctima (beneficiario), las excepciones personales que tenga contra el asegurado, permitiéndose expresamente que el asegurador se oponga (v. gr., culpa exclusiva de la víctima —que rompe el nexo de causalidad entre la conducta del asegurado y el daño verificado—, fuerza mayor, hecho de un tercero, los riesgos del desarrollo o en caso de responsabilidad subjetiva, que no intervino culpa del asegurado, etc.) que tuviera contra este. El concurso de culpas (entre la víctima y el asegurado), da lugar a la moderación de la indemnización debida por la compañía aseguradora, como ocurriría si fuera el asegurado quien tuviera que satisfacerla.

Le corresponde a la aseguradora, demostrar la inexistencia del riesgo asegurado o su ocurrencia. Por tal motivo, con el propósito de enervar el derecho beneficiario, es común observar como excepciones perentorias:

”5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

”6. No haberse presentado prueba de la calidad de heredero, cónyuge o compañero permanente, curador de bienes, administrador de comunidad, albacea y en general de la calidad en que actúe el demandante o se cite al demandado, cuando a ello hubiere lugar.

”7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.

”8. Pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto.

”9. No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios.

”10. No haberse ordenado la citación de otras personas que la Ley dispone citar.

”11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada”.

⁴⁹ C. G. P., art. 282. “*Resolución sobre excepciones*. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

”Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.

”Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia.

”Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción”.

- No pago de la prima. Nuestra legislación comercial contempla que el no pago de la prima, produce de manera automática e inexorable la finalización del contrato de seguro⁵⁰.

- Falta de amparo. Se presenta cuando el contrato de seguro de responsabilidad, no contiene la cobertura o se encuentra expresamente excluido.

- El daño se derivó de un hecho ajeno al ámbito material de la cobertura del seguro;

- Que se trataba de un tipo de daño no cubierto, lo que corresponde a una delimitación del riesgo;

- Conducta dolosa o gravemente negligente del asegurado en la declaración del riesgo;

- Hechos excluyentes, que son aquellos que, ocurridos coetáneamente o posteriormente a los hechos constitutivos de la obligación, facultan al asegurador para enervar la acción y que, constituyen una excepción en sentido propio, porque permiten al demandado eludir una prestación debida, v. gr., prescripción;

- Extinción del contrato de seguro⁵¹;

- Los límites objetivos aceptados tiene absoluta fuerza constrictiva *inter partes*, no siendo indiferentes ni ajenos al tercero que pone en ejercicio la acción directa contra el asegurador, razón por la cual, el asegurador se obliga a pagar la indemnización dentro de los límites pactados, quedando obligado adicionalmente dentro de los límites establecidos en la Ley y el contrato de seguro (cláusulas de exclusión, falta de cobertura, no cumplimiento o incumplimiento de las garantías).

b) *Nulidad relativa en el contrato de seguro*. Hay que distinguir dos aspectos muy importantes:

⁵⁰ C. de Co., art. 1068. “*Mora en el pago de la prima*. Subrogado por el art. 82, Ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: La mora en el pago de la prima de la póliza o de los certificados o anexos que se expidan con fundamento en ella, producirá la terminación automática del contrato y dará derecho al asegurador para exigir el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato.

”Lo dispuesto en el inciso anterior deberá consignarse por parte del asegurador en la carátula de la póliza, en caracteres destacados.

”Lo dispuesto en este artículo no podrá ser modificado por las partes”.

⁵¹ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 mayo 2000, rad. 6291 (S-044-2000): “La enajenación del vehículo automotor producirá automáticamente la extinción del contrato de seguro, salvo que subsiste algún interés asegurable para el asegurado, caso en el cual el contrato continuará vigente en la medida necesaria para proteger tal interés, siempre y cuando se informe de esta circunstancia a la Suramericana, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la enajenación”.

• *La acción se instaure después del término de dos años.* Cuando la causa del vicio proviene del asegurado y el asegurador no ejercita judicialmente la anulabilidad o impugnabilidad dentro del término de dos (2) años⁵², bien por desidia o por descuido, ora porque fueron conocidas o debían conocer por cuanto se presentaba recurrentemente desde antes de la fecha del siniestro y las toleró o consintió⁵³, sin reclamación alguna al respecto, mediante el ejercicio de la correspondiente acción.

Ahora bien, si examinamos detenidamente el concepto de dolo, es entendido como el conjunto de maniobras, engaños, fraudes, mentiras, reticencias u otras conductas ejercidas por una de las partes para inducir a la otra a la celebración de un contrato, lo cual, vicia el consentimiento, siempre y cuando se demuestre que sin él no se habría celebrado el contrato o, en otros términos, que este fue la causa determinante para la celebración del contrato⁵⁴.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, consideró que la conducta del asegurado, no puede calificarse de acto doloso⁵⁵ y el negocio

⁵² C. de Co., art. 900. “Anulabilidad. Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil.

”Esta acción solo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo. Cuando la nulidad provenga de una incapacidad legal, se contará el bienio desde el día en que ésta haya cesado”.

Nota: artículo declarado *exequible* por la Corte Constitucional (sent. C-934 de 2013). El término de prescripción de dos años de la acción de anulabilidad del negocio jurídico que haya sido consentido por la fuerza, se cuenta a partir del día que esta hubiere cesado.

⁵³ C. de Co., art. 1060, inc. 4°. “cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella [...]”.

Laudo Arbitral, proferido el 15 abril 2004, por el Tribunal de Arbitramento de la Nación-Ministerio de Transporte vs. La Unión Temporal conformada por la Previsora S. A. compañía de seguros y aseguradora Coleseguros S. A., integrado por los Árbitros Humberto Murcia Ballén, David Luna Bisbal y Rafael Romero Sierra.

⁵⁴ C. C., art. 1515. “Dolo. El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado.

”En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

⁵⁵ C. C., art.63. “*Culpa y dolo.* La Ley distingue tres especies de culpa o descuido.

”Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

se considera inatacable, manteniendo su eficacia jurídica, porque el paso inexorable del tiempo (prescripción), extinguió la acción que se derivaría de la nulidad relativa y en consecuencia, debe considerarse que exista cobertura, por lo que, no se traduce en intención positiva, de causar perjuicio a la compañía aseguradora en su patrimonio y el hecho de que ésta no hubiese procurado la acción judicial tendiente a obtener declaratoria de la nulidad relativa, generó beneficio al asegurado, produciendo adicionalmente, un efecto estabilizador de la convención que le es propio⁵⁶.

No es posible, sancionar con nulidad absoluta, un contrato de seguro en el que ha existido mala fe o dolo por parte del tomador, esto es, la intención positiva de inferir daño al asegurador por medio de maniobras engañosas y obtener una indemnización que no hubiera logrado de otro modo, dicha conducta no se traduce en una causa ilícita, pues, el artículo 1058 del Código de Comercio, señala que la sanción para este evento es la nulidad relativa⁵⁷, en la medida en que estos defectos se dirijan a la protección de intereses particulares y no a los de todos.

Cuando la causa del vicio proviene del asegurado y la compañía aseguradora no ejercita judicialmente la anulabilidad o impugnabilidad, por desidia, descuido o porque conociéndolas las toleró o consintió, la nulidad relativa se entiende saneada⁵⁸, una vez extinguida, la acción no revive⁵⁹.

”Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

”El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

”Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

”El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

Animo malicioso, intención positiva de engañar, encubrimiento u ocultación deliberada del hecho.

⁵⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 3 mayo 2000, rad. 5360.

C. C., art. 1743. ”La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la Ley: ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las Leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes”.

⁵⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 24 octubre 2005, rad. 9599.

⁵⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 agosto 2001, rad. 6146.

⁵⁹ *Acto semen extincta non reviviscit.*

Así las cosas, la excepción de la nulidad relativa⁶⁰, derivada de la reticencia o inexactitud⁶¹, debe promoverse dentro de los dos años siguientes a la

⁶⁰ C. C., art. 1743. “Declaración de nulidad relativa. La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la Ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las Leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes”.

⁶¹ C. de C., art. 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.

”Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

”Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador solo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

”Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente”.

C. C., art. 1746. “*Efectos de la declaratoria de nulidad.* La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita.

”En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”.

C. de Co., art. 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 1º 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.

fecha en que conoció o debió conocer la compañía aseguradora dicha conducta⁶².

• *La acción se instaure dentro del término de dos años.* De conformidad con lo establecido en el artículo 1058 del Código de Comercio, es deber del tomador (asegurado y beneficiario), declarar el estado del riesgo. 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.*

La nulidad relativa se genera automáticamente, cuando el tomador transgrede el deber de lealtad, exactitud y esmero que se le exige en la declaración del riesgo.

No es necesario comprobar que la aseguradora no habría celebrado el negocio si hubiera conocido el hecho que ocultó el tomador, porque el haber indagado sobre el particular indica que ese dato era relevante. La conclusión de la Corte parte de un análisis sobre el rigor profesional que caracteriza la actividad aseguradora. En su opinión, las aseguradoras no indagan por datos irrelevantes. Esa presunción, sumada a la importancia que adquiere el principio de buena fe contractual en el marco de los contratos de seguros, conduce a que la falta de sinceridad en el formulario diseñado por la aseguradora para calcular el riesgo sea suficiente para invalidar el seguro, explicó la corporación.

El asegurador ingresa al ámbito comercial en estado de ignorancia y su decisión de contratar depende de la información que le suministre el tomador. En esas circunstancias, las compañías solo averiguan por los datos relevantes para el ejercicio de su actividad profesional. Así, la inclusión de determinada pregunta en el formulario refleja que su respuesta es indispensable para que decidan si contratan o si lo hacen bajo ciertas condiciones económicas.

Por eso, basta con establecer que hubo falta de sinceridad del tomador al declarar sobre el estado del riesgo, para que proceda la nulidad relativa del contrato de seguro.

”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 solo 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”.

⁶² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 2 mayo 2000, rad. 5360.

La Corte⁶³ confirmó el fallo de segunda instancia, pero por razones distintas a las formuladas por el tribunal. A su juicio, el hecho de que el formulario diligenciado por el tomador del seguro lo indagara sobre sus antecedentes judiciales reveló que, contrario a lo afirmado por el tribunal, ese dato era relevante para conceder el seguro y declaró la nulidad relativa del contrato de seguro.

c) *Oponibles por el beneficiario (víctima) al descorrer traslado de las excepciones propuestas por el asegurador*. El demandante (víctima – beneficiario) debe efectuar revisión acusiosa de la póliza, esto es, (i) la cobertura, (ii) las condiciones generales, (iii) particulares, redactadas en forma clara y precisa, (iv) las cláusulas de exclusión o limitativas, (v) así como las garantías que conforman el contrato de seguro, (vi) la prescripción, para pronunciarse expresamente sobre cada una de ellas y solicitar o aportar las pruebas que le permitan enervar las excepciones propuestas por la aseguradora.

d) *Legitimación del asegurado (falta de “legitimatío ad causam” por activa)*. Salvo que expresamente se haya pactado en la póliza, la posibilidad de que el asegurado pague a la víctima y la aseguradora le efectúe posteriormente el reembolso, el artículo 1133 del Código de Comercio⁶⁴, no contempla de manera expresa la posibilidad de que el asegurado promueva la acción directa contra el asegurador.

Por tanto, el responsable del perjuicio (asegurado), carece de legitimación para ejercitar la acción directa contra la compañía aseguradora, ella solo recae en la víctima del ilícito, sus herederos o cualquier tercero perjudicado⁶⁵ (beneficiario).

⁶³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 1° septiembre 2010, rad. 1005001310 300120030040001.

