

La prescripción en los seguros previsionales en Colombia

HÉCTOR MARÍN NARANJO*

SUMARIO

Fecha de recepción: 21 de diciembre de 2005

1. Planteamiento de la cuestión
2. El significado técnico y económico del contrato de seguro en general
3. La estructura del contrato en los seguros previsionales
 - 3.1. Las partes del contrato
 - 3.2. El interés asegurable
 - 3.3. El riesgo asegurable. El siniestro
 - 3.4. La prima o precio del seguro
 - 3.5. La obligación condicional del asegurador

* Abogado de la Universidad de Caldas-Colombia. Ex magistrado del Tribunal Superior, Sala Civil de Manizales y de la Sala Civil, Corte Suprema de Justicia. Ha sido profesor de pregrado en las universidades del Rosario, Caldas y Jorge Tadeo Lozano, así como catedrático del posgrado en derecho de seguros de la Universidad Javeriana.

4. Aplicabilidad o inaplicabilidad de las normas reguladoras del contrato de seguro a los seguros previsionales
5. La prescripción o imprescriptibilidad de las acciones en los contratos sobre seguros previsionales
6. Punto de partida de la prescripción en los seguros previsionales
7. Concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia
8. Conclusión

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El problema que se plantea reside en determinar si a los denominados seguros previsionales les es aplicable, o no, la regla del artículo 1081 del Código de Comercio, en virtud de que ante la declaratoria de invalidez o el fallecimiento del afiliado sin que se haya completado el capital necesario para financiar el pago de la pensión, esos seguros fueron ideados para ajustar dicho capital. Se afirma entonces que siendo imprescriptible el derecho a reclamar una pensión, acorde con jurisprudencia uniforme de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia, a esos seguros, o mejor, a la acción de la sociedad administradora del fondo de pensiones (AFP) para reclamarlos del asegurador, también la comprende la anotada característica.

2. EL SIGNIFICADO TÉCNICO Y ECONÓMICO DEL CONTRATO DE SEGURO EN GENERAL

Antes que hacer mención del concepto jurídico del contrato de seguro, para el propósito que motiva este estudio se estima como más adecuada una previa alusión a su sustrato técnico y económico pues ambos aspectos son los que en definitiva vienen, en general, a iluminar la materia y la función jurídica de aquél, y, en particular, a la incorporación de reglas específicas en lo atañedor a la prescripción.

Dice IVONNE LAMBERT-FAIVRE¹ que técnicamente:

“el seguro es la operación mediante la cual una empresa legalmente autorizada organiza en mutualidad un grupo de asegurados expuestos a la realización de ciertos riesgos e

1 LAMBERT-FAIVRE, IVONNE, *Droit des assurances*, Précis Dalloz, París, 8ª ed., 1992.

indemniza a los que, dentro de ellos, hubiese sufrido un siniestro gracias a la masa común de las primas recaudadas”².

Añade seguidamente que,

“mientras que el contrato de seguro puede tomar el aspecto de una apuesta o de un juego de azar, la operación del seguro, vista globalmente aparece como una operación antialeatoria de lucha colectiva contra el azar.

“... Si el seguro no evita los siniestros, él diluye sus efectos entre todos los asegurados. Sin embargo, para que la empresa aseguradora pueda efectivamente indemnizar todos los siniestros garantizados, es preciso que organice la mutualidad de los riesgos según reglas matemáticas rigurosas que son el fundamento de su técnica”³.

La misma autora entra seguidamente a explicar los que señala como “Fundamentos matemáticos del seguro”. No obstante su extensión, se reproducirán sus palabras, pues ponen de presente no sólo la complejidad de la cuestión, sino también el rigor que se debe observar al abordarla, incluyendo naturalmente su aspecto jurídico. Dice la autora:

“Todo el mundo sabe que los seguros se fundan sobre un *cálculo de probabilidades*, en una suerte de silogismo matemático. Para que la conclusión sea exacta, aún se necesita que las premisas —*estadísticas y riesgos seleccionados*— sean convenientemente escogidos y establecidos.

“1º *El cálculo de probabilidades*.

“El cálculo de probabilidades fue expuesto primeramente por BLAS PASCAL, quien en la *Geometría del azar*, publicada en 1654, demostró que el azar obedece a leyes. Nacido de los juegos de azar, el cálculo de probabilidades halla uno de sus ejemplos más simples en el juego de dados: un dado de seis caras que sean perfectamente simétricas, tiene una oportunidad (chance) sobre 6 —una probabilidad de $1/6$ — de que, lanzado, caiga sobre la cara escogida. Se puede aún decir que como el dado está compuesto por tres caras pares (2-4-6) y tres caras impares, hay tres oportunidades sobre seis que dan una probabilidad de $3/6$ ó $1/2$, de que se inmovilice sobre una cara par.

“Esta experiencia permite comprender la definición de la *probabilidad matemática* que es una relación: la relación entre un número de oportunidades (chances) de realización de un evento y el número de casos posibles.

“Sin embargo, si se retoma el ejemplo simple del dado, la experiencia demuestra que se puede muy bien lanzar seis veces el dado y no caer en ninguna de ellas en la cifra 1. Pero si se multiplica el número de experiencias (10-100-1000-6000 veces) se constatará que el lanzamiento de la cifra se producirá un cierto número de veces (no

2 Ob. cit., pág. 40.

3 Ib., pág. 40.

más de 1000, pero sí 950 veces sobre 6000): la relación del número de resultados obtenidos sobre el número de experiencias intentadas es la *frecuencia*. La frecuencia (experimental) es siempre ligeramente diferente de la probabilidad matemática (teórica): esta diferencia es llamada *desviación* (aquí 50). Pero es constante que entre mayor sea el número de ensayos, la desviación será más pequeña, pues la frecuencia de la experiencia se aproxima en tal caso a la probabilidad teórica y esta observación conduce a la *ley de los grandes números* enunciada a comienzos del siglo XVIII por el matemático suizo JACQUES BERNOULLI.

“En materia de seguros, prever el número de siniestros que se realizarán con el número de riesgos asegurados, constituye un cálculo de probabilidades que no puede ser efectuado más que gracias a las estadísticas establecidas sobre la base de eventos pasados. Estos cálculos matemáticos son efectuados por los actuarios quienes derivan su ciencia de los estudios de PASCAL. . .

“2º La aplicación del cálculo de probabilidades y de la ley de los grandes números a las estadísticas usadas por el asegurador.

“El asegurador es un productor y un vendedor de seguridad; como tal, debe evaluar el precio del costo de su producto, a fin de establecer su precio de venta. En el sector secundario de la industria, el precio del costo es conocido antes que se determine el precio de venta. El asegurador, por el contrario, vende primeramente la seguridad, bajo la forma de contratos de seguro mediante un cierto precio y no es sino ulteriormente, cuando haya agrupado todos los siniestros ocurridos durante el ejercicio, que podrá realmente establecer su precio de costo: es lo que se llama *la inversión del ciclo de producción* en materia de seguro.

“El asegurador, que no puede pues conocer anticipadamente el número y el valor de los siniestros que deberá cubrir, debe sin embargo intentar su evaluación de la manera más exacta posible. Para ello, utiliza las estadísticas y sobre los datos de *frecuencia* y de *costo medio* de los eventos pasados, el cálculo de probabilidades le brinda los instrumentos de una previsión racional y de un cálculo de las primas lo más cercano posible de la masa de siniestros que deberá garantizar, teniendo en cuenta los gastos generales.

“El asegurador no puede efectuar estos cálculos más que sobre la base de la observación de los eventos pasados concentrados en estadísticas. . .

“a) Las estadísticas deben comprender una multitud de casos.

“Esta regla es la aplicación directa de la ley de los grandes números. En efecto, puesto que sobre las estadísticas el asegurador debe verificar un cálculo de probabilidades, éste será tanto más exacto cuanto que la *frecuencia* relevante se apoye sobre un número de experiencias tan grande que esté lo más cerca posible de la *probabilidad matemática* que él busca.

“Los riesgos nuevos, comprendidos en estadísticas insuficientes no permiten establecer con rigor un cálculo de probabilidades. Sin embargo, por razones comerciales, los aseguradores garantizan algunas veces tales riesgos, calculando entonces sus primas con un gran margen de seguridad y poniendo al día constantemente sus estadísticas...

“b) *Las estadísticas deben comprender riesgos homogéneos.*

“Para permitir un cálculo de probabilidades lo más exacto posible esta homogeneidad de riesgos debe ser a la vez cualitativa y cuantitativa.

“*Homogeneidad cualitativa.* Las estadísticas deben agrupar *riesgos de la misma naturaleza*: ello supone no solamente estadísticas por categorías de riesgos, sino también una clasificación por subcategorías que respondan a este imperativo de la homogeneidad. Así las estadísticas de los accidentes de circulación serán ventiladas en función de la potencia del coche, de su utilización (profesional, turístico, de transporte), de la edad del conductor o de su situación geográfica. ...

“*Homogeneidad cuantitativa.* Los siniestros de gravedad excepcional pueden falsear la apreciación de las estadísticas. También los aseguradores suprimen o diluyen los picos o crestas estadísticos generados por los siniestros catastróficos repartiéndolos en un crecido número de años.

“*La aplicación del cálculo de probabilidades y de la ley de los grandes números a los riesgos seleccionados por el asegurador.*

“Para deducir de las estadísticas pasadas las predicciones valederas para el futuro, el asegurador debe respetar para la selección de los riesgos garantizados las mismas reglas que presiden la elaboración de las premisas.

“a) *El asegurador debe compensar una multitud de riesgos.*

“Ciertamente, el número de riesgos que se realizaron debe ser tan próximo como sea posible de las probabilidades teóricas deducidas de las estadísticas, conforme a la ley de los grandes números. Es evidente que entre mayor sea el número de asegurados, el mayor costo de cada siniestro será dividido y la carga será menos gravosa para cada uno. En el límite, el seguro más eficaz será aquel que agrupe todos los riesgos de la humanidad para que opere una distribución equitativa universal. O si una apreciación tal parece utópica, ella, en realidad, tiende a realizarse gracias al reaseguro.

“b) *La homogeneidad de riesgos.*

“Condición de exactitud de las estadísticas, la homogeneidad debe ser igualmente aplicada a la selección de riesgos por el asegurador.

“*Homogeneidad cualitativa según la naturaleza de los riesgos.* El asegurador debe referirse a las categorías y subcategorías correspondientes a las estadísticas para calcular las probabilidades de los riesgos, luego el costo de la garantía y el monto de la prima.

"Homogeneidad cuantitativa según el valor de los riesgos, y su corolario, la dispersión de los riesgos garantizados son también necesarios para la aplicación exacta del cálculo de probabilidades..."⁴.

