

Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros



Pontificia Universidad Javeriana

LUIS FERNANDO MÚNERA CONGOTE, S.J.
MARÍA ADELAIDA FARAH QUIJANO
LIBARDO VALDERRAMA CENTENO, S.J.
JUAN CARLOS BOTERO NAVIA

ANDRÉS ATAHUALPA PÉREZ

LAURA CRISTINA MOJICA PÉREZ

Rector
Vicerrectora Académica
Vicerrector del Medio Universitario
Decano de Facultad
Facultad de Ciencias Jurídicas
Director de Carrera
Facultad de Ciencias Jurídicas
Secretaria Facultad de Ciencias Jurídicas



Comité Ibero-latinoamericano de AIDA - CILA

Presidente: LUIS JAVIER SANDOVAL OLIVARES
Vice-presidente: MARÍA FABIANA COMPIANI
Secretario Ejecutivo: RICARDO PERALTA



Federación Interamericana de Empresas de Seguros -FIDES-

Presidente: LUIS ENRIQUE BANDERA
Secretario General: FRANCISCO ASTELARRA
Vicepresidencias: Comisión Regional del Sur: ROBERTO SOLLITTO
Comisión Regional del Norte: MANUEL ESCOBEDO
Comisión Regional de Centroamérica y del Caribe: HÉCTOR A. COROMINAS
Comisión Regional Andina: CARLOS CHIRIBOGA



"La Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros se encuentra registrada bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento 4.0 Internacional"

Rev. Ibero-Latinoam. Seguros	Bogotá Colombia	Vól. 34	Nº 62	pp. 15-238	Enero Junio	2025	ISSN 0123-1154 (Impreso) ISSN 2500-7556 (En línea)
------------------------------------	--------------------	---------	-------	------------	----------------	------	---

REVISTA IBERO-LATINOAMERICANA DE SEGUROS

Es una publicación editada por la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, desde el año 1992, en colaboración con la Asociación Internacional de Derecho de Seguros -AIDA-, su Comité Ibero-Latinoamericano –CILA– y la Federación Interamericana de Empresas de Seguros –FIDES–.

PÚBLICO OBJETIVO

Estudiantes, abogados en ejercicio y profesionales de diferentes disciplinas relacionadas con el tema de seguros, académicos y en general personas interesadas en el conocimiento de dicha área.

MISIÓN

La Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros sirve como medio de difusión en el ámbito Ibero-latinoamericano e internacional en materia de seguros, manteniendo la naturaleza científica de la publicación, concebida como un mecanismo idóneo para generar redes de conocimiento.

OBJETIVO

Además de ser un medio difusor, busca generar redes de conocimiento, constituir un mecanismo idóneo y dinámico de consulta en el área aseguradora.

EDITOR

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

COORDINADOR EDITORIAL

Javier Celis Gómez

COMITÉ EDITORIAL HONORARIO

Bernardo Botero Morales

Arturo Díaz Bravo (†)

Juan Carlos Félix Morandi (†)

Ramón Madriñán de la Torre (†)

J. Efrén Ossa Gómez (†)

Fernando Sánchez Calero (†)

Manuel Soares Povoas (†)

Rubén S. Stiglitz (†)

Walter Villa Zapata (†)

COMITÉ ACADÉMICO

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo
Coordinador Sección Doctrinal

Santiago Osorio Falla
Coordinador Sección Técnico-Económica

María Cristina Isaza Posse
Coordinadora Sección Jurisprudencial

Juan Manuel Díaz-Granados
Coordinador Sección Legislativa

María Sandra Ramírez Bernal
Coordinador Sección Informativa

COMITÉ EDITORIAL

Abel Veiga Copo - España
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Ricardo de Ángel - España
Universidad de Deusto

Eugenio Llamas Pombo - España
Universidad de Salamanca

Agostino Gambino - Italia
Universidad la Sapienza de Roma

COMITÉ CIENTÍFICO

José Roberto Arze - Bolivia
Academias Bolivianas de la Lengua y de
la Historia

Alberto Baumeister Toledo - Venezuela
Universidad Católica Andrés Bello

María Eugenia Brizuela - El Salvador
HSBC Centroamérica

Oswaldo Contreras Strauch - Chile
Universidad Diego Portales

Francisco J. Colón P. - Puerto Rico
Colon & Colon Attorneys at law

Enrique González B. - Guatemala
AIDA Guatemala

Arturo H. Medrano - Honduras
Universidad Nacional Autónoma
de Honduras

Eduardo Peña Triviño - Ecuador
Universidad Católica de Santiago
de Guayaquil

Alfonso Puig Uhalde - Uruguay
AIDA sección Uruguay

Desiderio Sanabria - Paraguay
Universidad Comunera

Claudio H. Speyer - Argentina
Universidad de Buenos Aires

Jorge A. Subero I. - República Dominicana
Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña

Hernando Tapias Rocha - Colombia
Universidad del Rosario

Alonso Núñez del Prado Simons - Perú
AIDA sección Perú

Carlos Alberto Voloj P. - Panamá
AIDA sección Panamá

TRADUCCIONES

Andrés Téllez Nuñez
Abogado y Traductor Oficial
Facultad de Ciencias Jurídicas,
Pontificia Universidad Javeriana

POLÍTICA EDITORIAL

La Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros es una publicación semestral, académica y difusora, que trata temáticas de contenido estructuralmente científico y en su estructura orgánica contiene cinco (5) secciones:

Doctrinal,

Técnico-económica, Jurisprudencial,

Legislativa e Informativa; todas ellas orientadas a comunicar, desarrollar y difundir el Derecho de Seguros.

Los artículos potencialmente publicables y de su secciones Doctrinal y Técnico-económica, se someterán al examen de pares evaluadores anónimos, idóneos en el tema preciso que trate cada texto en particular.

Los criterios de evaluación que se tienen en cuenta son:

Aspecto Académico del Artículo: evalúa la relevancia del tema, el aporte científico y la originalidad.

Evaluación de Forma: tiene en cuenta la ortografía, redacción, y puntuación; claridad en el desarrollo del tema, técnica metodológica, y finalmente manejo y citación de fuentes suficiente y adecuada.

PROPIEDAD INTELECTUAL

Para la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros el envío de un artículo indica que el autor o autores aceptan y certifican que:

No ha sido publicado en otra revista, ni tampoco aceptado para su difusión.

En caso de haberse publicado en una página web o en una versión previa (working paper), si es aceptada por la Coordinación Editorial, el artículo será retirado de los sitios web, dejando únicamente título, resumen, palabras clave y su hipervínculo.

Si es publicado por la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, ya no podrá ser publicado por ningún otro órgano y así mismo transferirán los derechos de autor a la misma para su difusión.

DERECHOS DE AUTOR

Facultad de Ciencias Jurídicas,
Pontificia Universidad Javeriana,
Bogotá - Colombia

El contenido de los artículos es de responsabilidad únicamente de los autores. Los documentos pueden reproducirse total o parcialmente haciendo la citación correcta.

Periodicidad

Semestral

Año de Creación

1991

Papel

Bond blanco 70 grs

Tamaño

16.5 X 24 cms

Fuente

Times New Roman 10 pts.

Tiraje

25

Versión impresa:

ISSN 0123-1154

Versión en línea:

ISSN 2500-7556

Versión electrónica:

Tarifa postal reducida

**Para sus contribuciones
comuníquese con:**

Facultad de Ciencias Jurídicas
Revista Ibero-Latinoamericana
de Seguros
Pontificia Universidad Javeriana
Bogotá - Colombia

Calle 40 N° 6-23 Piso 6°
Edificio Gabriel Giraldo S.J.
Tels: 320 83 20 ext.: 5202 - 5213

Información y ventas

Nicolle Camila Vásquez Montes
Centro de apoyo al estudiante
Calle 40 N° 6-23 Piso 6
Tels: 320 83 20 ext.: 5202

Página Web

<http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/publicaciones/revista-ibero-latinoamericana-de-seguros>

Dirección postal

Calle 40 N° 6-23 Piso 6°. Edificio Gabriel
Giraldo S.J. Bogotá - Colombia

Página web

<https://revistas.javeriana.edu.co>

Correos electrónicos

revibseg@javeriana.edu.co

Diagramación

Alejandra Rodríguez

Impresión

DGP-Editores

Depósito Legal

Biblioteca Nacional de Colombia
Biblioteca de la Universidad Nacional
de Colombia
Biblioteca del Congreso de la República de
Colombia Luis Carlos Galán Sarmiento