⁶⁴ C. de Co., art. 1133. “Mod. Ley 45 de 1990, art. 87. *Acción de los damnificados en el seguro de responsabilidad*. En el seguro de responsabilidad civil los damnificados tienen acción contra el asegurador. Para acreditar su derecho ante el asegurado 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”.

⁶⁵ Tribunal Supremo Español, 1, S 26-04-2001, núm. 409 de 2001, rec. 1072 de 1996. Pte: Corbal Fernández, Jesús.

Tribunal Supremo Español, Sents. de 20 diciembre 1989, EDJ 1989 del 11537, 19 diciembre EDJ 1990 del 11688, 3 marzo y 8 de junio 1992 EDJ 1992 del 2054, EDJ 1992 del 5932 y 30 enero 1995.

Tribunal Supremo Español, Sents., entre otras, 30 de enero 1996 EDJ 1996 del 149, 6 de mayo 1997 EDJ 1997 del 4257, 30 julio 1999 EDJ 1999 del 21402, 16 y 22 de febrero.

2. PROCESO PENAL

Es necesario aclarar en primer lugar, que la responsabilidad penal no es asegurable, en tanto la responsabilidad civil proviene del delito, si lo es, por tanto, en el evento de ampararse, debe pagarse hasta el valor acordado como monto de la indemnización entre el asegurado y la aseguradora. La gran diferencia consiste en que, mientras en el procedimiento civil solo pone fin a la acción civil; en la penal, extingue las dos acciones, tanto penal como la civil.

La efectividad del seguro de responsabilidad en los procesos penales, es de vital importancia, por cuanto:

- Interviene como garante civil del procesado;
- Cumple con su deber contractual, consistente en colaborar con el asegurado a encontrar fórmulas de pago, procurando lograr que se beneficie de la oportunidad que le brinda la Ley;
- Le evita al asegurado, ser sujeto pasivo de las acciones penales y civiles que se deriven de su conducta, con la limitante del monto amparado acordado en la póliza.

En el sistema acusatorio, las compañías aseguradoras solo intervendrán en:

- La etapa de conciliación y en
- El llamamiento en garantía.

En el proceso penal en los cuales se juzgan delitos cometidos por personas que han adquirido los seguros de responsabilidad, por la vía de la conciliación, mediante la figura jurídica de la indemnización integral (atiende la reparación de los daños y perjuicios), que genera la terminación, tanto las acciones penales como las civiles, generadas como consecuencia del delito, cimentadas como consecuencia de imprudencia, negligencia o una impericia, esto es, sin intención.

La Corte Constitucional, en sentencia C-228 de 2002, declaró la inexecutable del artículo 47 de la Ley 600 de 2000, que exigía la resolución de apertura de la instrucción para autorizar la constitución de parte civil.

Para que intervenga la compañía aseguradora en el proceso penal, como tercero civilmente responsable, solo es necesario acreditar que expidió la respectiva póliza, quien una vez vinculada al proceso penal, tendrá derecho a:

- Solicitar;
- Allegar;
- Controvertir pruebas y,

- Preparar su defensa⁶⁶.

Los sujetos legitimados para solicitar la citación de la compañía aseguradora son:

- La víctima;
- El condenado (o Asegurado);
- Su defensor y,
- El tercero civilmente responsable (o Asegurado).

Siendo el condicionamiento una carga probatoria mínima de la existencia del contrato válidamente celebrado para que con él se cubra la indemnización pedida como todo o como parte de la reparación integral, pudiendo en consecuencia el juez constatar:

- Que efectivamente el asegurador citado ha constituido una relación contractual que asegura la responsabilidad civil;
- Que el riesgo cubierto, se identifica con el daño causado por el delito que se imputó en el proceso penal.

Para que la citación sea procedente, es necesario:

- Que, el contrato de seguro haya sido suscrito por:
 - El condenado o
 - Por el tercero civilmente responsable como tomadores o asegurados;
- Que, su objeto consista en cubrir el daño causado por el delito probado o imputado en el proceso⁶⁷.

A) *La conciliación en materia penal*

La conciliación en materia penal, es un mecanismo que facilita llegar a una fórmula de arreglo sobre la tasación o valoración de los perjuicios (materiales y morales) y puede cumplirse:

- Dentro del Proceso Penal;
- Fuera del proceso penal.

Siendo viable únicamente en:

- Los delitos querellables, que admiten desistimiento;
- Los delitos oficiosos que expresamente la Ley autoriza el pago de la indemnización integral.

Lo cual, puede ser posible mediante celebración de audiencias de conciliación en:

⁶⁶ C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. proferida el 17 junio 1997, rad. 10.260.

⁶⁷ Corte Const., sent. C-409 de 2009.

- Los centros de conciliación autorizados y,
- Ante los jueces de paz.

Siempre y cuando, sea conocida por el funcionario penal correspondiente, antes de la sentencia de primera instancia, cumpliéndose con el control de legalidad.

Dentro del proceso penal, la diligencia de conciliación se surte dentro del incidente de reparación integral, previó a la conciliación como mecanismo de *Justicia Restaurativa* (C. de P. P., art. 521)⁶⁸, aspectos dentro de los cuales, se encuentran:

- La reparación de los efectos que ha causado el delito (tangibles e intangibles, materiales y morales).

Dentro de las posibles soluciones estarían:

- La reparación patrimonial de los perjuicios;
- La restitución cuando sea posible;
- El trabajo para la comunidad;
- La realización o abstención de determinada conducta;
- Recibir tratamientos (médicos, rehabilitación o educación).

La solución no puede desconocer los derechos fundamentales de ninguna de las partes.

- El restablecimiento del derecho, con el propósito de que las cosas vuelvan a la situación en la que se encontraban antes del hecho típico.

- El servicio a la comunidad, que garantiza una restauración del vínculo roto con el grupo social al que se pertenece.

La oportunidad para citar al asegurador de la responsabilidad civil, puede presentarse en dos oportunidades⁶⁹, dependiendo de las circunstancias específicas del caso y de los acuerdos a que lleguen los interesados:

- i) En el incidente de reparación integral, la cual es convocada por:

—El juez de conocimiento una vez abierto el incidente por solicitud de la víctima, o del fiscal o del ministerio público a instancia de ella (C. de P. P., art. 102⁷⁰).

⁶⁸ Corte Const., sent. C-979 de 2005.

⁶⁹ Corte Const., sent. C-409 de 2009.

⁷⁰ C. de P. P., art. 102. “*Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral.* Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del ministerio público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes”.

En dicha audiencia, el incidentante formula oralmente su pretensión, expresando la forma de reparación a la cual aspira e indicando las pruebas que pretende hacer valer. Acto seguido, el juez debe examinar el contenido de la pretensión y verificar si quien la promueve se encuentra o no legitimado para ello. En el caso de ser admitida la pretensión, el juez la pone en conocimiento del declarado penalmente responsable, ofreciendo la posibilidad de llegar a una conciliación; si ella prospera dará por terminado el incidente “y lo allí acordado se incorporará a la sentencia” (C. de P. P., art. 103).

Así las cosas, el incidente de reparación integral tiene por objeto primordial lograr el acuerdo entre el declarado penalmente responsable (asegurado) y de la víctima (beneficiario) sobre los daños de todo orden causados con la conducta punible, convenio al que obviamente se llega por la confluencia de voluntades⁷¹, por ello, la importancia de vincular a la aseguradora en esta etapa procesal.

ii) Según el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal⁷², cuando no se logre acuerdo en la primera, determina que el juez fije una nueva audiencia, dentro de los 8 días siguientes, para intentar otra vez la conciliación, “y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba”.

Esta segunda ocasión para conciliar se retoma en el artículo 104, inciso 1° del Código de Procedimiento Penal, conforme al cual, el día y hora señalados, el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar.

De lograrse el acuerdo su contenido se incorporará a la decisión. Caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones”.

⁷¹ C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. de 22 junio 2006, rad. 24.817.

⁷² C. de P. P., art. 103. “*Trámite del incidente de reparación integral*. Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

”El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos de este código.

”Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia. En caso contrario el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba”.

B) Llamamiento en garantía en el juicio penal

Cuando la acción civil se ejercita ante la jurisdicción penal no procedía llamamiento en garantía, porque esta solo era viable respecto de quienes han cometido hechos punibles y no tratándose de terceros responsables⁷³.

Empero, la tendencia del derecho internacional, es la de autorizar que, aquellas personas que no habían participado en la comisión del delito, pero tenían la obligación de pagar la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados con el delito, pudieran ser vinculadas al proceso penal como terceros civilmente responsables, para que, como garantes del proceso, respondieran patrimonialmente por los hechos de aquel.

Influenciado por dicha tendencia, el artículo 153 del decreto 2700 de 1991⁷⁴, por el cual, se expide y reforman las normas de procedimiento penal, habilitó para que se vincularan como terceros civilmente responsables a aquellas personas que por Ley deben responder patrimonialmente por otras.

Es por ello que el legislador colombiano expide la Ley 906 de 2004 y la Corte Constitucional⁷⁵, resolvió que, citar exclusivamente para efectos de conciliación al asegurador de la responsabilidad civil amparada en virtud del contrato de seguro válidamente celebrado, representa una negación del deber de protección de los derechos de reparación integral de las víctimas en cuanto mecanismo de la justicia restaurativa, por tanto, declaró inexequibles apartes de la norma así:

“*Primero. Declarar inexequibles las expresiones «Exclusivamente» y «quien tendrá la facultad de participar en dicha conciliación» contenidas en el artículo 108 de la Ley 906 de 2004, por violación del derecho a la reparación integral de las víctimas del delito dentro del sistema procesal penal previsto en la Constitución Política (cursivas fuera de texto).*

En materia penal, la compañía aseguradora puede ser vinculada al proceso penal por la víctima o perjudicado (beneficiario de la póliza lo efectúa a través de demanda de parte civil), el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable el tercero civilmente responsable o el sindicado, al momento de su vinculación, al tenor del artículo 108 del Código de Procedimiento Penal.

⁷³ C. S. de J., Sala Plena, sent. de 3 diciembre 1987, declaró inexequibles algunas normas del decreto 50 de 1987 (C. de P. P.).

⁷⁴ C. P., art. 153. “*Definición. El tercero civilmente responsable es quien sin haber participado en la comisión del hecho punible tenga la obligación de indemnizar los perjuicios conforme al Código Civil*”.

⁷⁵ Corte Const., sent. C-409 de 2009.

Frente al tercero civilmente responsable, es conveniente tener en cuenta que la Corte Constitucional⁷⁶, ha señalado que:

i) El tercero civilmente responsable en el sistema acusatorio no es una parte o interviniente, sino que su actuación se limitará a participar, en igualdad de condiciones que la víctima, en el incidente de reparación integral al cual;

ii) Deberá ser citado, de conformidad con la Ley, o acudirá al mismo en caso de buscarse una reparación de carácter económico;

iii) Podrá llamar en garantía a un asegurador y,

iv) Gozará de todas las garantías procesales, en especial aportar y controvertir pruebas, para desvirtuar la presunción legal según la cual los daños que ocasionaron las personas a su cuidado le son imputables por no haber ejercido adecuadamente un control y vigilancia sobre aquellos; rebatirá la existencia del daño causado, el monto del mismo a calidad de víctima, e incluso, podrá llegar a una conciliación con la misma.

Según el criterio jurisprudencial transcrito, en el incidente de reparación, el tercero civilmente responsable podrá llamar en garantía a la aseguradora, para que sea ella quien asuma el pago de la indemnización señalada en el contrato de seguro a la víctima.