En sentido similar se expresa JOAQUÍN GARRIGUES⁵:

"(...) La explotación en masa, que caracteriza la actividad de las empresas aseguradoras, permite un cálculo preciso sobre la realización del riesgo, que se funda en un doble dato: primero, que los riesgos que amenazan la vida o el patrimonio no afectan a todos ni los afectan en la misma medida (si así fuese, la prima del seguro debería ser equivalente al valor actual del capital asegurado, y el seguro implicaría un gasto inútil); segundo, que los hechos fortuitos, cuando se observan en gran número, demuestran una realización regular. Esta ley (llamada 'ley de los grandes números') permite a las empresas aseguradoras determinar, *con referencia a cierto plazo de tiempo y a cierto objeto asegurado*, la frecuencia con que resulta afectado por un riesgo también determinado. Cuando en un gran número de observaciones aisladas un determinado hecho se realiza en un cierto número de casos, se llama 'probabilidad estadística' al cociente que resulta de dividir el número de hechos acaecidos por el número de observaciones aisladas en un tiempo determinado...". (Bastardilla fuera de texto).

Todo lo anterior, con el propósito de resaltar el grado de influencia que en la actividad aseguradora ejerce la estadística y, dentro de ella, el período dentro del cual se deben situar los eventos según el número de observaciones verificadas, pues de la combinación de esos factores surge el cálculo de la prima y, por supuesto, la duración de la garantía ofrecida por el asegurador, lo que, a su vez, se traduce en la importancia que tiene la fijación del término de vigencia del contrato de seguro, vencido el cual el asegurador se liberará de su responsabilidad si es que antes no se ha realizado el riesgo previsto en el contrato (siniestro), pues acaecido éste esa responsabilidad se concreta en la obligación del asegurador de pagar el monto de la indemnización o de la suma asegurada, según sea la clase de seguro (de daño o de personas) objeto del contrato. Surgida esa responsabilidad por el acaecimiento del siniestro, que es a donde se quiere llegar, ¿la misma debe quedar sujeta a un plazo de prescripción o, por el contrario, debe mantenerse indefinidamente, o sea, reputarla como imprescriptible? Sería una gran paradoja la de que una actividad, como es la aseguradora, que parte precisamente de observar un cierto número de eventos *dentro de un lapso de tiempo determinado*, a la hora de ser contractualmente encausada tropiece con que el asegurador puede ver comprometida su responsabilidad de manera indefinida, así sólo sea dentro de un sector de la misma, como es el que en estas páginas habrá de examinarse, y sin que por tanto pueda liberar recursos a fin de destinarlos al cubrimiento de otros riesgos.

4 Ob. cit., pág. 40 y sigs.

5 GARRIGUES, JOAQUÍN, *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1982, pág. 16.

Es, pues, una inquietud como la anterior la que debe guiar un análisis de la prescripción o de la imprescriptibilidad de las acciones propias del contrato de seguro, aunque éstas conciernan únicamente a los denominados seguros previsionales.

3. LA ESTRUCTURA DEL CONTRATO EN LOS SEGUROS PREVISIONALES

Ninguna discusión existe acerca de que al amparo propio de tal clase de seguros, se llega por medio del perfeccionamiento de un contrato de seguro. De esta premisa que aparece como obvia pero no por tal circunstancia menos trascendental, debe partir el análisis, análisis cuya primera tarea comporta identificar no sólo las partes del contrato (art. 1037 C. de Co.), sino también los elementos esenciales que lo configuran (art. 1045 *ibidem*).

3.1. Las partes del contrato

Partes del contrato son, por un lado, la administradora del fondo de pensiones (AFP), y por otro, la compañía aseguradora. Aquélla, la AFP, tendrá la condición de tomador del seguro. Mas como, en términos generales, el tomador puede actuar por cuenta propia o por cuenta de un tercero (determinado o determinable), emerge aquí una primera dificultad que reside en saber si la AFP es un tomador por cuenta propia o por cuenta de un tercero (el afiliado). Sin embargo, tal dificultad puede ser esclarecida una vez que se describa el contenido de los elementos estructurales del contrato, sin los cuales éste no existiría, acorde con lo que se deduce del inciso final del artículo 1045.

3.2. El interés asegurable

El primero de esos elementos es el interés asegurable. Dejando de lado la discusión sobre el significado que dicho concepto tenga en los seguros de personas y, en consecuencia, ciñendo el asunto a lo preceptuado por el artículo 1137 del C. de Co., se hace necesario dilucidar quién sea el titular del interés asegurable en los seguros previsionales: ¿el afiliado al fondo, o la administradora del mismo?

Se ha afirmado que el titular de ese interés es el propio afiliado en virtud de que sobre él gravita el riesgo consistente en que, llegado el momento, no esté completo el capital que permita la financiación de la pensión. Pero aquí exactamente, se halla el *quid* de este aspecto del problema, pues debe tomarse nota de que vinculada la persona al fondo de pensiones, automáticamente ha de quedar incorporada al seguro (colectivo) que ha debido contratar la AFP con una compañía de seguros legalmente autorizada para expedir esta clase de seguros. Y aun cuando se pudiera pensar que el contrato de seguro tiene la precisa finalidad de precaver tal riesgo, la cuestión, sin embargo, ofrece un aspecto diferente a raíz de que quien debe pagar la pensión es la AFP a la que, además, la ley ha tenido como la llamada a perfeccionar el contrato de seguro que brinde el

amparo a la contingencia de la insuficiencia del capital ante la invalidez o la muerte del afiliado. Sopesadas entonces las cosas desde este ángulo, se debe seguir que el de la deficiencia del capital no es un punto que deba inquietar al afiliado por no ser él llamado a solucionarlo. Consiguientemente, su interés estriba única y exclusivamente en que, según sea la situación que llegare a presentarse, se le pague a él la pensión de invalidez, o a los beneficiarios la de sobrevivientes.

De lo anotado fluye, recta vía, que quien debe velar o preocuparse por integrar el capital cuando éste se haya quedado corto es la AFP. De modo que si ésta observa que dicho capital no se completa con el ahorro pensional del afiliado y con el bono pensional cuando este sea el caso, tendrá que acudir, para redondearlo, al seguro que hubiere contratado con la compañía aseguradora legalmente autorizada. Eso es lo que consta en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, como quiera que en ambos se establece que “la suma adicional” para integrar el capital:

“estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes”.

Si la suma requerida para completar el capital que ha de financiar el pago de la pensión presupone, para la administradora, la contratación de un seguro de invalidez y de sobrevivientes con un asegurador, entonces en el plano de la hipótesis cabe preguntar por lo que sucedería si por un motivo cualquiera la AFP se abstiene de contratar el seguro, o si contratado lo deja terminar, v.gr., por el no pago de la prima. En frente de semejante eventualidad —no desechable en la práctica, por cierto—, por descontado debe darse que la responsabilidad recae sin atenuantes en la administradora del fondo, responsabilidad que no puede menos de traducirse en que sea ella quien tenga que contribuir con sus propios recursos para enterar el capital faltante. De este modo, se aprecia cómo la administradora, independientemente de la observancia del mandato legal, si desea evitar una contingencia tan grave, cuenta con un motivo más que suficiente para pactar el seguro con una compañía legalmente autorizada⁶.

No se desconoce que la exigencia legal a la que se acaba de aludir podría llevar a pensar que la contratación del seguro de invalidez y de sobrevivientes por la administradora no se origina propiamente en la protección de un interés de la tomadora, sino en el acatamiento del requerimiento legal. Sin embargo, la exigencia, dándola por cierta en el tenor de las normas, viene a quedar enmarcada, o mejor, subsumida, dentro de otra que en el sistema instituido por la Ley 100 es mucho más tajante, como que concierne a una de las finalidades por las que ésta propende, a saber, que en la medida en que concurren los demás requisitos previstos para el caso, el titular del derecho a la pensión la reciba efectivamente, sin que la circunstancia de la insuficiencia del capital se

6 En el inc, 1º del artículo 2º del decreto 876 de 1994 se establece que “de conformidad con lo previsto en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993, el seguro de invalidez y sobrevivientes se sujeta, en relación con la terminación del contrato por no pago de la prima, al plazo previsto en el artículo 1152 del Código de Comercio...”.

pueda erigir en obstáculo insalvable, pues para sortearlo es que se le ha adscrito a la AFP la carga de contratar el seguro. La ley no ha colocado a la aseguradora como corresponsable del pago de la pensión, pues su papel se limita a cubrirle a la sociedad administradora el siniestro representado por la suma faltante del capital. La responsabilidad del pago de la pensión, ya se dijo, gravita sólo sobre la administradora del fondo.

Allí, entonces, en esa responsabilidad que tiene la sociedad administradora del fondo de pensiones de cumplirle al afiliado o a los beneficiarios con el pago de la pensión es donde reside el interés en los contratos de seguros previsionales⁷, interés que, como se ha dicho, no puede situarse en cabeza de los afiliados al sistema porque el de éstos tiende es al reconocimiento y pago de la pensión. Dicho en otros términos, a los afiliados al sistema el del déficit del capital es un problema que, a los efectos del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez o de sobrevivientes, no los afecta en razón de que la ley ha dejado su solución en manos de la sociedad administradora del fondo.

Se deriva de lo discurrido que, en lo atañadero a los seguros previsionales, la administradora del fondo de pensiones queda comprendida por la hipótesis del numeral 3 del artículo 1137 del C. de Co., acorde con el cual,

“Toda persona tiene interés asegurable:

“1. ... 2. ...

“3. En la (vida) de aquellas personas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta.

“...”.

Es claro, por lo visto, que la muerte o la incapacidad del beneficiario de la pensión puede causarle un perjuicio económico a la AFP, puesto que la no contratación del seguro o la terminación del contrato la expone a tener que valerse de sus propios recursos para ajustar el capital indispensable para financiar el pago de la pensión.

7 JORGE EDUARDO NARVÁEZ B., explica al respecto: “(...) el tomador de la póliza, por disposición de la ley, es la sociedad administradora del fondo de pensiones, en consecuencia, tiene un interés asegurable sobre la vida y la integridad física de sus afiliados y por ello, en caso de prescindir de su contratación, o en el evento que el amparo fuera terminado por la aseguradora por mora en el pago de la prima por parte de la AFP estaría en la obligación de responder con su propio patrimonio por el daño que esa burda negligencia o descuido ocasione (art. 1137, num. 3º, C. de Co.)...” (NARVÁEZ BONNET, JORGE EDUARDO, *Régimen pensional y seguros privados*, Bogotá, 2004, pág. 388).

3.3. El riesgo asegurable. El siniestro

En términos generales, el riesgo tiene una incontestable significación económica. Pero desde el punto de vista jurídico viene a ser un elemento del contrato de seguro. Al respecto dice GARRIGUES:

“... Si la prima es el precio del riesgo, el riesgo será elemento esencial de todo contrato de seguro; y es precisamente este elemento el que separa el contrato de seguro de todos los demás contratos bilaterales. En el seguro, la prestación de uno de los contratantes (el asegurador) depende de dos hechos: haber percibido la prima y haberse convertido el riesgo en siniestro...”

“El riesgo se refiere a un hecho cuya realización se teme por el tomador. Puede afectar a las cosas, como en el seguro contra daños o a las personas, como en el seguro sobre la vida, o en el de accidentes o de enfermedad...”⁸.

