

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.

Decano Académico y Profesor de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, ex Presidente Mundial y Presidente Honorario de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, AIDA y ex Presidente y Presidente Honorario de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLOSE.

DERECHO DE SEGUROS

Estudios y escritos jurídicos

Tomo V

EL CONTRATO DE SEGURO
Y EL CONTRATO DE REASEGURO



COLECCIÓN ESTUDIOS

ÍNDICE GENERAL

	PÁG.
Plan general de la obra.....	IX
El Autor	XV
A modo de prólogo.....	XXI
Presentación.....	XXVII

SECCIÓN I

ALGUNOS SEGUROS EN PARTICULAR (Continuación)

CAPÍTULO X

EL SEGURO DE 'TODO RIESGO CONSTRUCCIÓN' (TRC)

1. Características primordiales de los amparos y exclusiones de este seguro	5
2. La delimitación del riesgo asegurado y la interpretación restrictiva del contrato. Cánones aplicables al seguro de "Todo Riesgo Construcción"	14
A) Prolegómenos	15
B) La facultad de delimitar el riesgo asegurado por el asegurador	21
C) La delimitación del riesgo y su relación con las condiciones generales y particulares del seguro	29
3. El condicionado Münchener Rück en las pólizas de "Todo Riesgo Construcción"	42
4. Análisis de la necesidad de cuantificación del daño en el proceso de reclamación	45
5. Conclusiones	50

CAPÍTULO XI

**ASPECTOS MEDULARES DEL SEGURO
SOBRE LA VIDA EN EL DERECHO
COLOMBIANO: VISIÓN COMPARADA**

	PÁG.
1. Antecedentes de orden general	55
2. Primera etapa	56
3. Segunda etapa	58
4. Marco normativo	70
5. Noción aproximativa.....	75
6. Naturaleza del seguro de personas: inaplicabilidad del principio indemnizatorio	79
7. Partes contratantes.....	84
8. Régimen general del beneficiario	89
A) Ideas preliminares y noción general.....	89
B) Origen y naturaleza jurídica de la designación de beneficiario	90
C) Tipología del beneficiario.....	99
D) Designación de beneficiario: su metodología	101
E) Determinación del beneficiario: sus reglas.....	107
a) La designación genérica de los hijos nacidos o por nacer... ..	108
b) La designación genérica de los herederos del asegurado... ..	110
c) Designación genérica del cónyuge.....	114
F) Pluralidad de beneficiarios: su régimen	118
a) Distribución material del beneficio y criterio causal tomado en consideración para su establecimiento.....	119
b) Beneficiarios herederos	119
G) Beneficiarios no herederos	122
H) Derecho de acrecimiento de los beneficiarios	123
a) Designación conjunta de asignatarios	124
b) Que el llamamiento aluda a un mismo objeto.....	125
c) Que no se haya establecido cuota alguna.....	125
d) Que uno de los coasignatarios falte lato sensu.....	125
I) Omisión e “ineficacia” de la designación de beneficiario. Establecimiento de beneficiarios legales.....	130
a) Que no se designe beneficiario	133
b) Que la designación devenga ineficaz: esto es, “lato sensu”	133
c) Que la designación quede sin efecto por cualquier causa	135
J) Revocación de designación: procedencia, forma y clases	136
K) Surgimiento espacio temporal y naturaleza del derecho del beneficiario	141
L) Designación a título gratuito	142
M) Designación a título oneroso	151

	PÁG.
N) Algunas características generales del derecho del beneficiario	153
a) Su derecho es propio	153
b) Su derecho, además de propio, es directo.....	154
c) Su derecho propio y directo deriva del contrato de seguro propiamente dicho.....	154
O) Elementos esenciales.....	154
a) El interés asegurable.....	154
b) El riesgo asegurable.....	175
c) La prima o precio del seguro	183
d) La obligación condicional del asegurador	194
P) Clasificación general: seguro de vida individual	196
Q) Seguros de muerte.....	196
a) Seguros de vida entera.....	196
b) Seguros temporales.....	198
R) Seguros de vida stricto sensu	200
S) Seguros mixtos.....	201
T) Características más salientes.....	204