Con el artículo 71 de la Ley 600 de 2000, no es posible que el funcionario judicial vincule oficiosamente al tercero civilmente responsable⁷⁷; tampoco es posible al tenor de lo señalado en el artículo 107 de la Ley 906 de 2004, toda vez que es una potestad a solicitud de la víctima, del condenado o su defensor y conforme lo acabamos de verificar en la sentencia de la Corte Constitucional, también lo podrá efectuar el tercero civilmente responsable, contrario a lo que acontece en el procedimiento civil, donde solo el demandado, (asegurado-causante del siniestro) al contestar la demanda, puede formular el llamamiento en garantía⁷⁸.

⁷⁶ Corte Const., sent. C-425 de 2006.

⁷⁷ C. S. de J., Sala de Casación Penal, sent. proferida el 22 junio 1994.

⁷⁸ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 11 mayo 1976, expuso: “La oportunidad para proponer el llamamiento en garantía, es el término que tiene el demandado para contestar la demanda, pues si el art. 57 ordena que aquel «se sujetara a lo dispuesto en los dos artículos anteriores», que se refieren a la denuncia del pleito, deben serles aplicadas las normas de ésta que no obedezcan a su propia configuración sustancial, siendo una de ellas la que debe hacerse dentro de dicho término.

”[...]

”b) En resumen, el llamamiento en garantía se sujeta a las siguientes reglas:

Es lógico pensar, el asegurado tendrá gran interés en una buena defensa de sus intereses ante los tribunales de justicia frente al reclamo hecho por la víctima o beneficiario; sin embargo, las pólizas de seguro pueden consagrar que la defensa judicial no sea una obligación sino una facultad que puede ser ejercida por la compañía aseguradora. Pero si el asegurador no ejerce esta facultad y deja la defensa en manos del asegurado deberá asumir los gastos de la defensa.

Además, los costos de la defensa, según el amparo contratado, será de cargo de la aseguradora, quien deberá solventarlos, ya que estos gastos formarían parte de la cobertura del seguro, aun cuando el reclamo del asegurado resulte en definitiva injustificado, según las limitaciones contenidas en el artículo 1128 del Código de Comercio⁷⁹.

El objetivo de la defensa que asume la aseguradora, consiste en el ejercicio adecuado de los derechos que le corresponden, tratando de mejorar en todo

⁷⁹El término para hacerlos será el del traslado de la demanda, con sujeción a los requisitos que señala el art. 55 del C. de P. C., en todo caso acompañando al escrito respectivo prueba siquiera sumaria de su derecho a formularlo (art. 54 inc. 2º, *ibidem*).

⁷⁹El juez, previa calificación de los requisitos indicados en la letra precedente, citará al llamado en la forma que ordena el art. 56, quien a partir de ese momento adquirirá el carácter de parte en la *litis*, con los derechos, cargas y obligaciones procesales anteriormente especificadas.

⁷⁹El garante, dentro del término que señala el art. 56, podrá proponer excepciones y pedir las pruebas que pretenda hacer valer.

⁷⁹Una vez concluida la tramitación del proceso y aunque el garante no se haya apersonado en él, el juez proferirá su decisión, estudiando en primer término la relación sustancial existente entre el demandante y el demandado, y si encuentra que las pretensiones de aquél están llamadas a prosperar procederá entonces a considerar las de éste con el garante y se pronunciará expresamente sobre una y otra.

⁷⁹La sentencia podrá ser recurrida independientemente por cualquiera de las tres partes mencionadas, o sea que el llamado en garantía puede hacerlo en cuanto le asista un interés propio, aunque el demandado guarde silencio o lo consienta”.

⁷⁹C. de Co., art. 1128. “Mod. Ley 45 de 1990, art. 85. *Responsabilidad del asegurador*. El asegurador responderá, además, aún en exceso de la suma asegurada por los costos del proceso que el tercero damnificado o sus causahabientes promuevan en su contra o la del asegurado, con las salvedades siguientes:

”1. Si la responsabilidad proviene de dolo o está expresamente excluida del contrato de seguro

”2. Si el asegurado afronta el proceso contra orden expresa del asegurador, y

”3. Si la condena por perjuicios ocasionados a la víctima excede la suma que, conforme a los artículos pertinentes de este título, delimita la responsabilidad del asegurador, éste solo responderá por los gastos del proceso en proporción a la cuota que le corresponda la indemnización”.

momento su posición, ya que de lo contrario podría ser condenada en casos en que realmente no le quepa responsabilidad.

El fundamento de esta obligación radica en que será el asegurador, quien en última instancia soportará las consecuencias negativas del juicio, por lo que tendrá un especial interés en un buen resultado del litigio; el asegurado, al contrario, estará liberado de la responsabilidad económica del resultado, ante el único responsable: la aseguradora.

Después de emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado, previa solicitud expresa de la víctima, del fiscal o del agente del ministerio público, mediante el trámite de un incidente, denominado de reparación integral, es que la compañía aseguradora puede ser citada por la víctima, el condenado, su defensor o el tercero civilmente responsable, para que participe en la diligencia de conciliación.

El sistema acusatorio, implementado por medio de la Ley 906 de 2004, regula el tema en los artículos 102 al 108, no bajo la figura del llamamiento en garantía, sino con la denominación de “citación”; bajo dicha premisa, pueden ser “citados” el tercero civilmente responsable y la compañía aseguradora, en la audiencia que abre el trámite del incidente de reparación integral.

Los sujetos legitimados para solicitar la citación de la compañía aseguradora, son: la víctima, el condenado, su defensor y el tercero civilmente responsable (C. de P. P., art. 108).

En los términos de la sentencia C-408 de 2009, la aseguradora participaría:

- En la audiencia que da inicio al incidente de reparación, la cual es convocada por el juez de conocimiento (C. de P. P., arts. 102 y 103) y cuando no se logra acuerdo en la primera, lo cual determina que el juez fije una nueva audiencia, dentro de los 8 días siguientes, para intentar la conciliación, “y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba” (art. 103 inc. final y 104 del C. de P. P.);

- La intervención de la aseguradora, no es facultativa, sino obligatoria, permitiendo que la víctima no solo sea reparada, sino también que la compañía proteja sus intereses, toda vez que lo decidido en el incidente lo vincula;

- El juez penal no puede establecer si la aseguradora debe cubrir o no la responsabilidad civil asumida en el contrato de seguro, como forma de reparar pecuniariamente a la víctima.

Por tal motivo, en aras de garantizar el acceso de las víctimas a la administración de justicia y en especial, para resguardar el derecho que le asiste a una pronta e integral reparación de los daños sufridos a cargo del autor,

participe o tercero civilmente responsable⁸⁰, el juzgador penal, deberá recurrir a las disposiciones que para el efecto regula la materia, esto es, los artículos 64, 65 y 66 del Código General del Proceso, tal y como lo prescribe el artículo 25 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2014⁸¹.

Es importante la integración de las normas del Código General del Proceso al proceso penal, toda vez que, en la normatividad penal, no se indica, si la “Citación”, se efectúa en calidad de parte, de tercero, de llamado en garantía, de denuncia del pleito y en cambio la normatividad procesal civil aclara el punto de manera contundente.

C) *Contencioso administrativo*

Las empresas industriales y comerciales del Estado, cuando su objeto social o actividades son de naturaleza económica y comercial, se rigen por el derecho privado, salvo cuando cumplen funciones administrativas, ya que los actos correspondientes serían administrativos⁸².

⁸⁰ Ley 906 de 2004, lit. c), inc. final del art. 11 en concordancia con el art. 22.

⁸¹ Ley 906 de 2014, art. 25. “*Integración*. En materias que no están expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal”.

⁸² “Artículo 93. *Del régimen contractual de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y empresas con participación mayoritaria del Estado*. Modifíquese el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

“*Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente Ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se registrarán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes*” (cursiva fuera del texto).

“Artículo 95. *Aplicación del Estatuto Contractual*. Modifíquese el inciso 2° del literal C) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, el cual quedará así:

En aquellos eventos en que el régimen aplicable a la contratación de la entidad ejecutora no sea el de la Ley 80 de 1993, la ejecución de dichos contratos estará en todo caso sometida a esta Ley, salvo que la entidad ejecutora desarrolle su actividad en competencia con el sector privado o cuando la ejecución del contrato interadministrativo tenga relación directa con el desarrollo de su actividad” (cursivas fuera del texto).

Decreto Nacional 734 de 2012 “Por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

La Corte Constitucional, en varias decisiones ha referido explícitamente al régimen jurídico que cubre los actos propios de las empresas industriales y comerciales del Estado, y al respecto ha señalado:

i) Son entidades de naturaleza jurídica pública aunque por razón de su objeto, sus actos se rigen por el derecho privado sin que por ello se elimine dicha naturaleza jurídica⁸³;

ii) En cuanto a su objeto institucional se rigen por las normas del derecho privado⁸⁴;

iii) Son entidades estatales sujetas a las normas del derecho público aunque el legislador puede señalarles una regulación especial con remisión al derecho privado dada la naturaleza de las actividades que desarrollan, similares a las que ejecutan los particulares y al no comprender el ejercicio exclusivo de funciones administrativas, sin que ello signifique que su régimen sea estrictamente de derecho privado ni que se encuentren excluidas del derecho público ya que tienen un régimen especial que cubre ambas modalidades⁸⁵;

iv) Se les ha señalado un objeto comercial específico cuyo desarrollo se sujeta al derecho privado atendiendo la similitud de las actividades que cumplen con las que desarrollan los particulares, por lo que se les otorga un tratamiento igualitario respecto a la regulación, imposición de límites y condicionamiento de sus actividades, y aplicación del respectivo régimen

“Artículo 3.2.6.1. *Actos y contratos de las EICE y las SEM.* Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado cincuenta por ciento (50%), que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados regulados, así como aquellas a las que se refiere el artículo 16 de la Ley 1150 de 2007, se registrarán para su contratación por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a su actividad económica y comercial sin desconocer los principios de la función pública a que se refiere el artículo 209 de la Constitución Política y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Estatuto General de Contratación del Administración Pública (cursivas fuera del texto).

“Las demás entidades de esa misma naturaleza jurídica aplicarán lo previsto en el literal g) del numeral 2 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007 en cuyo caso se dará aplicación al procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

“Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en la Ley 29 de 1990 en materia de contratos de ciencia y tecnología y demás normas pertinentes”.

⁸³ Corte Const., sent. C-992 de 2006.

⁸⁴ Corte Const., sent. C-314 de 2004.

⁸⁵ Corte Const., sent. C-209 de 1997.

jurídico, en esta medida el precepto constitucional que consagra la libre competencia (art. 333) debe aplicarse en forma igualitaria tanto a las empresas particulares como a las que nacen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada⁸⁶;

v) Aunque se regulan por las normas y procedimientos de derecho privado y con un propósito lucrativo o rentable, se encuentran vinculadas a la administración pública⁸⁷.

A raíz de la transformación de la naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales, de un establecimiento público a empresa industrial y comercial del Estado, operada por el decreto 2148 de 1992, se planteó el problema de la competencia para conocer de la responsabilidad patrimonial en que tal ente pudiera incurrir, ya que en aplicación de lo dispuesto en el decreto 3130 de 1968, entonces vigente, el Tribunal Administrativo de Santander estimó que por haberse presentado y admitido la demanda contra el ISS con posterioridad al citado decreto 2148, correspondía a la jurisdicción ordinaria conocer la controversia; en consecuencia declaró la nulidad de lo actuado en el proceso. La decisión llegó por apelación al Consejo de Estado, el cual se pronunció, por auto de febrero 20 1996, revocándola.

En sustancia, el Consejo de Estado estimó que la prestación de ese servicio se hace a través del ejercicio de la función administrativa, por cuanto mediante esa función se da cumplimiento a los fines de aquel⁸⁸.