Colaboran en este número

Carlos Ignacio Jaramillo J.
María Fabiana Compiani
Luiza Petersen
Lorenzo Mezzasoma
Adriana Sofía Sales Porto
Diana Catalina Novoa Rubiano
Benjamín Chong-Castillo
Jairo Rincón Achury
Daniel Felipe Salinas Buitrago
María José Pérez-Fructuoso
Antonio Alegre Escolano
Alberto J. Tapia Hermida
Diego Alejandro Coronado Sabogal
Sandra Ramírez Bernal

Admitida en

– ABI/INFORM Global-Proquest
– BIBLAT - Bibliografía Latinoamericana en
Revistas de Investigación Científica y Social
– UNAM
Clasificación Integrada de Revistas Científicas
– CIRC – EC3Metrics
– Fuente Académica Premier – Ebsco
– Google Academic
– Latindex (Universidad Autónoma de México)
– VLex
– LexBASE

ÍNDICE

EDITORIAL

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J. 9

IN MEMORIAM PROFESOR EDUARDO MANGIALARDI

MARÍA FABIANA COMPIANI.....13

SECCIÓN DOCTRINAL

**BONA FIDES, UBERRIMA FIDES Y BUENA FE: TRANSICIÓN
CONCEPTUAL Y FUNCIÓN ESTRUCTURANTE EN EL CONTRATO DE SEGURO**

*BONA FIDES, UBERRIMA FIDES AND GOOD FAITH: CONCEPTUAL
TRANSITION AND STRUCTURING FUNCTION IN THE INSURANCE CONTRACT*

LUIZA PETERSEN.....17

**MÉRITO Y TRANSPARENCIA RESPECTO A LA DISTRIBUCIÓN DE
PRODUCTOS DE SEGUROS**

*MERIT AND TRANSPARENCY IN THE
DISTRIBUTION OF INSURANCE PRODUCTS*

LORENZO MEZZASOMA.....45

**PANORAMA GENERAL EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO
EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. –SISTEMA TRADICIONAL
O DE ‘OCURENCIA’–**

LOSS AND LIABILITY INSURANCE. THE TRADITIONAL SYSTEM

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.67

**LA CONSTRUCCIÓN DE CONFIANZA EN LOS SEGUROS DE RIESGOS
CIBERNÉTICOS DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS**

BUILDING TRUST IN CYBER RISK INSURANCE. CHALLENGES AND PROSPECTS

ADRIANA SOFÍA SALES PORTO - DIANA CATALINA NOVOA RUBIANO109

**SESGOS EN LOS MODELOS ALGORÍTMICOS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL
DENTRO DEL SECTOR ASEGURADOR: LA NECESARIA ADOPCIÓN DE
PRINCIPIOS ÉTICOS PARA GARANTIZAR EL RESPETO A DERECHOS
HUMANOS DE LOS ASEGURADOS**

*BIASES WITHIN ARTIFICIAL INTELLIGENCE ALGORITHMIC MODELS IN THE
INSURANCE SECTOR: THE NEED FOR ETHICAL PRINCIPLES TO ENSURE
THE PROTECTION OF POLICYHOLDERS’ HUMAN RIGHTS*

BENJAMÍN CHONG-CASTILLO.....127

Rev. Ibero-Latinoam. Seguros	Bogotá Colombia	Vol. 34	Nº 62	pp. 15-238	Enero Junio	2025	ISSN 0123-1154 (Impreso) ISSN 2500-7556 (En línea)
------------------------------------	--------------------	---------	-------	------------	----------------	------	---

EL DERECHO PENAL COMO RESPUESTA A LOS FRAUDES EN EL SECTOR ASEGURADOR COLOMBIANO

CRIMINAL LAW AS A RESPONSE TO FRAUD IN THE COLOMBIAN INSURANCE SECTOR

JAIRO RINCÓN ACHURY - DANIEL FELIPE SALINAS BUITRAGO139

SECCIÓN TECNICO-ECONÓMICA

ANÁLISIS DE LA RENTABILIDAD FINANCIERO-ACTUARIAL DE UNA OPERACIÓN DE SEGURO MIXTO SIMPLE (ENDOWMENT INSURANCE) CONTRATADA A PRIMA PURA