En los seguros previsionales, el riesgo asegurable está representado, para la AFP, por la muerte o la declaratoria de invalidez del afiliado sin que se hubiese reunido la totalidad del capital que haga falta para financiar el pago de la pensión. Se quiere decir, por tanto, que el riesgo es complejo puesto que el mismo no depende de un solo hecho (la declaratoria de invalidez o la muerte del afiliado), sino que debe estar en concurrencia con el de la insuficiencia del capital. Eso es lo que se desprende de las normas legales que establecen esta modalidad del contrato de seguro. De ahí que si el capital se completa antes de que se produzca el deceso o la declaratoria de invalidez del afiliado el riesgo desaparece, y al faltar este elemento esencial del contrato, éste ya no producirá efecto alguno, por lo menos en lo concerniente a ese afiliado, pues el contrato de seguro es colectivo.

Si, por su parte, el siniestro es “la realización del riesgo asegurado” con arreglo al art. 1072 del C. de Co., ¿qué es lo que la AFP, para darle cumplimiento al artículo 1077 del C. de Co., ha de demostrarle al asegurador? A este interrogante habría que responder que la prueba estaría constituida tanto por el hecho de la muerte del afiliado, o en su caso por el de su declaratoria de invalidez, como por el de la insuficiencia del capital requerido para el financiamiento de la pensión. Sin embargo, no se puede dejar de lado que de acuerdo con el artículo 3 del decreto 876 de 1994 la AFP dispone de un término de cinco días para reclamarle a la aseguradora el aporte adicional del seguro, término que se cuenta desde que quede en firme el dictamen de invalidez o se solicite el beneficio en caso de muerte, precepto que aun cuando tiene el aparente propósito de señalar un plazo para la reclamación, podría dar lugar a pensar que el siniestro lo constituye

8 GARRIGUES, ob. cit., págs. 113 y 114.

la firmeza del dictamen de invalidez o la solicitud del beneficio en caso de muerte⁹, punto que puede tener importancia para el cómputo de la prescripción, si es que concluye que estos seguros quedan sujetos a la regla del artículo 1081 del C. de Co. A ello, por consiguiente, se volverá más adelante.

3.4. La prima o precio del seguro

De acuerdo con el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se ha de destinar un 3% del “ingreso base de la cotización” para:

“...financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro de FOGAFIN y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

La obligada al pago de la prima es la AFP, la que, de conformidad con la norma precedentemente citada puede retirar del 3% del “ingreso base de la cotización” la suma indispensable para atenderlo, lo que implica que es de su competencia determinar cuánto habrá de destinar para sus gastos de administración, cuánto para la prima del reaseguro de FOGAFIN (que no es el reaseguro del que aquí se está examinando) y cuánto para el pago de la prima de los seguros previsionales.

Si no cumple con la obligación de pagar la prima en la oportunidad legal le sobrevienen dos consecuencias: la primera consiste en que el contrato se termina. Ciertamente, el artículo 2 del decreto 876 de 1994 dispone que los contratos de seguros establecidos en el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 (o sea, los llamados “previsionales”) quedan sujetos a la disposición del artículo 1152 del C. de Co. si la prima no es pagada dentro del plazo previsto en el mismo. ¿Era realmente necesaria la disposición inicialmente mencionada para entender que si la prima de los seguros previsionales no se paga dentro del término fijado en el artículo 1152 se produce la terminación del contrato? Si

9 Empero, la Superintendencia Bancaria en la resolución 530 de 1994, artículo 2°, numeral 8°, dice que el siniestro se entiende ocurrido “(...) al fallecimiento o al momento en que acaezca el hecho que origine la invalidez de un afiliado. No obstante, en este último caso, el asegurador sólo estará obligado al pago a la declaración en firme de la invalidez. —La entidad aseguradora deberá, en caso de declararse la invalidez o de producirse la muerte del afiliado, trasladar a la administradora el aporte adicional que corresponda, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a aquél en que la administradora presente la reclamación en debida forma—. La administradora en su condición de tomador, deberá informar a la aseguradora, dentro de los dos (2) días siguientes a la presentación de la solicitud de dictamen ante la junta regional, el capital necesario que financie el monto de las pensiones precisando el saldo que a la fecha hubiere en la cuenta de ahorro pensional y el bono pensional a que tenga derecho el afiliado, si es el caso”.

Es palmar cómo esta resolución se halla en contradicción con lo dispuesto por el decreto 876 de 1994, en su artículo 3°.

se está —como en realidad se está— ante un contrato de seguro, lo lógico es que, no existiendo norma legal que diga otra cosa, quede sometido a la regulación prevista en el estatuto mercantil para dicha figura, lo que comporta que ante una situación como la mencionada (el no pago de la prima dentro del término legal) se deben producir los efectos previstos en el artículo 1152 y no propiamente porque de tal modo lo establezca el citado artículo 2 del decreto 876, sino porque, aun faltando éste, no se percibe cómo podría llegarse a una conclusión diferente a la que desde antes había contemplado el legislador.

La segunda consecuencia la prevé el artículo 15 del decreto 1161 de 1994, pues en él se dice que las administradoras de los fondos de pensiones:

“deberán responder por todos los perjuicios que se puedan causar como consecuencia del retardo en el pago de las primas de seguros” (bastardilla fuera de texto).

Si, en términos generales, el concepto de perjuicio se halla correlacionado con el del derecho vulnerado, derecho que en este caso se concreta en el reconocimiento y pago de la pensión, para el que la deficiencia del capital no es un obstáculo insuperable como atrás se dijo, se debe colegir que los perjuicios a los que se refiere la norma citada no pueden ser distintos a la suma requerida para ajustar el capital que permita pagar la pensión.

En el mismo orden de ideas, esta norma pone de presente cómo el interés asegurable se halla radicado en cabeza de la sociedad administradora del fondo, ya que si como se acaba de ver el no pago oportuno de la prima produce la terminación (automática) del contrato de seguro, esta situación es idéntica en sus efectos a la que existiría si el seguro no hubiese sido contratado.

En lo que al asegurador respecta, él se hace dueño de la prima, pues ese es el precio que se paga por la garantía propia del seguro. Las normas del C. de Co. son muy claras al respecto.

3.5. La obligación condicional del asegurador

Sin incursionar, aquí tampoco, sobre el acierto de semejante fórmula legal¹⁰, lo que precisa denotar es que el objeto de la obligación del asegurador es la suma faltante para integrar el capital con que se financiará el pago de la pensión; también, que la misma le debe ser entregada a la sociedad administradora del fondo pues ella es la asegurada. Es la administradora, entonces, la legitimada para exigirle a la aseguradora el cumplimiento

10 Decir que la obligación del asegurador es condicional deja sin explicación el hecho de que si la condición llegara a fallar, o sea, si el siniestro no se realiza, el pago de la prima que hubiese efectuado el tomador o asegurado se quedaría sin causa.

de su obligación y, por supuesto, la llamada a darle cumplimiento oportuno a las exigencias (legales y administrativas) para que aquél se efectúe tempestivamente.

4. APLICABILIDAD O INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL CONTRATO DE SEGURO A LOS SEGUROS PREVISIONALES

Repasada entonces la función técnico-económica del seguro y visto que los elementos caracterizadores del contrato de seguro concurren sin ninguna alteración en los denominados seguros previsionales con arreglo a la enumeración que de tales elementos se verifica en el artículo 1045 del C. de Co., lo que sigue es averiguar si los contratos que tienen por objeto la mencionada clase de seguros quedan sujetos a la regulación prevista en el título V del libro cuarto del C. de Co., y, de ser así, si esa sujeción es irrestricta, o si por el contrario hay salvedades, en particular la atañedora a la aplicabilidad o inaplicabilidad del artículo 1081, concerniente a la prescripción de las acciones emanadas del contrato de seguro.

Los seguros previsionales fueron creados por la Ley 100 de 1993, conforme consta en sus artículos 70 y 77. En éstos se dice que las pensiones de invalidez y de sobrevivientes se financian con:

- a. la cuenta individual del ahorro pensional del afiliado;
- b. el bono pensional, si a éste hubiere lugar, y
- c. *con la suma adicional que sea necesaria para ajustar el capital destinado a financiar el monto de la pensión respectiva, suma que estará a cargo de la entidad aseguradora con la cual la administradora del fondo de pensiones haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.*

En el artículo 20 de la misma ley, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, se establece que debe destinarse un tres por ciento (3%) del “ingreso base de la cotización” para:

“...financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro de FOGAFIN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

Acorde con el artículo 60 del citado ordenamiento, el denominado “Régimen de ahorro individual con solidaridad”, tendrá, entre otras, la característica consistente en que una parte de los aportes de los afiliados y de los empleadores

“(...) se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen”.

En el artículo 108 del mismo estatuto se dice que los seguros previsionales deberán ser “colectivos” y “de participación”. Lo primero quiere decir que el amparo se extiende a la totalidad de los afiliados al fondo. Y lo segundo, de acuerdo con el artículo 1 del decreto 876 de 1994, implica que las aseguradoras legalmente autorizadas,

“(…) deberán distribuir una vez al año las utilidades generadas en los resultados de las pólizas de invalidez y sobrevivientes que contraten las sociedades administradoras, con sujeción a las disposiciones pertinentes”.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 135, también de la misma Ley 100 de 1993, quedan exentos del impuesto a la renta y complementarios los ingresos por concepto de primas destinadas al pago de los seguros de invalidez y de sobrevivientes.

Con apoyo en el anterior contexto normativo, contenido, como se sabe, en el estatuto básico del Sistema de Seguridad Social colombiano, se puede decir que los llamados seguros previsionales:

- Son seguros de creación legal, es decir, no son seguros que se originan en la exclusiva voluntad de las partes, voluntad que sin embargo, por lo que adelante se verá, sí desempeña algún papel en los mismos.
- El ser seguros de creación legal entraña para las AFP el deber de celebrar el correspondiente contrato con una compañía aseguradora que cuente con la autorización requerida para el caso. La infracción de este deber¹¹, que se traduce en la no contratación del seguro o en que se produzca su terminación por el no pago de la prima, le acarrea a la AFP dos consecuencias: la primera se da en frente del Estado, pues aquélla la haría pasible de una investigación a ser adelantada por la Superintendencia Financiera y de la condigna sanción administrativa. La segunda se produce en frente del afiliado, a quien le debe responder por los perjuicios que le sobrevengan de no estar completo el capital requerido para el financiamiento de la pensión.
- El deber legal de la AFP de contratar el seguro de invalidez y de sobrevivientes para sus afiliados no se extiende al asegurador, quien conserva su libertad de concurrir, o no, al perfeccionamiento del contrato. Aquí, pues, la voluntad de este último juega un papel decisivo pues como puede contratar, puede también abstenerse de hacerlo. Naturalmente, si contrata tendrá que sujetarse a las diferentes reglamentaciones que legal y administrativamente se han elaborado en torno a los seguros previsionales, reglamentaciones que, bueno es señalarlo, atañen al aspecto técnico del seguro, no a su ámbito contractual.
- En la etapa del perfeccionamiento del contrato, la voluntad de las partes sigue estando presente en otro aspecto no menos importante, como es el hecho de que ellas, de

11 Por ser un deber proveniente de un mandato legal, y no una obligación contraída en frente del afiliado la voluntad de este último no juega en él ningún papel. En tal virtud, el afiliado no se halla legitimado para exigirle a la AFP su cumplimiento.

acuerdo con las pautas técnicas y comerciales propias de la actividad aseguradora, proyectadas en este específico campo, acuerdan el monto de la prima que se debe pagar.