Así las cosas, cuando en un proceso participe como sujeto activo o pasivo, una empresa industrial y comercial del Estado y un particular, la declaratoria de responsabilidad que se persiga será administrativa y la jurisdicción competente lo será la contenciosa administrativa y no la ordinaria, operando el fenómeno del fuero de atracción⁸⁹ y la acción pertinente lo será la de reparación directa.

⁸⁶ Corte Const., sent. C-352 de 1998.

⁸⁷ Corte Const., sent. C-579 de 1996.

⁸⁸ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 febrero 1996, actor: José Pedro Hernán Tamayo, demandada: Dpto. de Santander- I.S.S., exp. 11312.

⁸⁹ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. de 14 diciembre 1995, rad. 11200.

C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 14 diciembre 1995, rad. 11145.

Ello lo que indica es que si quien concurre con la administración a la producción del hecho dañoso es una persona privada, y se demanda solidariamente a los dos ante la jurisdicción administrativa, opera el fuero de atracción y el particular, que en principio no sería demandable

La base argumental de esta figura, que como la jurisprudencia lo ha reconocido, radica en la inconveniencia de separar la continencia de la causa, es decir, los problemas que surgirían al dividir en dos pleitos diferentes el análisis procesal de la responsabilidad de la administración y la que es propia de un ente regido por el derecho privado.

Ante la concurrencia de dos entidades de naturaleza estatal y una compañía aseguradora, en los cuales se discute la responsabilidad solidaria de aquellas, el Consejo de Estado, estimó que es aplicable el artículo 2344 del Código Civil, en el cual, se consagra la responsabilidad solidaria. Ello significa, de acuerdo con el artículo 1571 del Código Civil, que la indemnización se puede reclamar de todas ellas o de una, al arbitrio de la víctima, sin que resulte oponible el beneficio de la división; sin embargo, el que realiza el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables⁹⁰, de esta manera se le garantiza al damnificado la reparación integral del daño sin que tenga la obligación de probar el grado de participación de cada uno de los entes estatales: lo que no significa que el juez administrativo no pueda graduar la cuantía que corresponda a cada entidad en el monto de la indemnización de acuerdo con su apreciación sobre el nivel de participación en la ocurrencia del hecho causante del daño.

3. ACCIONES DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL

Las acciones de naturaleza constitucional, que tienen impacto en el contrato de seguro, son: popular y de grupo, para lo cual, señalaré de manera somera, las características de cada una de ellas, para mas adelante adentrarnos al aspecto procesal y su impacto frente al contrato de aseguramiento al cual he dedicado esta tesis.

sino ante el juez ordinario, podrá ser juzgado por la jurisdicción atrayente, la que juzga a la administración, por ser prevalente en razón de la calidad de la parte.

⁹⁰ Artículo 1579. *Subrogación de deudor solidario*. El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que le correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.

La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aún aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad.

A) *Acción popular*

Como preámbulo de este tema, podría anotar que el origen de las acciones populares, en Colombia se remonta realmente al Código Civil ⁹¹ y la Ley 472 de 1998⁹², disposiciones normativas compatibles con la exigibilidad del seguro de responsabilidad civil en la acción popular⁹³, las cuales enuncian los derechos e intereses pueden considerarse como colectivos⁹⁴.

Paso seguido describiremos algunas de las características que la actualidad presentan las acciones populares:

- Ampara derechos e interés de carácter colectivo;
- La finalidad de este tipo de acciones es la de proteger a la comunidad en la defensa de los derechos colectivos;

⁹¹ “C. C., art. 1005. “*Acción popular para la defensa de los bienes de uso público*. La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá a favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan en ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

”Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima (1 del 10), ni exceda de la tercera (1 del 3) parte de lo que cueste la demolición o enmiendo, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad (1 del 2)”.

C. C., art. 2359. “*Titulares de la acción popular por daño contingente*. Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, solo alguna de estas podrá intentar la acción”.

⁹² Ley 472 de 1998, art. 2°. “*Acciones populares*. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, restitución de las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

⁹³ El C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, sent. de 1º junio 2001, rad. AP-027, afirmó:

“El llamamiento en garantía y la denuncia del pleito son dos tópicos no regulados en la citada Ley, y como quiera que son figuras compatibles con las acciones populares en la medida en que las sentencias de éstas pueden tener implicaciones patrimoniales para los demandados, han de aplicarse las normas pertinentes de los Códigos Contencioso Administrativo y de Procedimiento Civil [...]”.

⁹⁴ a. El goce de un medio ambiente sano; b. La moralidad administrativa. El equilibrio ecológico y adecuada explotación de recursos naturales; d. El goce del espacio público; e. La defensa de los bienes de uso público; F. La defensa del patrimonio público; g. La defensa del patrimonio cultural de la nación; h. La seguridad y salubridad públicas; i. La libre competencia económica. j. El acceso y la de vida prestación de los servicios públicos; k. La prohibición de fabricación de armas químicas, biológicas y nucleares; l. Los derechos de los consumidores y usuarios.

- Estas acciones pueden ser ejercidas por cualquier persona, por organizaciones no gubernamentales, organizaciones populares, cívicas, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los personeros distritales o municipales (en lo relacionado con su competencia) y por los alcaldes y demás servidores públicos (en atención a que por sus funciones deban promover la defensa y protección de derechos e intereses colectivos;

- No es requisito para la prestación de la acción popular que efectivamente exista un daño o perjuicio a derechos o intereses colectivos sino la posibilidad de que estos puedan verse afectados, ello debido a la finalidad de esta clase de acciones. Por ello la acción popular puede ser de carácter preventivo pero con un trámite especial, excepción hecha del *habeas corpus*, las acciones de tutela y de cumplimiento;

- Estas acciones se dirigen contra cualquier persona sea esta natural o jurídica, o contra autoridades públicas que con cuya acción u omisión se considere que amenazan, violan o han violado derechos e intereses de carácter colectivo;

- La jurisdicción competente para el conocimiento de esta clase de acciones es la de lo Contencioso Administrativo, frente a los actos, acciones, omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Frente a los demás casos conocerá la jurisdicción ordinaria civil.

B) Acción de grupo

En las acciones grupo⁹⁵, cualquiera fuere el número de personas afectadas⁹⁶, procuran:

- La declaración de responsabilidad por el daño ocasionado a derechos particulares con una causa convergente, común y uniforme a todos sus miembros, independientemente de su fuente, legal o contractual;
- Exigen la plena demostración de la responsabilidad pretendida;
- Tienen por finalidad única la reparación de los perjuicios causados a los integrantes del grupo mediante el pago de las indemnizaciones respecti-

⁹⁵ Const. Pol., art. 88; regulada por medio de la Ley 472 de 1998.

Ley 472 de 1998, art. 3°. “*Acciones de grupo*. Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto a la misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de todos los elementos que configuran la responsabilidad.

⁹⁶ La Corte Const., sent. C-116 de 2008, declaró inexecutable el inc. 3º del art. 46 de la Ley 472 de 1998, sobre la exigencia de un número igual o superior a veinte víctimas.

vas⁹⁷, fijadas en condena genérica para distribuir en proporción, sin impedir que el juez de una acción de grupo analice colectivamente las condiciones de responsabilidad que justifican el deber de reparación que podría recaer en la parte demandada, pero proceda a individualizar y distinguir los daños, en el evento en que los daños y perjuicios no sean uniformes, siempre que sea posible y necesaria⁹⁸.

La acción de grupo improcedente, cuando la causa del daño no es uniforme u homogénea, no impide la protección de otros derechos violados ni el ejercicio de otras acciones, según advirtió la Corte Constitucional al declarar exequible las frases “*derivados de la vulneración de derechos e intereses colectivos*”⁹⁹.

Se constituyen en un mecanismo de defensa, que permita a los afectados con la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñan funciones administrativas, o con una medida administrativa o con acciones, hechos u omisiones de la autoridad pública, obtener un resarcimiento de tipo económico por daños causados a un bien jurídicamente tutelado.

Las acciones de grupo presentan las siguientes características:

- La finalidad de este tipo de acciones es esencialmente indemnizatoria. Por lo cual es necesario demostrar el perjuicio o daño que fue causado al afectado en forma directa;
- Procede cuando el número de personas¹⁰⁰;

⁹⁷ Ley 472 de 1998, núm. 3º, art. 65.

⁹⁸ Const. Pol., art. 88.

Corte Const., sent. C-569 de 2004.

⁹⁹ Ley 472 de 1998, art. 55: “en el entendido de que con su interpretación y aplicación *no se excluyan los demás derechos subjetivos de origen constitucional o legal*, cualquiera que sea su naturaleza, como derechos igualmente amparables por las acciones de clase o de grupo”.

Corte Const., sent. C-1062 de 2000.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 22 abril 2009, exp. 11001-3103-026-2000-00624-01.

¹⁰⁰ Ley 472 de 1998, art. 46. “*Procedencia de las acciones de grupo*. Las acciones de grupo son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas. *Las condiciones uniformes deben tener también lugar respecto de los elementos que configuran la responsabilidad*. Texto subrayado declarado *inexequible* por la Corte Constitucional mediante sentencia C-569 de 2004 y el texto normal declarado exequible.

”La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios.

”*El grupo estará integrado al menos por veinte (20) personas*. Texto subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-116 de 2008, en el entendido de

- Debe promoverse en el término de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerable causante del mismo¹⁰¹;
- Presenta términos reducidos para la evacuación vulnerable de estas acciones;
- Se permite en el trámite de estas acciones que puedan acogerse al fallo de este procedimiento, terceras personas afectadas para gozar de los reconocimientos previstos en la sentencia;
- La sentencia en la cual se prevé la indemnización, tiene efecto de cosa juzgada en relación con quienes hicieron parte del grupo, y también para quienes eran parte del grupo pero no manifestaron oportuna y expresamente su decisión de excluirse del grupo y de las resultas del proceso;
- La jurisdicción competente para el conocimiento de esta clase de acciones es la de lo contencioso administrativo, frente a los actos, acciones, omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Frente a los demás casos conocerá la jurisdicción ordinaria civil;
- Estas acciones deben ejercerse por conducto de un abogado;
- Tienen un campo de acción reducido, comparado con el existente frente a las acciones populares.

Tiene el tratamiento de las acciones de grupo, las acciones previstas en ordenamientos precedentes, tales como las previstas en la reforma financiera de 1990, en donde se previó el mecanismo como el adecuado para luchar contra la competencia desleal en los ámbitos asegurador y financiero¹⁰².

que la legitimación activa en las acciones de grupo no se requiere conformar un número de veinte personas que instauren la demanda, pues basta que un miembro del grupo que actúe a su nombre establezca en la demanda los criterios que permitan establecer la identificación del grupo afectado.

”Declarado Exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-215 de 1999”.

¹⁰¹ Ley 472 de 1998, art. 47. “*Caducidad*. Sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios, la acción de grupo deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerable causante del mismo. Declarado Exequible por la Corte Const. mediante sent. C-215 de 1999”.