CAPÍTULO XII

INASEGURABILIDAD DEL SUICIDIO EN EL SEGURO DE VIDA

1. Consideraciones previas.....	209
2. Derecho comparado	217
A) Francia.....	217
B) México.....	217
C) Italia.....	217
D) España.....	218
E) Argentina.....	218
F) Etiopía.....	218
G) Polonia	218

CAPÍTULO XIII

INAPLICABILIDAD DE LA AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO EN EL SEGURO DE VIDA

1. Somera referencia a los hechos que sirvieron de fundamento fáctico de la decisión del 6 de julio de 2007.....	221
2. Principales consideraciones de la Corte	222
3. Estado jurisprudencial de la temática anteriormente abordada ...	227

CAPÍTULO XIV

EL SEGURO DE ACCIDENTES PERSONALES

PÁG.

1. Somera referencia a los hechos que sirvieron de fundamento fáctico a la providencia de la Corte	231
2. Consideraciones expuestas en el salvamento de voto.....	233

SECCIÓN II

EL CONTRATO DE REASEGURO

CAPÍTULO I

**COSEGURO Y REASEGURO
CARACTERIZACIÓN, FUNDAMENTOS,
FUNCIONES, ESTRUCTURA, PRESUPUESTOS,
NATURALEZA JURÍDICA, EFECTOS, ANALOGÍAS
Y PRIMORDIALES DIFERENCIAS**

SECCIÓN PRIMERA

COSEGURO

1. Introducción	250
2. Breve precisión terminológica y noción descriptiva	252
3. Breve fundamentación.....	254
4. Naturaleza jurídica, ubicación y diferenciación con figuras afines	256
5. Presupuestos genéticos	267
1. Pluralidad – o número plural – de aseguradores	267
2. Identidad de interés asegurado.....	268
3. Identidad de riesgo asegurado.....	269
4. Identidad temporal	269
5. Cobertura o aseguramiento conjunto.....	270
6. Estructura jurídica	272
7. Relaciones emergentes del coseguro: descripción básica	274
A) Entre aseguradores	274
B) Entre coaseguradores y el tomador-asegurado	275
8. Tipología y alcance de la responsabilidad asumida por los coaseguradores. ¿Obligaciones conjuntas o solidarias?	281
9. Efectos jurídicos derivados de la reclamación formulada por el tomador-asegurado a la coaseguradora líder	293

SECCIÓN SEGUNDA

EL REASEGURO

	PÁG.
10. Introducción	295
11. Noción descriptiva.....	297
12. Fundamento y finalidades básicas	299
13. Funciones esenciales.....	300
14. Principios rectores	302
A) Autonomía	302
B) Subordinación.....	303
C) Comunidad de suerte	304
D) Vigencia y trascendencia de la buena fe	306
E) Carácter esencialmente internacional y dispositivo	308
15. Naturaleza jurídica	309
16. Relaciones derivadas del contrato de reaseguro.....	314
17. Clases y modalidades.....	315
A) Formas o clases	316
B) Modalidades o sistemas	317
18. Distinción esencial con el coseguro: enunciación de las principales diferencias	319

CAPÍTULO II

**CONFIGURACIÓN Y ALCANCES
DE LA “COMUNIDAD DE SUERTE”
EN EL CONTRATO DE REASEGURO:
GENERALIDADES, JUSTIFICACIÓN, VIGENCIA,
LIMITACIONES BÁSICAS Y PROYECCIÓN
INTERNACIONAL**

1. Cuestión previa	327
2. Configuración volitiva de los contratos de seguro y reaseguro ...	328
3. Subordinación primaria del contrato de reaseguro al contrato de seguro	329
4. Independencia estructural del contrato de seguro en relación con el reaseguro.....	332
5. Determinación particular de los elementos del contrato de reaseguro.....	336
6. Obligaciones y cargas emergentes del contrato de reaseguro: régimen general del pago de la prima	340