- En cambio, el objeto del contrato, que marca tanto el interés como el riesgo asegurable, sí viene predeterminado por la propia ley: el monto de la suma faltante para integrar el capital mediante el cual se ha de pagar el seguro de invalidez, o el de sobrevivientes, según sea el caso.

Puestas de presente las más descoltantes notas distintivas de los seguros previsionales, se puede afirmar que ninguna de ellas incide sobre la aplicabilidad de los preceptos que en el Código de Comercio disciplinan el contrato de seguro a los que con el referido objeto pacten las AFP con las compañías aseguradoras. Es más, dentro del ingente cúmulo de disposiciones modificatorias y reglamentarias que en torno a la Ley 100, de modo general, y a los seguros previsionales, en particular, se han emitido, no existe una sola que haya preceptuado que los seguros previsionales, en tanto que contratos, no se sujetan a las disposiciones que conforman el título V del libro cuarto del C. de Co. y a las que lo complementan o modifican, o a alguna de ellas en particular. Y como en materia de contrato de seguro no existen en el ordenamiento colombiano otras reglas legales de carácter general que de él se ocupen, a dichas disposiciones debe estarse.

Entonces, ¿de dónde surge la idea según la cual el artículo 1081 —que hace parte del aludido título V— no tiene vigencia en los contratos de seguros previsionales, y de que, en consecuencia, las acciones que de éstos dimanen son imprescriptibles?

Ocurre que en el inc. 1º del artículo 59 de la Ley 100 se dice que,

“(…) El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este título ...”.

Puesto que los seguros de invalidez y de sobrevivientes fueron diseñados por el legislador para este régimen, se ha argüido que las compañías aseguradoras que en ellos asuman los riesgos quedan involucradas dentro de dicho régimen. Esto se explica sobre la base de observar que el derecho a reclamar la pensión encaja dentro del derecho a la seguridad social dentro del cual se halla el antecitado régimen y que siendo tal derecho de naturaleza imprescriptible, a su vez, la acción que tiene la AFP para demandar el pago del capital faltante para el financiamiento de aquella, tampoco puede prescribir.

Como el de la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la pensión es un punto pacífico en el derecho colombiano, ya que cuenta con el aval de reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y, por sobre todo, de la Corte Constitucional, baste, para ilustrarlo, con la transcripción del siguiente aparte de la sentencia C-230 del 20 de mayo de 1998 (MP Dr. HERRERA VERGARA), proveniente de esta última corporación:

“(...)

“No obstante, no todo derecho de naturaleza laboral se extingue con el transcurso del tiempo. Como ocurre en el específico evento de las pensiones, tan pronto una persona reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento legal para obtener el mencionado “status” (*sic*) de pensionado, el derecho adquirido no puede ser desconocido, y se enmarca dentro de la categoría de los derechos que no prescriben en relación con su reconocimiento; de manera que, sólo el fallecimiento de la persona hace viable la terminación del mismo, salvo cuando haya lugar a la sustitución pensional establecida en la ley o en las normas convencionales sobre la materia, para los beneficiarios de dicho derecho.

“Para la Corte el derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones.

“Lo anterior, dada la naturaleza de la prestación económica y social de la cual se trata, según la cual, ‘...el derecho a pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su transgresión compromete la dignidad de su titular como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas’.

“Así las cosas, la pensión de jubilación, vejez e invalidez, entre otras, no admiten una prescripción extintiva del derecho en sí mismo como cualquier otra clase de derechos, lo cual no significa que se atente contra el principio de seguridad jurídica; por el contrario, constituye un pleno desarrollo de principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad, la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, para mantener unas condiciones de vida digna, así como el derecho irrenunciable a la seguridad social (CP, arts. 1, 46 y 48), determinando a su vez una realización efectiva del valor fundante que impone la vigencia de un orden económico y social justo, dentro de un Estado social de derecho; consideraciones que hacen inexecutable la disposición demandada, salvo para lo relacionado con la denominada “pensión gracia” de que tratan las disposiciones legales pertinentes, que se conceden por razones diferentes al tiempo de servicio, edad del trabajador o incapacidad para laborar”.

Necio sería negar que lo que, en cumplimiento del contrato de seguro, se recaude con ocasión de la demostración del siniestro por parte de la AFP, tiene una destinación exclusiva ya dispuesta por la propia ley: completar el capital para el pago de la pensión. ¿Esta circunstancia autorizaría para afirmar que la compañía aseguradora que actúa como cocontratante de la AFP queda vinculada al Sistema de Seguridad Social y, de contragolpe, sujeta a la imprescriptibilidad de las acciones que provengan de ese contrato de seguro?

Ante todo, que la compañía aseguradora conserve el derecho de contratar o de abstenerse de hacerlo es aspecto que, de por sí, le sustrae mucha fuerza al argumento a favor de la imprescriptibilidad. Desde luego, el punto sería más interesante si la compañía aseguradora también estuviese sujeta al deber legal de contratar —como sí lo está la AFP—, pero aun mirando las cosas desde esta perspectiva la cuestión continuaría siendo bastante discutible. Se podría objetar que el asegurador, al contratar, por su propia voluntad está decidiendo vincularse al sistema con las consecuencias que de allí advienen. En contra de esta objeción se halla el dato conforme al cual el consentimiento que presta el asegurador es para el perfeccionamiento del contrato de seguro. Que, subsecuentemente, ese consentimiento no tiene la virtualidad de ir más allá de lo que constituye el entorno propio del contrato de seguro, entorno demarcado por los elementos esenciales según la enumeración del artículo 1045 del C. de Co.; es en el ámbito de esos elementos que el contrato surge y también se agota.

La ley en ninguna parte ha dicho que el consentimiento del asegurador sea un consentimiento *sui generis*, distinto al que otorga en la celebración para otras clases de seguros. Expresándolo con otras palabras, la circunstancia hecha reside en que el asegurador asuma un determinado riesgo que, de no mediar el contrato, continuaría gravitando sobre el tomador o asegurado no comporta que aquél se haga partícipe de la actividad de éste. ¿Cuál la razón? Por fuera de muchas otras —entre las que se halla el principio del *res inter alios acta*—, la más evidente es la que estriba en la delimitación del riesgo, que en este caso viene ya preestablecida por el propio legislador: la insuficiencia del capital necesario para el pago de la pensión al momento de la declaratoria en firme de la invalidez del afiliado o de la muerte del mismo. Este es el compromiso que asume el asegurador, o sea, garantizarle a la AFP que ante la ocurrencia de esos hechos, le cubrirá el importe respectivo. Pero este compromiso, que es el propio de un contrato de seguro, no tiene, para el asegurador, un trasfondo jurídico que permita verla en un campo diferente al que representa su propia actividad.

La idea anterior se refuerza observando que el contrato de seguro es una técnica —al igual que todos los contratos, cada uno de ellos según sea su finalidad— acogida por el legislador que parte de una idea que no por evidente resulta ser menos categórica, a saber, la asunción del riesgo por parte del asegurador. Y el riesgo se presenta bajo los más diversos perfiles, acorde con el interés que tenga el asegurado; basta con mirar las disposiciones que en el Código de Comercio se ocupan de la cuestión para comprender lo que se afirma: hay seguros sobre las cosas, sobre el patrimonio, sobre la vida, seguros especializados.... Mas no por ello hasta ahora se le ha ocurrido a alguien el dislate de sostener que el asegurador se hace partícipe de la actividad del titular del interés por el hecho de asumir el riesgo; así, sería un absurdo decir que, por ejemplo, por causa del contrato de seguro de transporte que pacte un asegurador con una empresa del ramo, el primero, con base en la asunción del riesgo, queda vinculado con el transportador más allá del contrato de seguro y que, por ende, la prescripción de las acciones no se regirá por el artículo 1081 sino por los términos propios del contrato de transporte materia del seguro. Desde un ángulo rigurosamente lógico es lo mismo decir que los plazos prescriptivos son diferentes a los previstos en el artículo 1081 del C. de Co., que

sostener —como se propone en la tesis que se analiza— que la prescripción no opera pues en un caso y en el otro de lo que se trata es de proponer la inaplicabilidad del precepto acabado de citar.

En conclusión, la celebración del contrato de seguro entre la AFP y el asegurador destinado a cubrir los riesgos propios de los seguros previsionales no vincula al primero al Sistema de Seguridad Social. No es ésta, por tanto, la base sobre la cual se pueda levantar la teoría de la imprescriptibilidad de las acciones en el contrato sobre seguros previsionales, lo que no es óbice para que se examinen otros aspectos que sobre tal cuestión han sido aducidos; a ello se pasa seguidamente.

5. LA PRESCRIPCIÓN O IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES EN LOS CONTRATOS SOBRE SEGUROS PREVISIONALES

En torno a la prescripción y a la imprescriptibilidad de las acciones y de los derechos dice FERNANDO HINESTROSA¹²:

“Siendo la regla general la de la extinguibilidad de las acciones y de los derechos subjetivos por prescripción, parejamente en todos los ordenamientos siempre ha habido un sector reservado, inmune a los efectos consuntivos de la inercia del titular frente al paso del tiempo: el de ‘la relación jurídico-familiar que no esté enderezada al establecimiento hacia el futuro de un estado correspondiente a ella’, el de ‘los derechos indisponibles y los demás derechos indicados en la ley’, como prevé el artículo 2934 del Código Civil italiano; ‘en principio, los derechos extrapatrimoniales son imprescriptibles’. Por regla general, todo derecho y toda acción son susceptibles de extinguirse por medio de la prescripción. Sin embargo, no se debe perder de vista que, así sea en número reducido, hay derechos y pretensiones inmunes a la prescripción, es decir, que escapan al efecto nocivo del tiempo, o dicho sin más, que son imprescriptibles, por razones diferentes”¹³.

Más adelante, al ocuparse de la razón de ser de la prescripción, explica:

“¿A qué viene la prescripción extintiva? ¿Cuáles su razón de ser y su función? Interés público, orden público, ‘ajuste del derecho a la realidad’, son expresiones que en seguida se lanzan para respaldar en general a la figura de la prescripción, y concretamente la extintiva, a lo que se agrega su justificación muy antigua como modo de proveer al deudor de ‘una prueba del pago’. Como es evidente, desde cuando se llegó a la convicción de que la pretensión no podía permanecer indefinidamente sin ejercicio, porque de por medio estaba, no sólo el interés de la

12 HINESTROSA, FERNANDO, La prescripción extintiva, Universidad Externado de Colombia, 2000.

13 Ob. cit., pág. 35.

persona legitimada para recibirla de resolver la incógnita al final de un proceso, que no estaba a su alcance proponer, sino también un interés general o público de liquidar la pendencia, la idea de la perpetuidad de la pretensión y del derecho subyacente vino a menos, en obsequio del apremio de certeza y seguridad....