¹⁰² Ley 45 de 1990, art. 76. “*Acciones de clase*. Las personas perjudicadas por la ejecución de las prácticas a que se refieren los artículos 73, 74 y 75 de la presente Ley podrán intentar la correspondiente acción de responsabilidad para la indemnización del daño causado, que se tramitara por el procedimiento ordinario, pero con observancia de las reglas previstas por los numerales 3 a 7 y 9 a 15 del artículo 36 del decreto 3466 de 1982. Para estos efectos, las personas que no comparezcan serán representadas por la Superintendencia Financiera en el caso de los citados artículo 73 y 74, tratándose de conductas imputables a entidades sometidas a su vigilancia, u por la Comisión Nacional de Valores (Superintendencia de Valores) en

Existen entonces, cuatro tipos de acciones de grupo previstos en la Ley:

1. La indemnización de daños y perjuicios al consumidor de bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades¹⁰³;
2. La acción indemnizatoria prevista por el desleal en la intermediación financiera y la actividad de los seguros¹⁰⁴;

los demás casos. La publicación de la sentencia se hará por la Superintendencia Financiera o por la comisión Nacional de Valores (Superintendencia de Valores), según corresponda, y la notificación del auto que dé traslado de las liquidaciones presentadas, a que se refiere el numeral 13, del mencionado artículo 36 se efectuará por estado. Parágrafo. La acción a que hace radicación el presente artículo podrá ejercerse también cuando quiera que celebren operaciones no representativas de mercado y por el no suministro de información al mercado de valores en las oportunidades que la Ley lo exige, casos en los cuales las personas que no comparezcan serán representadas por la Comisión Nacional de Valores (Superintendencia de Valores)". El procedimiento antes descrito de proceso abreviado civil tuvo vigencia hasta que entrara en vigor la Ley 472 de 1998 (5 de agosto de 1999).

¹⁰³ Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011), art. 20. "*Responsabilidad por daño por producto defectuoso*. El productor y el expendedor serán solidariamente responsables de los daños causados por los defectos de sus productos, sin perjuicio de las acciones de repetición a que haya lugar. Para efectos de este artículo, cuando no se indique expresamente quién es el productor, se presumirá como tal quien coloque su nombre, marca o cualquier otro signo o distintivo en el producto.

"Como daño, se entienden los siguientes:

"1. Muerte o lesiones corporales, causadas por el producto defectuoso;

"2. Los producidos a una cosa diferente al producto defectuoso, causados por el producto defectuoso.

"Lo anterior, sin perjuicio de que el perjudicado pueda reclamar otro tipo de indemnizaciones de acuerdo con la Ley".

¹⁰⁴ Ley 45 de 1990, art. 76. "*Acciones de clase*. Las personas perjudicadas por la ejecución de las prácticas a que se refieren los artículos 73, 74 y 75 o de la presente Ley podrán intentar la correspondiente acción de responsabilidad civil para la indemnización del daño causado, que se tramitará por el procedimiento ordinario, pero con observancia de las reglas previstas por los numerales 3 a 7 y 9 a 15 del artículo 36 del decreto 3466 de 1982. Para estos efectos, las personas que no comparezcan serán representadas por la Superintendencia Bancaria en el caso de los citados artículos 73 y 74, tratándose de conductas imputables a entidades sometidas a su vigilancia, y por la Comisión Nacional de Valores en los demás casos. La publicación de la sentencia se hará por la Superintendencia Bancaria o por la Comisión Nacional de Valores, según corresponda, y la notificación del auto que dé traslado de las liquidaciones presentadas, a que se refiere el numeral 13, del mencionado artículo 36, se efectuará por estado.

"Parágrafo. La acción a que se hace referencia en el presente artículo podrá ejercerse también cuando quiera que celebren operaciones no representativas de mercado y por el no suministro de información al mercado de valores en las oportunidades que la Ley lo exige, casos en los cuales las personas que no comparezcan serán representadas por la Comisión Nacional de Valores".

3. La acción indemnizadora por los daños ocasionados por actos de competencia desleal en el mercado general¹⁰⁵;

4. La acción indemnizatoria por la ejecución de prácticas basadas en competencia desleal y en formación privilegiada en el mercado de valores.

Finalmente, debe destacarse que la resolución 60/147, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 2005 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁶, han precisado que una reparación integral¹⁰⁷ (plena y efectiva) incluye las siguientes medidas:

- Restitución;
- Indemnización;
- Rehabilitación;
- Satisfacción y,
- Garantías de no repetición¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Ley 256 de 1996, art. 20. “*Acciones*. Contra los actos de competencia desleal podrán interponerse las siguientes acciones:

”1. Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tendrá acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante. El demandante podrá solicitar en cualquier momento del proceso, que se practiquen las medidas cautelares consagradas en el artículo 33 de la presente Ley.

”2. Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno”.

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo vs. Perú. Reparaciones, sent. de 27 noviembre 1998. Serie C, núm. 43; Caso Ximenes Lopes. Sent. de 4 julio 2006. Serie C núm. 149, párr. 209; Caso Baldeón García. Sent. de 6 abril 2006. Serie C núm. 147, párr. 176; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa. Sent. de 29 marzo 2006. Serie C núm. 146, párr. 197; Caso Acevedo Jaramillo y otros. Sent. de 7 febrero 2006. Serie C núm. 144, párr. 296; Caso Blanco Romero y otros. Sent. de 28 noviembre 2005. Serie C núm. 138, párr. 69; Caso García Asto y Ramírez Rojas. Sent. de 25 noviembre 2005. Serie C núm. 137, párr. 248; Caso Gómez Palomino. Sent. de 22 noviembre 2005. Serie C núm. 136, párr. 113; Caso de la “Masacre de Mampiripán”. Sent. de 15 septiembre 2005. Serie C núm. 134, párr. 244; Caso Raxcacó Reyes. Sent. de 15 septiembre 2005. Serie C núm. 133, párr. 115; Caso Gutiérrez Soler; Sent. de 12 septiembre 2005. Serie C núm. 132, párr. 63; Caso “Cinco Pensionistas”. Sent. de 28 febrero 2003. Serie C núm. 98, párr. 174.

¹⁰⁷ Ley 446 de 1998, art. 16.

¹⁰⁸ C. de E., Sección Tercera, sent. de 30 enero 2013, rad. 22060.

C. de E., Sección Primera, sent. de 14 abril 2005, rad. 18001- 23-31-000-2004-00613-01(AC).

Frente a este punto, llama la atención la referencia efectuada por el Consejo de Estado, al pronunciarse sobre la responsabilidad del Estado por la erradicación de cultivos ilícitos mediante la aspersión aérea con el herbicida glifosato (PECIG) ¹⁰⁹, porque señala la necesidad de medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos ¹¹⁰, siendo su deber el de establecer medidas razonables y adecuadas

¹⁰⁹ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección B, sent. de 20 febrero 2014, en la Acción de Reparación Directa núm. 41-001-23-31-000-2000-02956-01 (29028), siendo actor: Luis Elí Medina y demandado: Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional.

¹¹⁰ En el derecho comparado se puede referenciar una decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos en la decisión *Hatton vs. Inglaterra*, que siguió los lineamientos del asunto *Powell y Rainer contra el Reino Unido* (sent. de 21 febrero 1990 [TEDH 1990, 4], serie A núm. 172, ap. 40) y *López Ostra contra España* (sent. de 9 diciembre 1994 [TEDH 1994, 3], serie A núm. 303-C, ap. 51), cuyo origen se remonta a una demanda –núm. 36022 de 1997 dirigida contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte por ocho ciudadanos de dicho Estado, Ruth Hatton, Peter Thake, John Hartley, Philippa Edmunds, John Cavalla, Jeffray Thomas, Richard Bird y Tony Anderson, todos ellos residentes en las cercanías del aeropuerto de Heathrow, que presentaron recurso ante la Corte EDH por las consecuencias del ruido originadas por la autorización de operaciones de llegada de aviones en horarios nocturnos; situación que provocaba variaciones en el sueño con efectos secundarios, tales como dolor de cabeza, cansancio, pérdida de concentración y depresiones. La Corte EDH, aunque no accedió a las pretensiones, recuerda al Estado las obligaciones positivas que le asisten en materia ambiental tendientes a reducir las violaciones de derechos, a quien se debe exigir que minimicen, hasta donde posible, la interferencia con otros derechos, intentando encontrar soluciones alternativas que sean respetuosas de los derechos humanos:

“El Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572) protege a la persona contra los abusos de poder directos de las autoridades del Estado. Generalmente, el aspecto medioambiental de los derechos fundamentales de la persona no se encuentra amenazado por injerencias directas del Estado. Indirectamente, sin embargo, la cuestión es si el Estado ha tomado o no las medidas necesarias para proteger la salud y la vida privada. Incluso suponiendo que lo haya hecho, puede haber una injerencia directa cuando, como en este caso, autoriza el funcionamiento de un aeropuerto bajo ciertas condiciones. La amplitud de la injerencia directa admisible por parte del Estado y de las obligaciones positivas que le incumben, es difícil de determinar en tales situaciones, pero estas dificultades no deben disminuir la protección total que los Estados están obligados a garantizar en virtud del artículo 8º [...] El artículo 8º puede aplicarse en los asuntos relacionados con el medio ambiente en los que la contaminación haya sido causada directamente por el Estado o cuando la responsabilidad de este último se deriva de la ausencia de una reglamentación adecuada de la industria privada. Ya se aborde el asunto desde el punto de vista de una obligación positiva, en la que el Estado deba adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger los derechos que corresponden a los demandantes en virtud del apartado 1 del artículo 8º, o se aborde desde el punto de vista de una injerencia de una autoridad pública que se pueda justificar desde el punto de vista del apartado 2, los principios aplicables son muy parecidos. En ambos casos hay que tener en cuenta el equilibrio justo que hay que establecer entre los intereses en competencia de la persona y de la sociedad

para proteger los derechos el equilibrio justo que hay que fijar entre los intereses en competencia de la persona y de la sociedad en su conjunto.

C) *Acciones de grupo, populares y el seguro de responsabilidad*

Dos aspectos fundamentales hay que entrar a verificar, en primer lugar, cómo ha operado la acción directa en el seguro de responsabilidad civil y la segunda, el llamamiento en garantía, en el trámite procesal de las acciones de grupo y las populares.

Efectuada investigación al respecto, encontramos que se ha verificado llamamiento en garantía¹¹¹ en contra de aseguradora, pero no se ha ejercitado acción directa frente a ésta en las acciones de grupo y en las populares, sin que ello signifique, que no sea procedente. En el segundo punto, en efecto, se ha admitido la posibilidad que en procesos de responsabilidad tramitados contra entidades estatales sea procedente el llamado en garantía, en el trámite procesal de las acciones de grupo y las populares¹¹².

Por lo que, es perfectamente viable concluir, que en ambas acciones constitucionales, la de grupo y las populares, es posible vincular a la compañía aseguradora, en las acciones de grupo y en las populares sin que ello signifique, que no sea procedente. En el segundo punto, en efecto, se ha admitido la posibilidad de que en procesos de responsabilidad tramitados contra entidades estatales sea procedente el llamado en garantía o a través de la acción directa, toda vez que con ella, se persigue la reparación y el pago de la respectiva indemnización, en el cual, necesariamente debe declararse la responsabilidad del asegurado, como ya se tuvo oportunidad de explicar.

En el nuevo estatuto arbitral, como ya se tuvo oportunidad de explicar, llamamiento es procedente, aun cuando se haya pactado cláusula compromi-

en su conjunto; así mismo, en ambos casos el Estado debe gozar de un amplio margen de apreciación para determinar las disposiciones que se deben tomar para garantizar el respeto del Convenio. Además, incluso en cuanto a las obligaciones positivas que se derivan del apartado 1, los objetivos enumerados en el apartado 2 pueden jugar un cierto papel en la búsqueda del equilibrio deseado (Sents. Powell y Rainer [TEDH 1990, 4] y López Ostra [TEDH 1994, 3] anteriormente citadas, aps. 41 y 51 respectivamente)". [se destaca].

¹¹¹ Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Oralidad, auto de 4 marzo de 2013, en la Acción Popular promovida por María Ayister Sepúlveda Graciano contra el Municipio de Medellín Empresas Públicas de Medellín, rad. 05001-33-33-028-2012-00124-01.

¹¹² C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, en providencia de 6 agosto 2003, rad. 24.037.