7. Vigencia, justificación, evolución, alcance contemporáneo, proyección y limitaciones del principio de la comunidad de suerte en el contrato de reaseguro: su relación con la prima del seguro originario.....	350
A) Vigencia y justificación.....	350
B) Evolución y alcance contemporáneo.....	352
C) Proyección, radio de aplicación y limitaciones.....	358
a) La mala fe o el dolo del asegurador directo.....	361
b) Los pagos “ex gratia” o graciosos.....	362
c) El impago de la prima de seguro al asegurador directo por parte del tomador.....	362
d) La vulneración de los términos del contrato de reaseguro por el reasegurado.....	364
8. Hermenéutica del nuevo texto del artículo 1134 del Código de Comercio colombiano: ley 45 de 1990, artículo 88.....	365
9. Naturaleza del principio de la comunidad de suerte en el reaseguro y campo de aplicación de la autonomía privada en la esfera nacional e internacional.....	373
10. Síntesis.....	377

CAPÍTULO III

VALORACIÓN Y PRIMORDIALES ALCANCES DE LA DEPENDENCIA DEL CONTRATO DE REASEGURO RESPECTO DEL SEGURO ORIGINARIO

1. Cuestión previa.....	383
2. Génesis, significado y materialización de la dependencia existente entre el reaseguro y el seguro originario: parangón y análisis somero de la “independencia” y de la autonomía del seguro respecto al reaseguro.....	384
3. Breve examen en torno a la pretendida accesoriedad del reaseguro: propuesta sustitutiva.....	394

CAPÍTULO IV

DISTORSIÓN FUNCIONAL DEL CONTRATO DE REASEGURO TRADICIONAL

Presentación.....	423
Prólogo.....	428
Circular 45 de Acoldese.....	431

SECCIÓN PRIMERA

<i>CUESTIÓN PREVIA: PLAN QUE SE DESARROLLARÁ</i>	435
--	-----

SECCIÓN SEGUNDA

<i>PRECISIÓN TERMINOLÓGICA: REASEGURO TRADICIONAL</i>	442
---	-----

SECCIÓN TERCERA

*BREVE EXAMEN DE ALGUNOS PRINCIPIOS O POSTULADOS
INFORMADORES DEL REASEGURO TRADICIONAL*

1. El principio de la buena fe.....	445
2. El principio de la debida y oportuna información.....	452
3. El principio de la gestión directa del “riesgo” por el asegurador	458
4. El principio de la comunidad de suerte	460

SECCIÓN CUARTA

<i>LA AUTONOMÍA DE LAS RELACIONES EMERGENTES DEL SEGURO Y DEL REASEGURO. ENUNCIADO GENERAL</i>	472
--	-----

SECCIÓN QUINTA

*DISTORSIONES CONVENCIONALES Y EXCEPCIONES LEGALES AL CARÁCTER
AUTÓNOMICO DEL CONTRATO DE SEGURO ORIGINARIO: SU CONEXIÓN
NEGOCIAL CON EL REASEGURO (EX CONTRACTU Y EX LEGE)*

1. Preliminares.....	476
2. Enunciación de las principales estipulaciones de origen convencional.....	481
3. Proyección, examen individual y eficacia de estas cláusulas.....	482
A) Cláusulas de cooperación y de control	482
a) Cláusulas que establecen un deber de información sobre las modificaciones que conciernen al seguro originario	483
b) Cláusulas de ajuste o liquidación del siniestro.....	489
c) Cláusulas referentes al pago de la prestación asegurada ..	496
B) Cláusulas de pago simultáneo (“simultaneous payment clauses”).....	519
C) Cláusulas relativas a la insolvencia del asegurador (“insolvency clauses”).....	531
D) Cláusulas Cut Through.....	533

E) Cláusulas que establecen la prevalencia absoluta de los términos o condiciones del reaseguro frente al clausulado del contrato de seguro originario	549
--	-----