“La presencia de la prescripción extintiva es indispensable por exigencias del tráfico jurídico y en razón de la necesidad de certeza de las relaciones jurídicas, de claridad, de seguridad y paz jurídicas, de ‘orden y paz social’ ...

“El hecho es que dentro de la cultura jurídica la figura de la prescripción extintiva o liberatoria encuentra justificación plena por un sinnúmero de razones, sin que importe en qué orden se las presente, que ponen de manifiesto —en especial en el ámbito de las obligaciones— la transitoriedad de algunos derechos (los derechos a la colaboración ajena) y de las pretensiones, el apremio de definir las situaciones pendientes a la mayor brevedad posible, la carga que pesa sobre los distintos miembros sociales de hacer valer sus derechos con presteza, facilitar la prueba del pago y, en últimas, el anhelo de alcanzar certeza en las relaciones. En rigor, puede decirse que en razón de la inercia de ambas partes y, en últimas, del abandono del titular del derecho durante el término que sea, el ordenamiento se desentiende de la relación entre ellas, no le presta más apoyo a aquél y, en últimas, deja su suerte a la decisión del prescribiente”¹⁴.

Existen, pues, persuasibles razones que de manera general justifican la existencia de la prescripción. La imprescriptibilidad en cambio, por ser la excepción a la regla general, únicamente puede ser justificada caso por caso. En el supuesto del derecho a reclamar la pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, esas razones, básicamente, son las que ofrece la Corte Constitucional en la sentencia atrás citada y cuya reiteración no es inoportuna:

“Para la Corte el derecho a solicitar la pensión de jubilación es imprescriptible, con sujeción a los mandatos constitucionales consagrados en la Carta Política de 1991; basta con recordar el artículo 48 constitucional que garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social y el 53 que obliga al pago oportuno de las pensiones.

“Lo anterior, dada la naturaleza de la prestación económica y social de la cual se trata, según la cual, ‘...el derecho a pensión de jubilación o vejez, en los términos definidos por la ley, constituye un derecho de aplicación inmediata en aquellos eventos en los cuales está destinado a suplir el mínimo vital básico de las personas de la tercera edad. Lo anterior, no sólo por su estrecha relación con el derecho al trabajo, sino porque en tratándose de personas cuya edad hace incierta una virtual vinculación laboral, su transgresión compromete la dignidad de su titular como quiera que depende de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas’.

“(..).”.

14 Ibídem, pág. 35 y sigs.

Pero de allí hasta concluir que la imprescriptibilidad también se extiende hasta las propias acciones del contrato sobre los seguros previsionales, existe un largo camino sembrado de escollos no superables. Ciertamente:

- a. Nótese cómo la Corte habla del “derecho a solicitar la pensión”, derecho que se ejerce en frente de la persona o entidad legalmente obligada a su pago, la que en el caso de las pensiones en derredor de las cuales se tejen estos comentarios, no es otra que la AFP con la que se tenga la afiliación. Este es el derecho que no se extingue por el transcurso del tiempo. Distinto es el derecho que, surgido del respectivo contrato, tiene la AFP en frente del asegurador para que le pague el siniestro representado por la suma necesaria para integrar el capital que permitirá, a su vez, el pago de la pensión. Puesto que el origen de este derecho se halla en el contrato de seguro y éste es autónomo¹⁵, el destino que le corresponde a la suma que el asegurador le pague a la AFP es algo que se sitúa por fuera de su esfera, lo que conduce a observar que los rasgos distintivos del derecho a la pensión, en particular el de su imprescriptibilidad, no se trasvasan al contrato de seguro.

En contra de lo anterior se podría replicar que, de todas formas, esa suma tiene una destinación específica como es la que acaba de señalar, o sea, el pago de la pensión. Sin embargo, hay que recordar, en primer término, que esa aplicación le compete a la AFP y no al asegurador. Y en segundo lugar, que el riesgo es de la AFP, no del asegurador, quien al asumirlo y ante la realización de aquél o sea ante la presencia del siniestro, cumple con la obligación de entregarle a la primera el valor requerido; mas por razón de la autonomía del contrato lo que venga después no es de su incumbencia porque el contrato se habrá extinguido por cumplimiento de la obligación pactada.

Todavía cabría insistir, con fundamento en la definición de la Corte Constitucional¹⁶, en que siendo recursos parafiscales los aportes para las pensiones, la suma que pague

15 Dice GARRIGUES que “[l]a obligación del asegurador de soportar las consecuencias económicas del riesgo debe ser consecuencia de un pacto autónomo, es decir, distinto de todo otro negocio jurídico. Si se tratase de una obligación legal... o accesoria a otro contrato..., no habría seguro en sentido estricto” (Ob. cit. pág. 43). Entre las características que el artículo 1036 del C. de Co. le adscribe al contrato de seguro no se halla la de la autonomía, pero tal cosa no significa que ésta se encuentre ausente y que, por tanto, en el ordenamiento colombiano el de seguro sea un contrato accesorio o dependiente, pues la sola circunstancia, anotada por GARRIGUES, de que si se estuviera en frente de un contrato accesorio o dependiente, el mismo no sería un contrato de seguro en sentido estricto, es consideración más que suficiente para realzar la presencia de la referida característica.

16 Sentencia C-711 del 05 de julio de 2001. Las palabras exactas de la Corte en esta sentencia fueron las siguientes: “(...) los aportes a salud y pensiones son de naturaleza parafiscal”.

el asegurador a la AFP también le corresponde esa calidad, calidad que implica su catalogación como un bien público, lo que ubica a la acción contra el asegurador en el camino de la imprescriptibilidad. Empero, aquí, asimismo, se incurre en una confusión semejante a la anterior; en efecto, una cosa es el recurso parafiscal en sí y otra diferente la obligación de contribuir al mismo: no es ésta la que constituye el recurso sino el fruto de su cumplimiento; del mismo modo como, por ejemplo, existe la obligación de los empleadores de contribuir al SENA y al ICBF, sin que nadie se haya atrevido a sostener que esa obligación, en cuanto encarna una facultad de exigencia del acreedor en frente del deudor, es un recurso parafiscal, la obligación del asegurador para con la AFP tampoco puede ser vista bajo ese ropaje. Cuestión diferente es que realizado el pago, la suma representativa de éste pase a ser reputado como un recurso parafiscal. Amen de que cuando el asegurador atiende al pago del siniestro no está acatando una disposición legal, sino dándole cumplimiento a una obligación contractual.

Cierto, en fin, que la Corte Constitucional en la sentencia citada recuerda que de conformidad con el artículo 53 de la CP, existe el derecho al pago oportuno de las pensiones. Pero una cosa es el deber (como contrapartida del derecho en mención) de pagar la pensión (en este caso, de invalidez o de sobrevivientes), que tiene como sujeto pasivo a la AFP, y otra diferente la obligación de cubrir el monto del siniestro (el capital faltante), de la que el asegurador resulta deudor. La AFP no puede abstenerse de pagar la pensión argumentando que el asegurador, por su parte, no le ha cancelado el valor faltante del capital con el que aquélla será atendida, en virtud de que es la propia AFP la llamada por la ley a cumplir con el anotado deber, sin que en ese punto tenga incidencia lo concerniente a sus relaciones con el asegurador, a quien la ley no ha catalogado como responsable del pago de la pensión junto con la AFP, y mal lo podría haber hecho en la medida en que, por definición de ella misma, el objeto social del asegurador no es otro que el de la explotación de la actividad aseguradora en sus diferentes ramos.

- b) Otras razones militan en contra de la imprescriptibilidad de la acción en materia de los seguros previsionales. La más evidente radica en que no existe una norma, contenida en la Ley 100 o en las disposiciones que la reforman o reglamentan, que de ese modo lo determine, o que, por lo menos, permita siquiera columbrar la presencia de tan extraña idea. Por el contrario y sin perjuicio de otros aspectos que más adelante se tocarán, viene al caso reproducir el artículo 35 del decreto 656 de 1994¹⁷, cuyo tenor es como sigue:

“Las sociedades administradoras de fondos de pensiones se regirán por las disposiciones especiales de la Ley 100 de 1993 y el presente decreto y, en lo no previsto en ellos y en su orden, por las normas aplicables a las sociedades de servicios financieros y a las instituciones financieras.

17 “Por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones”.

“En lo no regulado por estas normas serán aplicables las disposiciones del Código de Comercio o la legislación cooperativa que corresponda” (bastardilla fuera de texto).

Una de las actividades que deben desarrollar esas sociedades es la tiene por objeto la celebración de los contratos de seguros previsionales, con arreglo a los mandatos legales antes citados. Entonces, por aplicación del precepto anterior, en su último inciso, puesto que se está en frente de un punto no regulado por las normas a las que se refiere dicho artículo, se debe atender a lo dispuesto en el Código de Comercio, en particular a los artículos 1036 y siguientes y, desde luego, al artículo 1081.

En consecuencia, inferir la imprescriptibilidad de la acción por vía de interpretación extensiva, cuando se trata de una materia que ya de por sí es excepcional —la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la pensión— peca contra elementales pautas de interpretación jurídica pues si la imprescriptibilidad es una excepción a la regla general de la prescripción de las acciones, la misma no puede ser llevada más allá de los precisos límites propios de los casos concretos en los que el ordenamiento la admite. Por fuera de que pugna con lo que se desprende del citado artículo 35 del decreto 656.

- c) Por otro lado, si se repasa el derecho comparado se encuentra, dentro de las legislaciones más representativas, que todas ellas, al igual que la colombiana, se ocupan, de manera particular, de la prescripción en el contrato de seguro¹⁸, y que además le señalan plazos manifiestamente breves. Entonces, cuando la tendencia generalizada apunta no sólo hacia una reglamentación precisa y propia de la prescripción en el contrato de

18 En nota de pié de página, GARRIGUES dice al respecto que en “(...) el Código de Comercio italiano de 1882, cuyo artículo 924 establecía el plazo de un año para la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro en general. La brevedad del plazo se fundaba en la finalidad propia del seguro, que tiende a la rápida reparación de un daño e impulsa al asegurado a reclamar el pago antes de que se desvanezcan las pruebas del siniestro, y al asegurador a reclamar las primas que han de formar el fondo necesario para atender a la reparación del siniestro... Las leyes modernas han seguido el ejemplo de C. de C. italiano, estableciendo plazos breves de prescripción en materia de seguros. Así, la ley alemana en su artículo 12 declara que las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben en dos años y en cinco años las derivadas del seguro sobre la vida; la ley suiza en su artículo 46 establece que los créditos que derivan de un contrato de seguro prescriben en dos años a contar desde del que nace la obligación; la ley francesa, en su artículo 25, somete a la prescripción de dos años todas las acciones derivadas de un contrato de seguro; el Código Civil italiano de 1942, en su artículo 2.952 establece que el derecho al pago de los plazos de prima prescriben en un año a partir de cada vencimiento, y que los demás derechos derivados del contrato de seguro prescriben en un año; ... ; y finalmente, la ley argentina de 1967 declara que las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible...” (GARRIGUES, J., ob. cit. pág. 116). En cuanto a la ley española, estableció que las acciones derivadas del contrato de seguros prescribirán en dos años si se trata de seguros de daños, y de cinco si el seguro es de personas.

seguro, sino también hacia el acortamiento de los términos, la idea de la imprescriptibilidad, aun aplicada sólo a una especie particular del anotado contrato, resulta no sólo exótica sino inconveniente. Lo primero porque va a contrapelo del rumbo seguido por el derecho comparado; lo segundo, porque si la reducida duración del término de prescripción busca que las partes, por el provecho de ambas, ejerzan con prontitud los derechos que les corresponda conforme al contrato, el tener como inextinguible ese derecho vendría a fomentar la negligencia de la AFP en una materia en la que la diligencia y la celeridad deben estar al orden del día, por una parte, y por la otra, sujeta al asegurador a que la AFP, liberada de las restricciones temporales, le reclame *ad libitum* en el transcurso indefinido del tiempo el pago del siniestro, con las consecuencias que de allí advendrían para éste, quien se vería obligado a mantener unas reservas técnicas también de manera indefinida, circunstancia que terminaría por repercutir negativamente sobre el seguro mismo, cuyo costo se haría cada vez más gravoso. Sin descontar que se dificultaría enormemente —por no decir que se imposibilitaría— la contratación del respectivo reaseguro; bien difícil sería encontrar reasegurador que, por su lado, tuviese interés en asumir un riesgo signado por la imprescriptibilidad.