C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección "A", sent. proferida el 18 julio 2002, en la Acción de Grupo instaurada por Hernando Espinoza Carpintero y Otros vs. Banco de la Republica, rad. 730012331000-1999-2177-01.

soria entre el asegurado y la compañía aseguradora, respecto de las cuales se haya contemplado que se acudiría al Tribunal de Arbitramento, cuando surjan las diferencias entre el llamante y la llamada en garantía.

4. PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

La finalidad del proceso de responsabilidad fiscal, es la de recobrar recursos como consecuencia de detrimentos causados al patrimonio público, por la conducta dolosa o culposa de los servidores públicos que tienen a su cargo la gestión fiscal.

Las contralorías, tiene la facultad para ejercer control fiscal sobre los contratos estatales, a partir de su perfeccionamiento¹¹³, en relación con el cumplimiento irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan a partir de su perfeccionamiento, de conformidad con lo previsto en la Ley 610 de 2000, responsabilidad que, en todo caso, es compatible con la que deduzcan otras autoridades administrativas o judiciales.

Las contralorías, ostentan la calidad de juez y parte, ordenan la vinculación irregular o el incumplimiento de las obligaciones que surjan de los contratos estatales, de conformidad con lo previsto en la Ley 610 de 2000, responsabilidad que, en todo caso, es compatible con la que deduzcan otras autoridades administrativas y judiciales.

Las contralorías, ostentan la calidad de juez y parte, se encuentran autorizadas para ordenar la vinculación de las aseguradoras, en todos aquellos contratos de seguro en los que figure una entidad estatal¹¹⁴, como tomadora, asegurada, beneficiaria o simplemente tiene un interés asegurable.

¹¹³ Corte Const., sents. C-648 de 2002, SU 620 de 1996 y C-189 de 1998.

¹¹⁴ Ley 80 de 1993, art. 2°. “*De la Definición de Entidades, Servidores y Servicios Públicos*. Para los solos efectos de esta Ley:

”1) Se denominan entidades estatales:

”a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50 por ciento, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

”Ver el art. 14, decreto Nacional 855 de 1994, Ver los conceptos de la Sec. General 140 y 390 de 1998.

”b) El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las con-

Notificado el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal, dicha providencia constituye el aviso del siniestro. Proferido el fallo de responsabilidad fiscal, se determina el siniestro y la cuantía del detrimento patrimonial, es decir, lo que debe pagar la aseguradora, quien, de no estar de acuerdo, tiene la prerrogativa de demandar por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dicho acto administrativo.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha clarificado que los actos administrativos, una vez ejecutoriados equivalen a una sentencia, razón por la cual, únicamente proceden las excepciones de pago, compensación confusión novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia y la prejudicialidad en los términos del Código General del Proceso¹¹⁵, sin que haya lugar a proponer la excepción de ilegalidad del acto administrativo.

tralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la Ley otorgue capacidad para celebrar contratos. Literal b) declarado *exequible* por la Corte Constitucional mediante sentencia C-374 de 1994.

”2) Se denominan servidores públicos:

”a) Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación *mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas*. Texto subrayado declarado *exequible* por la Corte Constitucional mediante sentencia C-230 de 1995.

”b) Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de estas. Literal b) declarado *exequible* por la Corte Constitucional mediante sentencia C-374 de 1994”.

¹¹⁵ Artículo 161. *Suspensión del proceso*. El juez, a solicitud de parte, formulada antes de la sentencia, decretará la suspensión del proceso en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia que deba dictarse dependa necesariamente de lo que se decida en otro proceso judicial que verse sobre cuestión que sea imposible de ventilar en aquel como excepción o mediante demanda de reconvencción. El proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso declarativo iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en este es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

2. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado. La presentación verbal o escrita de la solicitud suspende inmediatamente el proceso, salvo que las partes hayan convenido otra cosa.

Parágrafo. Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquel será excluido de la acumulación para continuar el trámite de los demás.

Frente a la caducidad, las contralorías tienen hasta cinco (5) años a partir de la ocurrencia del hecho generador del daño para proferir el auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal y por tanto, su definición (mediante la expedición del auto de apertura del proceso de responsabilidad fiscal), puede ocurrir tiempo después, lo que generará sin duda, problemas de la aseguradora frente a las reservas y sus relaciones con la reaseguradora.

También se suspenderá el trámite principal del proceso en los demás casos previstos en este código o en disposiciones especiales, sin necesidad de decreto del juez.

Artículo 162. *Decreto de la suspensión y sus efectos.* Corresponderá al juez que conoce del proceso resolver sobre la procedencia de la suspensión.

La suspensión a que se refiere el numeral 1 del artículo precedente solo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia de segunda o de única instancia.

La suspensión del proceso producirá los mismos efectos de la interrupción a partir de la ejecutoria del auto que la decreta.

El curso de los incidentes no se afectará si la suspensión recae únicamente sobre el trámite principal.

Artículo 163. *Reanudación del proceso.* Corregido por el art. 5°, decreto Nacional 1736 de 2012. La suspensión del proceso por prejudicialidad durará hasta que el juez decreta su reanudación, para lo cual deberá presentarse copia de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que le dio origen; con todo, si dicha prueba no se aduce dentro de dos (2) años siguientes a la fecha en que empezó la suspensión, el juez, de oficio o a petición de parte, decretará la reanudación del proceso, por auto que se notificará por aviso.

Vencido el término de la suspensión solicitada por las partes se reanudará de oficio el proceso. También se reanudará cuando las partes de común acuerdo lo soliciten.

La suspensión del proceso ejecutivo por secuestro del ejecutado operará por el tiempo en que permanezca secuestrado más un periodo adicional igual a este. En todo caso la suspensión no podrá extenderse más allá del término de un (1) año contado a partir de la fecha en que el ejecutado recuperó su libertad.

CAPÍTULO VI

ACCIÓN EJECUTIVA EN EL CONTRATO DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Demostrada la ocurrencia del siniestro y la cuantía de los perjuicios materiales, tratándose de reclamación extrajudicial que efectuó el beneficiario de la indemnización contemplada en el contrato de seguro, en criterio del autor, *la falta de objeción extrajudicial*, efectuada por la compañía asegurada a la víctima, habilita por ministerio de la ley¹, para que se formule la respectiva acción ejecutiva en contra de ésta, evento en el cual, la póliza presta mérito ejecutivo, sin que ello implique que la compañía aseguradora no pueda efectuar su defensa en el curso del respectivo proceso, pudiendo alegar mediante reposición² dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del manda-

¹ C. de Co., art. 1053. “*Casos en que la póliza presta mérito ejecutivo*. <Apartes tachados derogado por el lit. c) del art. 626 de la ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1º. de enero de 2014. En los términos del num. 6 del art. 627> <Artículo subrogado por el art. 80 de la ley 45 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

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

”1) En los seguros dotales, una vez cumplido el respectivo plazo.

”2) En los seguros de vida, en general, respecto de los valores de cesión o rescate, y

”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 sean indispensables para acreditar los requisitos del art. 1077, sin que dicha reclamación sea objetada. Si la reclamación no hubiere sido objetada, el demandante deberá manifestar tal circunstancia en la demanda”.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, proceso ordinario promovido por María Claudia Martínez Berdugo vs. Aseguradora de Vida Colseguros S. A., rad. 05001-3103-017-1998-0031-01, sent. proferida el 27 julio 2006.

² C. G. P., art. 430. “*Mandamiento ejecutivo*. Cuando como consecuencia del recurso de reposición el juez revoque el mandamiento de pago por ausencia de los requisitos del título ejecutivo, el demandante, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del auto, podrá presentar demanda ante el juez para que se adelante proceso declarativo dentro del mismo expediente, sin que haya lugar a nuevo reparto. El juez se pronunciará sobre la demanda declarativa y, si la admite, ordenará notificar por estado a quien ya estuviese vinculado en el proceso ejecutivo”.

miento de pago, no hechos que configuren excepciones, sino vicios de forma y dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento de pago, proponer simultáneamente las excepciones de mérito³, expresando no solo los hechos en que se funde, sino también acompañar los documentos relacionados con aquéllas y solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

En efecto, la ausencia de objeción, habilita al juzgador para que estudie en la admisibilidad de la demanda ejecutiva, sin que ello le impida a la compañía aseguradora proponer los hechos exceptivos relacionados con la obligación demandada, o sea, aquellos que tiendan a establecer que el derecho del asegurado no existe por no haber nacido a la vía jurídica o por haberse extinguido una vez nacido o por haber sufrido modificaciones, o por inexigibilidad actual del mismo⁴.

El mérito ejecutivo de la póliza contra el asegurador, en los casos de ley, no distingue ni exceptúa el de responsabilidad civil. No obstante, para hacer efectivo el pago por la ocurrencia del siniestro amparado con la póliza de seguros, se debía aplicar el procedimiento propio de los contratos de seguros:

a) Dar el aviso a la aseguradora de la ocurrencia del siniestro dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer, conforme lo consagra el artículo 1075 del Código de Comercio;

b) Hacer la reclamación a la aseguradora, anexando la documentación en la que se acredite la ocurrencia del siniestro, toda vez que es el beneficiario del seguro, el que tiene esta carga probatoria conforme al artículo 1077 del mismo código.

³ C. G. P., art. 442. “*Excepciones*. La formulación de excepciones se someterá a las siguientes reglas:

”1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo el demandado podrá proponer excepciones de mérito. Deberá expresar los hechos en que se funden las excepciones propuestas y acompañar las pruebas relacionadas con ellas.

”2. Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, solo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.

”3. El beneficio de excusión y los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago. De prosperar alguna que no implique terminación del proceso el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso continúe o, si fuere el caso, concederá al ejecutante un término de cinco (5) días para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en costas y perjuicios”.

⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 28 junio 1993, publicada en la Revista Mensual Jurisprudencia y Doctrina núm. 260 de 1993, págs. 731-732.

La Corte Suprema de Justicia⁵, ha señalado al respecto que quien efectúe la reclamación: *“debe demostrar la entidad del daño en cuanto corresponde al detrimento patrimonial padecido por él y, naturalmente, la magnitud del mismo, toda vez que el daño indemnizable no se identifica —per se— con la suma asegurada, ni ésta equivale, por regla general a su estimación anticipada”*.

c) La parte accionante debe manifestar que la compañía aseguradora no haya objetado la reclamación, tal como lo prevé la parte final del artículo transcrito.

Debe aclararse que el literal c del artículo 626 del Código General del Proceso, eliminó a partir de la vigencia de la norma en cita, las expresiones “... según las condiciones de la correspondiente póliza...” y “... de manera seria y fundada...”.

1. DIRECCIÓN Y GASTOS DEL PROCESO

La compañía aseguradora, tiene legítimo interés en resistir el reclamo del tercero, porque de prosperar la pretensión reclamada por la víctima, debe la indemnización comprometida en la póliza, los intereses moratorios más el pago de los gastos y costas por desistir de la demanda, por ello, es conveniente pactar entre esta y el asegurado: la posibilidad de asumir la dirección del proceso y abrogarse la potestad de designar a los profesionales del derecho que representarán al asegurado⁶.

Ahora bien, cuando los efectos de las sentencia recaen en un juicio promovido por el tercero (damnificado o víctima) solamente contra el asegurado, cuando éste último sea representado por profesionales del derecho designados por el asegurador, es deber de lealtad del profesional del derecho que contesta la demanda, efectuar el llamamiento en garantía, pues solo a través de dicho mecanismo, aquel será parte del proceso y la sentencia que se dicte hará tránsito a cosa juzgada⁷.

⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 11 septiembre 2000, exp. 6119.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 2 febrero 2011. ref.:110010203000 2010-02245-00. Acción de tutela promovida por Seguros Generales Suramericana S. A. contra el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Cúcuta y la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad.