SECCIÓN SEXTA

OTRAS OPERACIONES Y ACTUACIONES DE CARÁCTER DISTORSIONADOR

1. El "fronting"	555
2. La progresiva constitución de sociedades cautivas	566
3. La hiperactiva participación del asegurado en la colocación del reaseguro y en la determinación de su contenido y condiciones económicas	569

SECCIÓN SÉPTIMA

PRIMORDIALES CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA DISTORSIÓN TELEOLÓGICA DEL REASEGURO TRADICIONAL

1. La desnaturalización del reaseguro tradicional	572
2. La ineficacia del negocio jurídico asegurativo (originario)	576
3. La redefinición de la naturaleza jurídica del negocio reasegurativo	578
4. La floración de un contrato o relación de coaseguro	584
5. El surgimiento de un contrato de reaseguro simulado	589
6. La generación de una acción directa en cabeza del asegurado original	592
7. La celebración de un contrato de mandato	604
8. Otras consecuencias	618
A) Generación en la comunidad asegurada de una desconfianza en el sistema o mercado asegurador	618
B) Alteración funcional de la labor asegurativa encomendada al asegurador	620
C) Profundización del distanciamiento entre aseguradores y reaseguradores	622
D) Tendencia a controlar ciertos aspectos de la actividad reaseguradora por el Estado: premonición de un control menos moderado	624

CAPÍTULO V

EL ARBITRAJE EN EL REASEGURO

1. Cuestión previa	633
2. Pertinencia universal del convenio arbitral	633
A) Justificación genérica	634

	PÁG.
B) Proyección y justificación específicas	640
C) Aspectos fundamentales del arbitraje en el reaseguro	644
a) Conformación, designación y perfil característico del tribunal	644
b) Tipo y alcance de la decisión arbitral.....	645
c) Procedimiento seguido por el tribunal para el juzgamiento	647
d) Carácter de la decisión arbitral	648
e) Determinación de la ley aplicable	649
Índice de autores	663
Índice de disposiciones	691
Índice de materias (ts. I a V)	693

DISTORSIÓN FUNCIONAL DEL CONTRATO DE REASEGURO TRADICIONAL *

“Las pobres bestias se encuentran cada mañana con que han olvidado casi todo lo que han vivido el día anterior y su intelecto tiene que trabajar sobre un mínimo material de experiencias. Parejamente, el tigre de hoy es idéntico al de hace seis mil años, porque cada tigre tiene que empezar de nuevo a ser tigre, como si no hubiese habido antes ninguno. El hombre, en cambio, merced a su poder de recordar acumula su propio pasado, lo posee y lo aprovecha. El hombre no es nunca un primer hombre: comienza a existir a partir de cierta altitud del pretérito amontonado [...] El verdadero tesoro del hombre es el tesoro de sus errores, la larga experiencia vital decantada gota a gota en milenios [...] Romper la continuidad con el pasado, querer comenzar de nuevo, es aspirar a descender y plagiar al orangután”.

(ORTEGA Y GASSET).

PRESENTACIÓN

Motiva la publicación del presente ensayo el vivo interés que nos asiste de contribuir, así sea en forma fragmentaria, al estudio de uno de los temas de mayor sensibilidad y actualidad, amén que de insoslayable complejidad en la esfera del derecho de seguros, *a lato sensu*.

Nos referimos a la inclusión de las cláusulas de cooperación y de control en el contrato de reaseguro e, incluso, en determinadas oportunidades, en predios reservados a la relación asegurativa primigenia que le sirve de fundamento, a la par que de contenido medular y específico al reaseguro: el contrato de seguro originario, su inequívoco antecedente causal.

* El presente capítulo, en lo pertinente, corresponde al libro titulado *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional* (Santa Fe de Bogotá, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Acoldece y Asociación Internacional de Derecho de Seguros, 1999).