En oposición a lo inmediatamente afirmado se podría decir que de ese modo (el de la imprescriptibilidad de la acción) deben ser las cosas puesto que, por su lado, la AFP enfrenta una situación similar respecto del pago de la pensión. Mas dos consideraciones surgen para desechar tal razón. En primer término, es distinta la naturaleza de los derechos: una es la del derecho a la pensión que —acorde con el perfil que le ha trazado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de la Corte Suprema— por el entronque que él tiene con los derechos fundamentales y por su encuadramiento dentro del derecho social, justifica que se le repute como imprescriptible, aunque con la salvedad de las mesadas ya causadas que se pueden extinguir por causa de la prescripción trienal¹⁹. Y otra es la derecho al pago del siniestro que tiene la AFP; este es un derecho de un inobjetable origen contractual, que, en cuanto tal —y hasta tanto la ley no disponga otra cosa— permanece ligado a las normas reguladoras del contrato, entre las que cabalmente se halla la de la prescripción de las acciones emanadas del mismo o de las disposiciones legales que le atañen²⁰.

-
- 19 Lo que comporta que ni siquiera aquí la imprescriptibilidad es absoluta. Por fuera de aquí puede surgir una situación paradójica consistente en que mientras que la AFP se halla legitimada para proponer la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con una antelación superior a los tres años (término legal de prescripción), el asegurador, en cambio, estaría imposibilitado para alegar la prescripción propia del contrato de seguro en frente de la AFP. Es más, la situación quedaría por entero en manos de la AFP, pues como ésta puede proponer la excepción trienal, puede igualmente abstenerse de hacerlo, lo que vendría a incidir sobre el monto del capital faltante, vale decir, del siniestro.
- 20 Ver el punto de otra manera equivale, como ya se anotó, a hacer depender el contrato de seguro del derecho a la pensión, lo que, sin razón plausible, atenta contra la autonomía del contrato, creando una excepción injustificada en frente de las demás modalidades del seguro (que siempre tendría que aparecer como accesorio).

En segundo lugar, la AFP es, como su nombre lo indica, una administradora, vale decir, un mandatario a quien legalmente se le ha encomendado el manejo de los fondos propios de la seguridad social; esos dineros, pues, no son suyos y de ellos tiene que rendir cuentas a los afiliados. El asegurador, en cambio, no sólo hace suyas la prima en los términos del artículo 1070 del C. de Co., sino que, al asumir los riesgos propios de los seguros previsionales ofrece un amparo que le puede significar, en un momento dado, una erogación que, de todas formas, será superior a lo que hubiese recibido por concepto de la prima. Como se aprecia, se está ante situaciones que no son iguales y que, por lo mismo, merecen un tratamiento también desigual, del que lo concerniente a la prescripción no es aspecto que deba quedar excluido.

- d) Por último, pero no por ello menos importante, puesto que la imprescriptibilidad, por las razones que sean del caso en las diferentes hipótesis en que ella tiene cabida, presupone que el derecho dotado de tal característica es inmune a la inactividad de su titular²¹, de la mayor pertinencia es traer a cuento una serie de normas que, contenidas en el decreto 656 de 1994, directa o indirectamente, exigen de la AFP un cierto comportamiento en relación con los aportes para las pensiones que ella se encarga de administrar.

En efecto, el artículo 4 del citado decreto 656 de 1994 señala claramente:

“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter previsional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto (sic), serán responsables de los perjuicios que por su culpa se puedan ocasionar a los afiliados”. (Bastardilla fuera de texto).

El literal h) del artículo 14 del mismo decreto tiene como una de las obligaciones de las sociedades administradoras de fondo de pensiones la de “(a)adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones retrasadas”.

Más adelante, en el artículo 17 ib. se dice:

“Las sociedades administradoras deberán obtener y mantener actualizada toda la información previsional de los afiliados, de tal forma que estén en capacidad de determinar con precisión el momento en el cual cada uno de ellos cumple los requisitos para acceder a una pensión de vejez”.

Después, en el inc. 1º del artículo 20 siguiente se determina:

“Corresponde a las sociedades que administren fondos de pensiones adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad”.

21 V. BRECCIA, U., BIGLIASI GERI, L., NATOLI, U. y BUSNELLI, F., *Derecho civil*, trad. de F. HINESTROSA, Bogotá, U. Externado de Colombia, 1992, t. I, vol. I, pág. 497 y sigs.

Luego, en el artículo 21 se dispone:

“Las administradoras que incumplan el plazo establecido para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión deberán pagar, con cargo a la respectiva cuenta individual de ahorro, una pensión provisional en favor del afiliado, calculada tomando en consideración los mismos criterios establecidos para la determinación de la mesada pensional a través de retiros programados...

“Del mismo modo, cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos.

“En general, corresponderá a las administradoras asumir pensiones provisionales con cargo a sus propios recursos en todos aquellos casos en los cuales el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones por parte de la administradora”.

Y, en fin, en el artículo 23 se manda:

“Las entidades que administren fondos de pensiones deberán contar con los mecanismos que les permitan determinar en forma permanente la mora o incumplimiento por parte de los empleadores en el pago oportuno de las cotizaciones, de tal forma que puedan adelantar oportunamente las acciones de cobro de las sumas pertinentes”.

Aun cuando se dijera que la AFP no es un mandatario de los afiliados al fondo, pues que sus obligaciones en relación con éstos no provienen de un contrato de mandato sino de la ley, la verdad es que la naturaleza de esas obligaciones si ofrece el perfil propio de las que le competen a un mandatario, característica que se aprecia al primer golpe de vista en las normas acabadas de reproducir.

Pues bien, las susodichas obligaciones tienen un común denominador, de igual manera observable en las que corresponden a un mandatario, a saber, que son expresivas de un “*deber general de diligencia y cuidado*”²². Ese deber, aquí, tiene trazado un derrotero muy preciso que le señala a la AFP un nivel de exigencia sólo comparable con el desempeño de un buen profesional del ramo en su labor de administrar el fondo de pensiones. El cumplimiento de ese deber, entonces, le representa tomar todas aquellas medidas que en un momento dado le permitan el pago de la pensión con la prontitud del caso, sin que el crecido número de afiliados o circunstancias aledañas sean excusa

22 STITCHKIN B., DAVID, *El mandato civil*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1989, pág. 342.

atendible para dilatar o postergar ese pago²³, pues, se repite, está de por medio su condición profesional y el especial compromiso en frente de quienes se han afiliado al fondo.

Dos consecuencias se derivan de todo lo anterior. Una, que si la AFP ha desplegado la diligencia que un buen profesional del ramo está llamado a desplegar, no existe razón para que la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la pensión se le aparezca como un escollo insuperable; al fin y al cabo, si mantiene la información de su afiliados al orden del día, una solicitud de pensión sin límite de tiempo no tiene porqué afectarla. Es más, ha de partir de que de esa manera opera el sistema; por lo mismo, no puede pretender trasladar a otro, o sea al asegurador, las repercusiones de su incuria²⁴. Y otra, que el sometimiento a los plazos de prescripción previstos en el artículo 1081 del C. de Co. no debe ofrecerle ningún tropiezo —como no se lo ofrece a nadie que sea medianamente atento y cuidadoso en el manejo de sus asuntos—, desde que haya cumplido de manera regular con la administración de la que se ha hecho cargo.

6. PUNTO DE PARTIDA DE LA PRESCRIPCIÓN EN LOS SEGUROS PREVISIONALES

Esclarecido que el contrato de seguro cuando recaiga en los denominados seguros previsionales no se ve influido por la imprescriptibilidad del derecho a reclamar la pensión de invalidez o de sobrevivientes y que queda sujeto a la regla del artículo 1081 del C. de Co., lo que sigue es determinar el momento a partir del cual los plazos allí previstos empiezan a correr en lo tocante con la acción de la AFP en contra del asegurador para el pago de la suma faltante para completar el capital con el que habrá de financiarse el pago de la pensión; sin que para este propósito sea indispensable incursionar en las distintas tesis que se han propuesto para la interpretación del aludido precepto pues aquí el punto no ofrece dificultad.

Téngase presente, por una parte, que si el siniestro es la realización del riesgo asegurado (art. 1072 C. de Co.), en el seguro de invalidez estaría constituido por la firmeza del dictamen de invalidez sin que todavía se hubiese completado el capital que servirá para pagar la pensión, y en el de sobrevivientes lo representaría el deceso del afiliado antes de la totalización de ese capital. Por la otra, que la llamada prescripción “ordinaria” empieza a correr:

“desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”,

23 Véase, Corte Constitucional, sentencia T-971 del 23 de septiembre de 2005, MP Dr. CORDOBA TRIVIÑO.

24 Véase, sentencia anterior.

mientras que la conocida como prescripción “extraordinaria” se inicia “desde el momento en que nace el respectivo derecho”.

Para hallar en este caso esos puntos de partida es pertinente recordar que en el artículo 3º del decreto 876 de 1994 se le confiere un plazo de cinco días a la AFP para reclamar el aporte adicional del asegurador, plazo que se cuenta desde que quede en firme el dictamen de invalidez o se solicite el beneficio en caso de muerte.

Siguiendo esa pauta, en lo que tiene que ver con el seguro de invalidez, entonces, la prescripción ordinaria se debe empezar a contar desde el momento en el que la AFP haya conocido que el dictamen sobre la invalidez del afiliado ha quedado en firme y que para ese momento el capital no se hallaba completo, pues es en la concurrencia de estos factores donde reside el hecho que da base a la acción. Y en cuanto al seguro de sobrevivientes, el término de prescripción ordinaria se inicia cuando la AFP conozca el fallecimiento del afiliado y que en ese momento no se contaba con la suma suficiente para el pago de la pensión.