⁶ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 31 julio 2014, Proceso SC10048-2014, rad. 11001-3103-015-2008-00102-01, promovido por la Cámara de Comercio de Bogotá contra QBE Seguros S. A.

⁷ RUBÉN STIGLITZ y GABRIEL STIGLITZ, “Intervención Procesal del Asegurador citado en Garantía”, Cap. IV, J. A., 1987, pág. 841.

La asunción por el asegurador de la dirección del proceso, no necesariamente importa la aceptación de la responsabilidad del primero frente al asegurado. En efecto, puede verificarse en un seguro de responsabilidad civil, que el siniestro no está amparado, pero la dirección del proceso la efectúa el asegurador, motivo por el cual, considero que corresponde a la órbita de las partes, incorporar en el texto de dicha póliza, la asunción de la responsabilidad por parte de la aseguradora como contraprestación a la dirección del proceso y de abstenerse el asegurado de utilizar cualquier mecanismo procesal tendiente a reconocer un juicio su propia responsabilidad.

2. CONCILIACIÓN Y TRANSACCIÓN

Aunque ambas figuras tiene el efecto de la cosa juzgada, la conciliación, es una figura que forma parte de los métodos alternativos de solución de conflictos, la conciliación contiene una transacción, más la transacción no contiene una conciliación. No se puede conciliar, sino únicamente aquello que es transigible.

En efecto, la figura de conciliación, fue concebida por el legislador, como un requisito de procedibilidad para instaurar la acción judicial. Son las partes quienes encuentran solución a su conflicto, es una forma de autocomposición, con la intervención del conciliador, quien se encuentra investido temporalmente de facultades jurisdiccionales; la transacción, en cambio, es un contrato, en el cual, solo intervienen quienes ostentan una posición contractual, previamente determinada. Ambos son instrumentos jurídicos de que disponen las partes contractuales y la víctima, que permiten finalizar un litigio o precaver uno eventual.

La existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos (M.A.S.C.) comprende la transacción, la mediación, la amigable composición y la conciliación.

La conciliación y la transacción, permiten a la compañía aseguradora, negociar y formalizar un acuerdo rápido entre asegurado-víctima y aseguradora, evitando no solo la confrontación en los estrados judiciales, sino también, un largo periodo de tiempo que pueda llegar a transcurrir antes que la víctima reciba cualquier alivio legal y por parte de la aseguradora, le evita un incremento de las consecuencias patrimoniales que de él se derivan.

3. ARTÍCULO 1128 DEL CÓDIGO DE COMERCIO

El legislador colombiano, consideró que la cobertura en los seguros de responsabilidad civil, dada la implicación que puede tener el patrimonio del asegurado y por supuesto, de la víctima, no se limita al monto de a suma asegu-

rada, sino que extiende en lo que resulte necesario para sufragar los costos de un proceso, por lo que dicha normatividad, tiene carácter imperativo en los términos del artículo 1162 del estatuto mercantil y su verbo rector está determinado como “El asegurador responderá”, siendo en todo caso, una excepción a lo previsto en el artículo 1079 del Código en comento.

En suma, dicho precepto, en los términos del artículo 1162 del Código de Comercio, solo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario.

4. LA DEFENSA PENAL

Las pólizas de seguros, usualmente instituyen que la defensa del asegurado en juicio civil será asumida por la compañía de seguros. En otras, señalan que la defensa en juicio penal, de estimarla conveniente la compañía, será llevada por ésta; no obstante, en ambos casos será la compañía la que designará a los abogados que los representará.

La solución de otorgar convencionalmente a la compañía la “facultad” de asumir la defensa penal, considero que no es coherente, si se piensa que se encuentra en juego el patrimonio del asegurado, su libertad personal y otros aspectos de importancia relativos a la persona del asegurado, por lo que, debe existir la posibilidad que sea el propio asegurado quien se preocupe de su defensa penal ante la justicia. Por ello, el autor sugiere, que en punto a la designación del profesional del derecho, la compañía aseguradora debe permitirle al asegurado su designación, ofreciéndole antes de la suscripción del contrato de seguro, un amparo por un monto específico, para soportar el pago de los honorarios, pero contando con la dirección y coordinación de la compañía aseguradora.

5. COSTOS DE LA DEFENSA

Al consignarse en el contrato de seguro la obligación del asegurado, de dejar en manos del asegurador la defensa judicial, surge para este la carga de poner toda la diligencia posible para precaver o disminuir los daños, como consecuencia de habersele confiando la dirección del proceso a la compañía, el tomador del seguro tiene el derecho a que esta última se haga cargo íntegramente de los gastos originados en el cumplimiento de esta obligación, soportando las costas y las indemnizaciones civiles a las víctimas.

La obligación esencial del asegurador es la de asumir el pago de la indemnización que ampara la responsabilidad del asegurado, es decir, pagar la indemnización al tercero perjudicado, sea en virtud de una sentencia judicial ejecutoria o de una transacción aprobada por la compañía aseguradora.

CAPÍTULO VII

ASPECTOS ECONÓMICOS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El análisis económico del seguro de responsabilidad civil, procura estudiar los incentivos de los agentes implicados, en relación con sus responsabilidades jurídicas (asegurado) y la posibilidad de recibir la indemnización (víctima); así las cosas, el desarrollo del mercado del seguro de responsabilidad civil está condicionado por tres variables:

- El crecimiento y desarrollo económico;
- El grado de jurisprudencia y prácticas en materia de responsabilidad civil; y
- La sofisticación del mercado de seguros.

De allí la importancia por estudiar las diferentes variables que afectan el pago de la indemnización derivada de dicho contrato de seguros, como más adelante se apreciara.

1. APROXIMACIÓN AL TEMA

En nuestro ordenamiento jurídico, no existe disposición legal que imponga, de manera específica, la obligación de contratar Seguros de Responsabilidad Civil y solamente la ley puede crear seguros obligatorios, protegiéndose en forma generalizada de eventuales quebrantos en el patrimonio del asegurado, por ello, se hace indispensable el estudio de los aspectos relacionados con el pago de la indemnización, los intereses o indexación que se llegue a causar, su compatibilidad y de manera particular, la plenitud del pago.

2. SEGURO EN MONEDA EXTRANJERA

Para desarrollar el tema, necesariamente tendremos que remitirnos a las prescripciones de nuestro ordenamiento jurídico patrio, las cuales, no solo autorizan su adquisición¹, sino que, en el evento en que se produzca el sinies-

¹ Ley 9 de 1991, art. 14. "De conformidad con las regulaciones del gobierno nacional podrán contratarse Seguros denominados en divisas sobre personas y sobre aquellos bienes que, con carácter general califiquen como riesgos especiales.

tro, pueden ser pagadas en la moneda en que se contrató, si ello es posible o en caso contrario, se cubrirán en moneda nacional colombiana².

Los problemas o vicisitudes que se puedan llegar a presentar, radican especialmente en que, al producirse el siniestro, el pago de valor asegurado, se efectuará en la moneda en que se contrató³. No podemos olvidar que, en el Seguro de Responsabilidad Civil, no es posible alegar un supraseguro

”Las reservas técnicas correspondientes a éstos Seguros podrán ser invertidas en títulos representativos de divisas, conforme a las regulaciones del gobierno”.

² C. de Co., art. 874. “Cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda legal colombiana. La moneda nacional que tenga poder liberatorio al momento de hacer el pago se tendrá como equivalente de la pactada, cuando esta no se halle en circulación al tiempo de pago.

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

³ Ley 9 de 1991, art. 28. “*Estipulación de obligaciones en moneda extranjera*. Las obligaciones que se pacten en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario se cubrirán en moneda legal colombiana, en los términos que fije la Junta Monetaria mediante normas de carácter general”.

El Capítulo II, de la Resolución Externa núm. 8° de 5 mayo 2000, por la cual se comprendía el régimen de cambios internacionales, expedida por la Junta Directiva del Banco de la Republica, establece:

“Artículo 79. *Obligaciones en moneda extranjera*. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y correspondan a operaciones de cambio, se pagarán en la divisa estipulada.

”Parágrafo 1°. Para efectos judiciales que requieren la liquidación en moneda legal colombiana de obligaciones pactadas en moneda extranjera, que correspondan a operaciones de cambio, se aplicara la tasa de cambio representativa del mercado de la fecha de pago. (Los destacados fuera del texto original).

”Parágrafo 2°. No podrán estipularse en moneda extranjera las operaciones que efectúen las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, salvo que corresponden a operaciones de cambio expresamente Autorizadas, a contratos de leasing de importación, a Seguros de vida, o se trate de la contratación de los Seguros que determine el gobierno nacional en desarrollo de lo previsto por el artículo 14 de la ley 9ª de 1991. (Los destacados fuera del texto original)

”Parágrafo 3°. En el caso de obligaciones estipuladas en moneda extranjera diferente al dólar de los Estados Unidos de América se utilizara para los efectos del presente artículo la tasa de conversión determinada de conformidad con el artículo 72 de esta resolución”.

Decreto 1735 de 2 de septiembre 1993 (195), art. 3°. “*Operaciones internas*. Salvo Autorización expresa en contrario, ningún contrato, convenio u operación que se celebre entre residentes se considerara operación de cambio. En consecuencia, las obligaciones que

o infraseguro, pues, por tratarse de un seguro de daños, ella no puede ser fuente de enriquecimiento, operando el principio de ser un amparo de mera indemnización y jamás puede ser origen de ganancia para el asegurado⁴.

El Seguro de Responsabilidad, apunta, a cumplir una finalidad resarcitoria⁵, no procura entonces un beneficio para el asegurado, ni lo coloca en situación más favorable a la hipótesis que el siniestro no se hubiere realizado⁶, mucho menos cuando el fenómeno se produce por agentes externos a la contratación, esto es, la volatilidad de la moneda, originada por las fluctuaciones del mercado y su especulación.

El criterio jurisprudencial definido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los seguros de daños, es que la suma asegurada, fijada en la póliza, no equivale necesariamente al monto del siniestro, pues, aquella tiene como propósito el cálculo de la prima y fijar el monto máximo de la indemnización, por ello, es de vital importancia, la valoración de los bienes siniestrado al momento de la ocurrencia de la pérdida, que por regla general, difiere de la suma fijada en el contrato de seguro⁷.

Así las cosas, si se produce una desvalorización de la moneda contratada en el seguro, la compañía aseguradora, está obligada a pagar la indemnización, hasta el monto de valor asegurado. *A contrario sensu*, la compañía aseguradora estaría exenta de pagar la indexación⁸, si ella fuere procedente, en los eventos que ya tuvimos oportunidad de analizar.

se deriven de tales contratos, convenios y operaciones, deberán cumplirse en moneda legal colombiana. (Las negrillas fuera del texto original).

⁴ C. de Co., art. 1088. “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de un acuerdo expreso”.

C. de Co., art. 1089. “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”.

⁵ RUBÉN S. STIGLIZ y GABRIEL A. STIGLITZ, *Seguro de responsabilidad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pág. 537.

⁶ JOAQUIN GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1982, pág. 133; CESARE VIVANTE, *Derecho comercial*, t. 14, vol. 1, (Del contrato de Seguro), Buenos Aires, Ediar, 1952, pág. 424.

⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 21 noviembre 2005, rad. 3039-1998.

⁸ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de obligaciones*, t. 1, Universidad Externado de Colombia, 2002, págs. 646-649.