Dichas cláusulas, cada vez de mayor usanza en el tráfico contractual internacional, sobre todo en mercados emergentes signados por una moderada —o relativa— capacidad de retención, en asocio de otras estipulaciones que persiguen acentuar la participación del reasegurador en asuntos antaño atinentes a la gestión del asegurador o de intercomunicar el reaseguro con el seguro, *per se* sustantivos, erosionan —o por lo menos opacan— caros postulados informadores de la ciencia asegurativa clásica, como el arraigado carácter autonómico del contrato de seguro y la correlativa autonomía de gestión radicada en el asegurador directo, un empresario que, con prescindencia de la relación interna que lo liga con el reasegurador, debe honrar la palabra empeñada al tomador del seguro, es decir, cumplir en forma directa y, por tanto, personal, el deber de prestación emergente del contrato, según lo impongan las circunstancias de índole espacio temporal (realización del riesgo asegurado).

Como corolario de este problema, la doctrina especializada, preocupada y, a veces, alarmada por el acentuado incremento de las precitadas estipulaciones en la órbita contractual, no ha dudado en calificar esta fenomenología por medio de variadas y dicientes denominaciones. La más utilizada, empero, es la “desnaturalización del reaseguro”, reveladora expresión que, al margen de su real pertinencia semántica y jurídica, describe el resultado conseguido mediante el pacto de las supraindicadas cláusulas, de ordinario, un alejamiento sustancial de puntuales principios y axiomas basilares que, de marras, estereotipan al reaseguro, en su concepción y estructura originales.

Aun cuando preferimos emplear el vocablo “distorsión” por estimar que, en rigor, aún no puede aludirse con propiedad a una arquetípica desnaturalización del contrato de reaseguro, nos identificamos con la misma preocupación —de fondo— registrada por la doctrina, por cuanto somos testigos, naturalmente con numerosas y muy elocuentes excepciones dignas de ser sublimadas, del progresivo deterioro de las relaciones entre ciertos reaseguradores y reasegurados experimentado en los últimos años, muy especialmente en lo corrido de esta última década, al contrario de lo sucedido en anteriores, cuando la situación en comento, por regla, era disímil (*pax contractu*). Tanto que, parafraseando a un

distinguido doctrinante, puede afirmarse que la relación contractual trabada entre estos dos profesionales, a la sazón, ciertamente era “idílica”, como de hecho, *mutatis mutandis*, debiera volver a ser, en atención a la existencia de innegables intereses comunes que, rectamente asimilados y valorados, debieran conducir al ejercicio armónico y concatenado de ambas profesiones.

Hoy sin embargo, muy a nuestro pesar y el de múltiples aseguradores, reasegurador, corredores, organismos de control y, en fin, de estudiosos del seguro y del reaseguro, no puede seguir enarbolándose la misma bandera, por lo menos con carácter general, habida cuenta de que la confianza recíproca que caracterizaba a ambos contratos (*pacte de confiance, o patto di fiducia*), en buena parte se ha diezmado, con graves y en ocasiones perturbadoras consecuencias, ora en el ámbito funcional u operativo, ora en el plano jurídico o en el económico, escenarios en lo que importa analizar su conveniencia, así como su eficacia negocial.

En consideración a la reciedumbre de esta realidad, para nada alentadora, nos dimos a la tarea de examinarla desde distintos ángulos, realidad que, como se advirtió, es sustancialmente más aguda y, de suyo penetrante, en ciertos mercados de seguros, como los de la generalidad del cinturón iberoamericano, ayunos de la madurez y de la solidez de otros, por vía de ejemplo de un representativo número de países de la Unión Europea —pero no de todos— y, en América, de naciones como Estados Unidos, Canadá y Brasil.

Así las cosas, este panorámico estudio, entonces, tiene como cometido esencial abordar algunas de las estipulaciones y mecanismos que menoscaban la autonomía del seguro originario y que, de paso, alteran el auténtico “papel” inicialmente asignado a ambos negocios jurídicos, para lo cual, previamente, consideramos aconsejable pasarle revista a los más relevantes postulados del contrato de reaseguro tradicional, a saber, los principios: a) de la buena fe; b) de la debida y oportuna información; c) de la gestión directa del riesgo por parte del asegurador, y d) de la comunidad de suerte que, son, en esencia, blanco directo o indirecto de este peculiar problema que, de no morigerarse, es probable que, en el futuro, se torne incendiario.