Mas como el artículo 1081 habla no sólo del conocimiento que se haya tenido, sino también *del que se ha debido tener*, es de la mayor pertinencia detener la atención en lo que para el asunto materia de análisis implica tal aspecto de la regla legal. El *deber de conocimiento*, o *conocimiento presunto*, como lo denomina la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha de recaer, obviamente, sobre “el hecho que da base a la acción”, hecho que en este caso consiste o en la firmeza de la declaración de invalidez del afiliado o en el fallecimiento del mismo, cualquiera de las dos cosas en un momento en que el capital para el pago de la pensión todavía no se encuentra completo. Si bien en otros eventos el conocimiento presunto podrá depender enteramente de circunstancias factuales propias del caso, e, incluso, concluirse que no hay lugar a su consideración, en el supuesto de los seguros previsionales sí encuentra una cabida plena en razón del *deber de diligencia* que pesa sobre la AFP, de conformidad con las normas que atrás se reprodujeron. En verdad, a la AFP no le es dable exculpar su conocimiento tardío del hecho que da base a la acción bajo argumentos como que el que, por ejemplo, consistiría en que crecido número de afiliados, con las dificultades de diversa índole que de allí advienen, le limitan o reducen la posibilidad de percatarse de las novedades de una manera pronta, pues si bien es cierto que la AFP es administradora de los aportes de todos los afiliados al respectivo fondo, también lo es —y en mucho mayor grado— que es administradora de los aportes de *cada uno* de los afiliados, y que, en tal virtud, es a *cada uno* a quien le debe responder por el manejo de sus aportes, pues el vínculo jurídico no lo establece la ley entre la AFP y el conjunto de afiliados sino entre aquella y éstos individualmente considerados. Sabido es que la AFP se encuentra obligada, en su calidad de administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna los servicios inherentes a la referida condición²⁵.

25 Artículo 4, decreto 656 de 1994.

Que una de sus obligaciones es de adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones retrasadas²⁶. Y que otra, quizá la más importante para el punto que se examina, es la de obtener y mantener actualizada toda la información previsional de los afiliados, de manera que esté en capacidad de determinar con precisión el momento en el cual cada uno de ellos cumple los requisitos para acceder a una pensión de vejez²⁷; aun cuando el precepto sólo se refiera a la pensión de vejez, otro tanto se puede y se debe predicar de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes. Por tanto, si de este modo son las cosas, es palmario que el conocimiento presunto del hecho que da base a la acción cuenta en los seguros previsionales con un sustento legal que no sólo no permite discusión de ninguna especie en torno a situaciones fácticas que podrían ser atendibles en otra clase de seguros en relación con su consideración o desestimación, sino que, como corolario, le sustrae a la imprescriptibilidad de la acción de la AFP en frente del asegurador las razones o motivos que desde tal ángulo de la cuestión puedan ser aducidas para justificarla. En fin, dentro de qué lapso de tiempo deba tenerse como configurado ese conocimiento presunto es punto en el que las circunstancias fácticas tienen una relevancia apenas relativa pues deben ser pasadas por el tamiz de las obligaciones legales de las que antes se ha hecho mérito, lo que para el juzgador representa que debe mirarlas con el rigor del caso pues de por medio se halla la contabilización del término de prescripción.

La prescripción extraordinaria, que es de carácter objetivo, es decir, que toma en consideración exclusivamente el momento del nacimiento del derecho sin que en ello juegue ya ningún papel el conocimiento que se haya tenido o debido tener del hecho respectivo, tiene consiguientemente como punto de partida a la firmeza del dictamen de invalidez en el seguro de la misma denominación si para cuando tal acaezca concurra también la deficiencia del capital. Y en el seguro de sobrevivientes, es el fallecimiento del afiliado más la carencia del capital necesario para cubrir el importe de la pensión.

¿Puede esa prescripción verse interrumpida porque el asegurador reconozca el auxilio funerario? Debe observarse, ante todo, que se trata de coberturas diferentes lo que, a su vez, genera acciones distintas: una, destinada a pagar el importe del auxilio funerario, y otra, cuyo objeto es el capital faltante para el pago de la pensión. Como el artículo 1081 habla de la prescripción de “las acciones” provenientes del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, acá se estará entonces ante dos acciones cuyos términos de prescripción correrán por separado; por lo mismo, la interrupción operada en una de ellas, no incide en el término de prescripción de la otra, el que, por consiguiente, continuará corriendo.

26 Artículo 14, literal h), decreto 656 de 1994.

27 Artículo 27, decreto 656 de 1994.

7. CONCEPTO DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

En el mes de diciembre de 2005 la Superintendencia Financiera emitió un concepto en el que concluye:

“Definida la naturaleza jurídica especial que revisten los seguros previsionales, cuyas características los hace diferentes del seguro tradicional (sic), en criterio de esta Dirección a los mismos no les resultan aplicables en su integridad las normas del derecho privado contenidas en el Código de Comercio que regulan los seguros privados; es el caso de la prescripción de acciones contenida en su artículo 1081, *cuya aplicación haría nugatorio el derecho a la pensión que es de carácter imprescriptible* y quebrantaría el mecanismo para el pago de pensiones que el Estado garantiza a través de la regulación examinada, en cumplimiento de los mandatos de orden constitucional antes citados” (bastardilla fuera de texto).

Para deducir semejante conclusión la Superintendencia toma en cuenta, por una parte, el que tiene como “[m]arco normativo aplicable a los seguros previsionales”, marco normativo que, en su sentir, lo integran los artículos 59, 70, 77, 60 literal b), 20, 108 y 135 de la Ley 100 de 1993; los decretos 876 y 1161 de 1994 y el decreto 449 de 2003. Y de la otra, la que señala como “[n]aturaleza jurídica especial de los seguros previsionales”.

En relación con esta última la Superintendencia parte de observar que,

“[d]el contexto de las normas enunciadas se infiere que la prestación a cargo de las aseguradoras en el Régimen de ahorro individual con solidaridad, constituye un componente de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, en la medida en que se concreta al pago de la suma adicional requerida para completar el capital que financie el monto de la pensión, recibiendo como contraprestación, una prima proveniente del ingreso base de cotización de los afiliados al sistema...”.

Agrega seguidamente que el legislador:

“facultó a las aseguradoras para explotar el ramo de seguros previsionales, incorporándolas al Sistema General de Pensiones y, en consecuencia, objeto de aplicación de los beneficios tributarios previstos para el mismo”.

Más adelante afirma que si

“(...) la suma adicional a cargo de la aseguradora constituye un componente necesario para financiar la pensión, debe subrayarse que la naturaleza no extintiva del derecho a su reconocimiento, se contrapone a la aplicación de un fenómeno como la prescripción de acciones del contrato de seguro...”.

Que, continúa argumentando un poco después,

“(...) esa contraposición entre la naturaleza inextinguible del derecho a la pensión y la institución de la prescripción de acciones del contrato comercial (*sic*) de seguro, jurídicamente debe resolverse dándole prevalencia al derecho de superior jerarquía, que en este caso es el derecho al reconocimiento y pago de la pensión como expresión directa del derecho constitucional a la seguridad social”.

De ello, entonces, la conclusión inicialmente reproducida.

Buena parte de lo que le sirve de sustento a la conclusión de la Superintendencia ha sido materia de examen a lo largo de este documento. Empero, a riesgo de caer en reiteración, precisa volver sobre algunos aspectos, dada la trascendencia que le es atribuible a un concepto de una entidad como la Superintendencia Financiera.

Ante todo, de un marco normativo como el que la Superintendencia le traza a los seguros previsionales no es posible derivar que la acción de la AFP en contra del asegurador para el pago del capital indispensable para el financiamiento del pago de la pensión de invalidez o de sobrevivientes es imprescriptible. Que la Ley 100 de 1993, en los términos ya conocidos, haya creado los seguros previsionales no significa, *per se*, que se haya modificado la estructura caracterizadora del contrato de seguro. Es claro que la Ley 100 no introdujo ninguna variación a dicha estructura; por el contrario, tanto ella como los decretos reglamentarios dan por descontada la vigencia del estatuto legal que se ocupa de la anotada figura contractual, sin introducirle ninguna salvedad de manera expresa o tácita.

Que los seguros previsionales tengan como destino el financiamiento del pago de la pensión nada dice en pro de la imprescriptibilidad, pues todos los seguros tienen una cierta y determinada finalidad, finalidad que le brinda su razón de ser al interés como elemento esencial del contrato de seguro y para que el contrato de seguro produzca los efectos que por ley está llamado a generar, es suficiente con la existencia de ese interés no sólo al momento de su perfeccionamiento sino también durante toda la vida del mismo²⁸. Mas lo que ese interés intrínsecamente represente o signifique para su titular, ni afecta ni tiene por qué afectar al asegurador, quien se debe limitar a constatar su existencia, su licitud y su estimación en dinero. Ver las cosas de otra manera es, como ya se anotó, desconocer la autonomía del contrato de seguro, y por consiguiente, colocarlo como accesorio o dependiente de la relación que para el asegurado pueda existir tras el interés asegurable.

Por otro lado, que al asegurador se le hayan otorgado algunas ventajas de índole tributaria por razón de la contratación de esta clase de seguros, es aspecto que por

28 De ahí que si en el curso del contrato el interés desaparece, el contrato se extingue o cesa. Es lo que reza el artículo 1086 del C. de Co., que si bien aparece formulado dentro del capítulo correspondiente a los seguros de daños, debe considerarse aplicable a los supuestos de los ordinales 2 y 3 del artículo 1137 ib.

concernir al seguro en tanto que actividad económica, no puede servir de base para justificar la imprescriptibilidad de la acción, tema este que es exclusivo del campo contractual. Sin descontar que se está ante un beneficio (que, por lo demás no es nuevo como que también existe en general para los seguros sobre la vida) con el que se busca estimular a las compañías aseguradoras para que mediante los contratos de rigor otorguen los amparos requeridos en los seguros previsionales. Sería entonces una incongruencia mayor el pensar que lo que el legislador ha concebido como un aliciente para el asegurador, el intérprete venga a convertirlo en causa de un menoscabo.

Igualmente, que la prima provenga del ingreso base de la cotización de los afiliados, tampoco puede conducir a la tesis según la cual los seguros previsionales ostentan una naturaleza especial que hace imprescriptible la acción de la AFP en contra del asegurador porque, por fuera de que es la AFP la que decide que porción del porcentaje que la ley le autoriza deducir de ese ingreso es la que aplicará al pago de la prima, ese argumento desconoce que para el perfeccionamiento del contrato de seguro es indispensable que se fije una prima, siendo la AFP la que ante el asegurador queda obligada a su pago. Que el origen de esa prima se encuentre en los aportes del afiliado es materia atañedora a las relaciones entre éste y la AFP, tanto que como se ha visto, si la AFP deja caducar el contrato por el no pago de la prima debe responderle al afiliado por los perjuicios que le irroge esa omisión. Correlativamente, el origen que la prima posea para el tomador del seguro no vincula al asegurador ni, desde luego, tiene por qué cualificar su obligación. Ampliando un poco más la visión del punto que se analiza y suponiendo, en consecuencia, que la relación del seguro se da es entre el afiliado y el asegurador, si el origen de la prima tuviera alguna influencia sobre la obligación que tiene el asegurador de pagar el siniestro y sobre las características que a la misma le son consubstanciales, entonces se quedaría sin explicación el hecho de que no obstante el vencimiento del término del contrato sin que el riesgo llegare a ocurrir, el asegurador hace suyo el precio del seguro, porque si alguien destina una parte de sus ingresos para que el asegurador lo proteja de las consecuencias de un determinado hecho y éste no se realiza, aquél entonces podría alegar que su pago careció de causa.