No debe olvidarse que el Seguro de Responsabilidad, forma parte del seguro de daños, razón por la cual, en los casos de pérdida total, aparece erigido como tope de la indemnización asegurada⁹, tomando como base su determinación en el momento del siniestro; según la naturaleza de las cosas aseguradas, su valor venal, su valor de uso, su valor de reconstrucción, su valor a nuevo en los seguros de reposición o reemplazo¹⁰ y cuya prueba, en los seguros de valor presunto¹¹, corresponde al asegurador que pretenda invocarlos para atemperar el importe de su obligación.

En todo caso, vencido el plazo en que debe producirse el pago de la indemnización, según las reglas de naturaleza imperativa contenidas en el artículo 1080 del Código de Comercio, le asiste a la compañía aseguradora, la obligación de reconocer y pagar al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que efectúe el pago, la que tiene por finalidad que el asegurador cumpla rápidamente con la obligación de pagar la indemnización, sin excusas injustificadas¹².

3. INDEXACIÓN, INDIZACIÓN O CORRECCIÓN MONETARIA.

La indexación, consiste en la actualización de una suma de dinero histórica al momento de señalar la obligación indemnizatoria. El Código de Comercio, en el artículo 1080, señala que el asegurador indemnizará al asegurado o al beneficiario dentro del mes siguiente a que se acredite judicial o extrajudicialmente el siniestro. Así las cosas, si el asegurador no realiza el pago dentro de ese plazo, está obligado a pagar intereses moratorios, comerciales, como lo ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹³, desde el término que indica la normatividad en cita y no desde la ejecutoria del fallo”.

Ahora bien, como ya se ha tenido la oportunidad de explicar, el seguro de responsabilidad, forma parte del seguro de daños, por lo tanto, el valor de

⁹ C. de Co., art. 1089.

¹⁰ C. de Co., art. 1090. “Pago de indemnización por el valor de reposición o de reemplazo. Lo dispuesto en el artículo anterior no obsta para que las partes, al contratar el seguro, acuerden el pago de la indemnización por el valor de reposición o de reemplazo del bien asegurado, pero sujeto, si a ello hubiere lugar, al límite de la suma asegurada”.

¹¹ C. de Co., art. 1089, inc. 2°.

¹² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 diciembre 2013, rad. 11001 – 31 – 03 – 022 – 1998 – 15344 – 01.

¹³ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 10 octubre 1980.

la indemnización, no puede exceder en ningún caso del valor real del interés asegurado.

No obstante lo anterior, la sección tercera del Consejo de Estado¹⁴, condenó a las aseguradoras que amparaban la responsabilidad a entidades públicas por accidentes que causaron la muerte a particulares, a cubrir la obligación indemnizatoria declarada a cargo de cada una de las entidades públicas aseguradas, hasta el límite del valor asegurado en las pólizas, debidamente actualizados, conforme al índice de precios al consumidor, dentro del lapso comprendido entre el momento de la ocurrencia del siniestro y el momento en el que se produce la sentencia condenatoria contra el asegurado dentro del proceso de responsabilidad, bajo el argumento de que la indexación no grava ni la condición del asegurador ni favorece la condición del beneficiario, toda vez que con ello se logra la actualización de una suma histórica al momento de señalar la obligación indemnizatoria.

A) Compatibilidad del interés de mora y la indexación en el pago de la indemnización amparada por el contrato de seguro

Por regla general, no son acumulables o concurrentes el interés por mora y la indexación. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la indemnización de perjuicios está orientada a restablecer y mantener la equidad entre las partes. Es posible que, con el interés por mora, no se alcance a restablecer la equidad entre las partes. En tales casos, el acreedor estaría legitimado para reclamar otros perjuicios. Dentro del concepto de perjuicios cabe la corrección monetaria en contraprestación a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda¹⁵, pues, el interés por mora es sancionatorio, mientras que la corrección monetaria o el ajuste de la actualización es compensatorio.

Es suma, cuando el interés moratorio no cumple el daño emergente, por razones de equidad se exige una corrección monetaria (actualización del valor de la deuda) para que se compense ese daño emergente que el interés por mora no cubrió total o parcialmente¹⁶, tal y como lo ha esclarecido la Corte Suprema de Justicia¹⁷.

¹⁴ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. proferida el 24 abril 2001, rad. 12.917.

C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. proferida el 22 junio 2001, rad. 11.635.

¹⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 29 mayo 1991.

¹⁶ Corte Const., sent. C-549 de 1993.

¹⁷ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 8 junio 2001, rad. 5719; C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 6 marzo 1990.

En esas circunstancias, no se puede aspirar al pago nominal de la obligación, cuando la indexación solicitada se encuentra implícita en los intereses moratorios reconocidos. Lo que a lo sumo el censor podría obtener es la reducción de la diferencia entre la corrección monetaria y los intereses moratorios. Empero, esto no es posible, porque tratándose de la indemnización proveniente de un seguro de daños, la regla general y dispositivos sobre la condena al pago de perjuicios solo procede cuando sean pretendidos.

Por supuesto, toda regla tiene aparejada su excepción¹⁸. En efecto, limitado el interés por mora, el juez está facultado para imponerlos ex officio, en consideración a su carácter de orden público económico, resulta imperativa y por ende, de obligatoria aplicación no solo para la aseguradora cuando efectúa un pago voluntario, por fuera de los términos legales, sino también para el juez cuando con ocasión de la sentencia dispone el pago de la indemnización asegurada, porque el mismo tenor del texto legal de modo perentorio establece la obligación a cargo del asegurador, cuando ordena que, vencido el plazo sin que el valor del seguro haya sido pagado, “el asegurador reconocerá y pagará” interés por mora a las tasas fijadas en una y otra ley, según las fluctuaciones experimentadas en los distintos periodos, como igualmente lo tiene definido la Corte.

B) *Indexación sobre el monto del valor asegurado*

El Consejo de Estado, en polémico fallo, condenó a las aseguradoras de la responsabilidad, a cubrir la obligación indemnizatoria declarada a cargo de cada una de las entidades públicas aseguradoras, hasta el límite del valor asegurado en las pólizas, pero actualizando ese valor conforme al incremento

¹⁸ C. de Co., art. 1080. “*Plazo para el pago de la indemnización e intereses moratorios*. Inciso modificado por el parágrafo del artículo 111, ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente: 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 este, en caso de siniestro, no podrá diferirse a pretexto del reaseguro.

”El asegurado o el beneficiario tendrán derecho a demandar, en lugar de los intereses a que se refiere el inciso anterior, la indemnización de perjuicios causados por la mora del asegurador”.

del índice de precios al consumidor, entre la fecha en que se produjeron las sentencias condenatorias¹⁹.

El maestro y tratadista ANDRÉS E. ORDOÑEZ²⁰, abordó el tema de la indexación de los valores asegurables en las pólizas de seguro, para efectos de liquidar el valor de la indemnización a cargo del asegurador, en aquellos casos, en los que transcurre mucho tiempo entre la ocurrencia del siniestro y el momento en que se hace efectivo el pago de la obligación por parte de este.

C) *Condena oficiosa de la indexación*

Respecto a la posibilidad de condenar al pago de indexación²¹, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia²² y en los asuntos laborales la Corte Constitucional²³ se han referido al tema, expresando que ella procede de manera oficiosa, aun sin petición de parte.

D) *Plenitud del pago*

Si la obligación no es pagada oportunamente, se impone actualizarla, para representar el valor adecuado, porque esa es la única forma de cumplir con el requisito de la integridad del pago. El pago, para que tenga entidad de extinguir la obligación, debe hacerlo el deudor al acreedor en las condiciones establecidas por la ley, esto es, se debe efectuar en forma completa, o sea que, mediante él se cubra la totalidad, en virtud de que el deudor no puede compeleer al acreedor a que lo reciba por partes, salvo estipulación en el punto²⁴.

¹⁹ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sents. proferidas el 26 abril y 22 junio 2001, rad. 12.917 y 11.635.

²⁰ Revista Libero-Latinoamericana de Seguros núm. 17, marzo de 2002, Bogotá D. C., pág. 302.

²¹ Corte Const., sent. C-448 de 1996, la indexación es “[...] simplemente la actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo [...]”

²² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 19 marzo 1986, en el juicio ordinario promovido por Palillera Colombiana Limitada-Pacol-Frente a Empresa de Transportes el Proveedor Limitada.

C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 24 abril 1979 (aun sin publicar) y sent. de 30 marzo 1984.

²³ Corte Const., sent. C-892 de 2009.

²⁴ C. C., inc. 2° del art. 1626. “*El pago efectivo es la prestación de lo que se debe. Para que sea cabal, integro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones debidas, tal como reza el inc. 2° del art. 1646, ibídem, cuando dispone que:*

”el pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”.

E) *Indexación cuando opera la subrogación (recobro)*

Cuando la compañía aseguradora paga el valor asegurado y con posterioridad verifica que la responsabilidad del siniestro lo tiene un tercero, por ministerio de la ley, opera el fenómeno de la subrogación, razón por la cual, el asegurador puede exigir la indexación al responsable²⁵.

En efecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explicó que la acción de recobro que la aseguradora ejerce contra el causante del daño, sería la misma que el asegurado (damnificado) habría podido ejercer contra aquel, de no existir un seguro, de conformidad con lo prescrito en el artículo 1096 del Código de Comercio y como quiera que el responsable del daño siempre tiene que repararlo integralmente, en virtud del principio de la *plenitud de pago*²⁶, no puede eximirse o facilitarse que el autor del daño o victimario se lucre.

Es necesario precisar en punto de subrogación, consagrado en el artículo 1096 del Código de Comercio, dicha figura no aplica en el seguro de responsabilidad, obra a favor del asegurado, por cuanto, como ya se ha indicado, una de las finalidades de dicho contrato de seguro, es amparar y proteger la integridad del patrimonio del asegurado considerado como una universalidad, conformada por activo y pasivo, frente al acaecimiento de un siniestro²⁷.

F) *Indexación en los procesos ejecutivos*

No es posible que en un juicio de naturaleza ejecutiva, se discutan los ajustes por concepto de indexación, salvo que el título lo contenga expresamente²⁸, pues ello solo es viable en los procesos de naturaleza ordinaria.

²⁵ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. proferida el 18 mayo 2005, rad. 832-2001.

²⁶ El *solvens* debe pagar exactamente la prestación debida y pagarla en su totalidad (art. 1626 del C. C.), comprendiendo no solo la deuda sino también los intereses e indemnizaciones que se deban (inc. 2º art. 1649 del C. C.), no pudiendo pretender que el acreedor acepte pagos parciales, aunque el objeto de la obligación sea divisible por naturaleza (art. 1649 del C. C.), ni pretender pagar por una cosa diferente de la debida (art. 1627 del C. C.).

²⁷ Corte Const., sent. C-409 de 2009:

“[...] el contrato de responsabilidad civil tiene como beneficiario a la víctima del delito, con lo que asumir las obligaciones contraídas por las partes con total corrección, transparencia, pundonor, trasciende la connotación meramente bilateral del acuerdo y el objetivo de cubrir un riesgo. El seguro de responsabilidad y las obligaciones que de él se desprenden, en el plano humano son además garantía de una mínima estabilidad económica para la víctima que en muchas oportunidades puede ser el individuo y su núcleo familiar, afligidos también patrimonial o financieramente con el delito y cuyas condiciones de vida, de subsistencia, cuyas oportunidades de desarrollo pueden depender en buena medida del pago del amparo asegurado”.

²⁸ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto de 29 abril 1983, rad. 10.128.

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EN LOS TALLERES DE EDITORIAL NOMOS,
EL DÍA TREINTA Y UNO DE JULIO DE DOS
MIL QUINCE, ANIVERSARIO DEL NACIMIEN-
TO DE HEND BONFILS (n. 31, VII,
1835 y m. 10, VIII, 1897).

LABORE ET CONSTANTIA