Asimismo, que el legislador hubiese

“facultado a las aseguradoras para explotar el ramo de seguros previsionales”

no acarrea que por la circunstancia de la celebración del respectivo contrato, ellas queden incorporadas al Sistema General de Pensiones porque el consentimiento que presta el asegurador en el momento de su perfeccionamiento no es jurídicamente eficaz para que se produzca la incorporación de la que habla la Superintendencia. No lo es porque no se percibe cómo ese consentimiento pueda tener una distinta naturaleza a la del consentimiento otorgado para otras clases de seguros²⁹. Por una parte. Y por la otra, si

29 La tesis de la Superintendencia equivale a sostener que la naturaleza del contrato de seguro no la determina la clase de riesgo que asume el asegurador (de daños, de

por mandato legal la actividad de las empresas aseguradoras queda enmarcada precisamente en la celebración del contrato de seguro no es posible que esta celebración —sin que una norma lo diga de manera expresa— conduzca al asegurador a su integración en una actividad diferente a la que por ley le compete; y si, hipotéticamente, ésta de tal manera lo alcanzara a decir, entonces la naturaleza del contrato de seguro quedaría desvirtuada porque el asegurador estaría yendo más allá de lo que le representa la asunción del riesgo.

No es cierto que la Corte Constitucional hubiese dicho en su sentencia C-711 del 05 de julio de 2001 que,

“(...) los ingresos percibidos por quienes administran el sistema (de Seguridad Social Integral) y participan en éste, tienen la connotación de ingresos parafiscales con destinación específica”.

Como atrás se denotó, la Corte, con exactitud, aludió fue a los “aportes”. Por lo demás, el asegurador ni administra ni participa del Sistema de Seguridad Social; en este orden de ideas, es un craso error sugerir que las primas que recibe el asegurador tienen la condición de recursos parafiscales.

Pretende la Superintendencia establecer un contrapunto entre:

“(...) la naturaleza inextinguible del derecho a la pensión y la institución de la prescripción de acciones del contrato comercial de seguro...”,

para derivar de allí que las normas de éste sobre la prescripción no rigen para los seguros previsionales. Empero, desconoce la entidad que si bien el contrato de seguro es de índole comercial para el asegurador, los intereses que protege, en cambio, no son siempre de igual naturaleza. En este sentido ¿habrá un derecho más sagrado y, por ende, con menos connotación comercial, que el derecho a la vida? (v. art. 11 CP). Sin embargo, a partir del artículo 1137 del C. de Co. se encuentra la regulación del contrato de seguro de personas y, específicamente, sobre la vida, sin que las especialísimas características de tal derecho hayan conducido a alguien a pensar que las acciones pertinentes para hacerlo efectivo son imprescriptibles. Pero, por sobre todo, desconoce la Superintendencia lo que la Corte Constitucional expresara en su sentencia T-971 del 23 de septiembre de 2005.

En la sentencia referida la Corte, por fuera de otras reflexiones cuya cita acá haría extenso en demasía este documento, traza unos límites muy precisos entre el derecho a reclamar la pensión y el ejercicio de las acciones derivadas del contrato de seguro. Fueron, a la sazón, palabras de la Corte:

“En lo que hace referencia a la afectación de los derechos fundamentales, la Corte encuentra que, conforme a lo expresado por el apoderado de (la AFP), el actor cumplió

responsabilidad civil, de transporte, sobre la vida, etc.), sino la actividad que despliegue el tomador asegurado. Por semejante camino se desdibujaría la autonomía del contrato de seguro.

con los requisitos para obtener la prestación social, la cual no ha sido reconocida debido a las diferencias entre la entidad demandada y la aseguradora (...) respecto al cubrimiento de la suma adicional. Por lo tanto (*sic*) la entidad demandada opuso los efectos de sus controversias contractuales particulares en contra del ejercicio de los derechos prestacionales del actor, situación que contradice las reglas jurisprudenciales reiteradas en apartado anterior de esta sentencia y que pone en riesgo el mínimo vital del ciudadano (...) y su núcleo familiar.

“Además, la Sala considera importante resaltar que la controversia citada es un asunto que compete en forma exclusiva a (la AFP), que es la única entidad legitimada para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro. De esta manera, no resulta admisible que la prestación requerida por el actor se vea supeditada a la solución de conflictos jurídicos ante los cuales carece de legitimación activa para acudir ante la jurisdicción. Como se indicó anteriormente, es a la administradora de fondos de pensiones a quien le corresponde, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y pago de las prestaciones a su cargo, entre ellas el aseguramiento de sus fuentes de financiación.

“En este sentido, ante la renuencia de la aseguradora en cubrir el valor de las sumas adicionales, corresponde a la entidad demandada, en su condición de responsable de la prestación económica, ejercer las acciones legales tendientes al pago del siniestro, sin que pueda diferir el reconocimiento y pago de la pensión a las resultas de ese litigio, pues ello constituiría una carga irrazonable para el beneficiario de la prestación”.

Aun cuando la Corte en la sentencia que se cita no se ocupa en términos específicos de la prescripción de la acción de la AFP en contra del asegurador, lo que sí consta con toda claridad en los párrafos transcritos es que en el sentir de la corporación, son diferentes las relaciones entre el afiliado y la AFP y las de ésta con el asegurador, y que, en tal virtud, las cuestiones que se susciten en torno de estas últimas no deben causar ninguna interferencia en el tratamiento que le corresponda a las primeras. Este planteamiento implica que si la Corte hubiese hallado alguna conexión jurídica entre las dos relaciones, no habría concluido lo que, de hecho, concluyó, pues esa conexión le hubiera tenido que hacer ver que, dependiendo el reconocimiento de la pensión del pago del seguro, a la AFP le asistía la razón al argumentar que no podía pagar la pensión mientras el asegurador no le cubriese el faltante del capital requerido para el financiamientos correspondiente, y, por esta vía, sí hubiera inferido que la imprescriptibilidad propia del derecho a reclamar aquella, por fuerza misma de las circunstancias, de igual manera debía extenderse a la acción de la AFP en contra del asegurador. Pero al deslindar, en una interpretación correcta de los textos legales, el derecho que tiene el afiliado (o los beneficiarios de la pensión) en frente de la AFP, del que ésta ostenta respecto del asegurador, la Corte no ha hecho cosa diferente a la de reconocer la autonomía del contrato de seguro, por cuya virtud los rasgos propios del interés asegurable (en la medida en que son estos los que conducen a buscar la neutralización de las consecuencias del riesgo mediante el amparo que brinda el contrato de seguro) carecen de ascendencia para alterar, haciéndola más gravosa, la eficacia que la ley le confiere a la obligación del asegurador.

Como se dice, eso, entre otras cosas, fue lo que no percibió la Superintendencia cuando al preterir en su concepto la sentencia de la Corte cuyos apartes quedan citados, quiso sustraer a los seguros previsionales de la reglamentación que el estatuto mercantil prevé para el contrato de seguro, en particular de su artículo 1081.

8. CONCLUSIÓN

No se puede negar el importante papel que los llamados seguros previsionales cumplen dentro del esquema de seguridad social desarrollado por la Ley 100 de 1993, pues representan una apoyatura decisiva para las pensiones de invalidez y de sobrevivientes.

Para darles efectividad a esos seguros, el legislador pudo haber adoptado un sistema diferente al que, de hecho, prohijó; pudo, por ejemplo, haber posibilitado la creación de entidades que, al interior del sistema, satisficieran la necesidad de los mismos. Pero no lo hizo, prefiriendo dejar las puertas abiertas para que fueran las compañías aseguradoras existentes quienes otorgaran las coberturas del caso. Al señalar este camino podía, igualmente, darle a la cuestión una orientación según la cual esos seguros quedaban sustraídos al imperio de los artículos 1036 y siguientes del C. de Co. Mas tampoco actuó de este modo, como quiera que se concretó a sentar reglas sobre unos aspectos muy puntuales dejando intocada la disciplina general del contrato de seguro; es más, todo indica, tanto en la Ley 100 como en los decretos reglamentarios, que el presupuesto normativo sobre el cual esos seguros vendrían a ser operantes no sería uno distinto al acabado de mencionar.

Situado entonces el asunto en semejante perspectiva, carecería de toda coherencia que hiciera carrera la tesis de que, de todo el haz normativo que compone el título V del libro cuarto del Código de Comercio, el único precepto que no resulta aplicable a los seguros previsionales sería cabalmente el que se ocupa de la prescripción. Y que lo hace en un contrato que, como ninguno otro, está urgido del soporte de esa figura jurídica pues ese contrato encauza una actividad que, como en un comienzo se vio, se mueve dentro de las abscisas y coordenadas que le marcan la ocurrencia de eventos y los lapsos temporales dentro de los cuales esos eventos son observados.

Por consiguiente, como los seguros previsionales creados por la Ley 100 de 1993 se tienen que desenvolver mediante el esquema contractual establecido en los artículos 1036 y siguientes del C. de Co., a los mismos no puede menos que serles aplicable el artículo 1081 sobre la prescripción

"(...) de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen..."

Como obligado corolario de lo anterior, al quedar la cuestión, desde el punto de vista sustancial, ubicada dentro de la órbita del Código de Comercio, vale decir, por estarse en frente de un tema propio del derecho privado y no del derecho de la seguridad social, dentro del cual sí se halla el derecho a reclamar la pensión, la competencia para

ventilar el debate que pueda darse entre la AFP y el asegurador con ocasión del ejercicio de las acciones dimanantes de los contratos que tengan por objeto los seguros previsionales o de las disposiciones que los rigen reside en la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria. Pero como se pudiera afirmar que en este tipo de controversias no se toma en cuenta la materia sobre que ellas versan, sino los sujetos entre quienes se provocan, se tiene que el artículo 2 del Código de Procedimiento de Laboral, según la modificación que le introdujo la Ley 712 de 2001, dice en su numeral 4º que es competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de seguridad social:

“Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan...”.

Según esta norma, pues, las controversias relativas al sistema de seguridad social deben tener como partes, por un lado, al afiliado, o al beneficiario o usuario, o al empleador, y por otro, a las entidades administradoras o prestadoras del servicio. Lo que a las claras está indicando que el conflicto entre la AFP y el asegurador, no cabe dentro de la referida enunciación porque a este último no le corresponde ninguna de las calidades enumeradas en el numeral transcrito.