FINANCIAL AND ACTUARIAL RETURN ANALYSIS OF A RISK PREMIUM ENDOWMENT INSURANCE

MARÍA JOSÉ PÉREZ-FRUCTUOSO - ANTONIO ALEGRE ESCOLANO165

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

EL “CONSUMIDOR MEDIO”, LOS SEGOS COGNITIVOS Y LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES DE VENTA CRUZADA DE PRÉSTAMOS Y SEGUROS

THE ‘AVERAGE CONSUMER’, COGNITIVE BIASES AND UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES OF CROSS-SELLING LOANS AND INSURANCE

SENTENCIA DEL TJUE DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2024 (ASUNTO C-646/22)

JUDGMENT OF THE CJEU OF 14 NOVEMBER 2024 (CASE C-646/22)

ALBERTO J. TAPIA HERMIDA.....179

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA BAJO LA COBERTURA DE GASTOS MÉDICOS DEL SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO (SOAT)

THE STATUTE OF LIMITATIONS FOR COMPENSATORY ACTION UNDER THE MEDICAL EXPENSES COVERAGE OF THE MANDATORY TRAFFIC ACCIDENT INSURANCE (SOAT)

DIEGO ALEJANDRO CORONADO SABOGAL203

SECCIÓN INFORMATIVA

NOTICARIO INTERNACIONAL

SANDRA RAMÍREZ BERNAL214

EDITORIAL

Este nuevo número de la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, correspondiente al primer semestre de 2025, Vol. 34, No. 62, canal de difusión del seguro –y sus materias afines– en el entorno iberoamericano, cada vez más interesado en la temática aseguraticia, en perspectiva tanto del Derecho público como del Derecho privado, a lo que se suma la dimensión técnico-económica que, de antiguo, la escolta y enriquece.

En esta ocasión, antes de ocuparnos del contenido individual del referido número, *ex novo*, debemos y queremos expresar con sincero y renovada nostalgia, así como con indiscutido y justificado pesar, el reciente fallecimiento del connotado e ilustre profesor, Dr. Eduardo MANGIALARDI, quien fue abogado de la Universidad Católica Argentina (Rosario), y como se recordará, también Presidente ilustre del dinámico Comité Ibero-latinoamericano de AIDA– CILA, Vicepresidente Mundial de la AIDA Internacional, autor de innumerables publicaciones, Profesor de Estudios Empresariales de la Universidad Buenos Aires, y uno de los más incondicionales colaboradores de esta revista, tan cercano a nosotros, de tiempo atrás, a quien estimamos y respetamos profundamente, y quien se caracterizó por su apoyo franco, directo y fecundo a la AIDA, a la AIDA Argentina, y al CILA-AIDA y, claro está a su adorada esposa e hijos, hechos que no nos fatigaremos de registrar una y otra vez, por cuanto fue una de las grandes y destacadas figuras del Derecho de seguros hemisférico, a la par que un modélico ciudadano.

De ahí que, sin dudarle un nanosegundo, las directivas de la Revista, justicieramente, con el acompañamiento de su recordada familia, del CILA-AIDA y de la querida Sección Argentina de AIDA, consideraron que el anunciado número se editaría en su memoria, mínimo gesto institucional y personal que, sin excepción, podíamos tener todos con Eduardo (q.e.p.d), ese caballero sin par que engalanó y encumbró la ciencia del seguro.

Por consiguiente, entre varios, expresamos nuestro explícito agradecimiento a nuestro Presidente del CILA-AIDA, Dr. Luis SABOGAL, y a su Vicepresidenta, Dra. Fabiana COMPIANI, quien con maestría redactó un imperecedero y emotivo escrito laudatorio del Profesor MANGIALARDI, el que a continuación de este editorial se incluye, en muestra de ese genuino afecto que, Fabiana, a título personal y en representación de la comunidad argentina e internacional, expresó sentidamente por todos.



De igual forma, recordamos que en el número anterior de nuestra Revista (Vol. 33, No. 61), en la sección informativa, la Dra. Sandra RAMÍREZ hizo una fidedigna descripción del profesor MANGIALARDI y de sus múltiples ejecutorias, de veras salientes, todo en adición de los espléndidos homenajes efectuados por parte de su respetada familia, bajo el liderazgo de su adorada hija Florencia, y del mencionado y consagrado presidente del CILA, los que recordamos (tal volumen puede consultarse en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris61.seci>)

Así las cosas, retornando al consabido volumen que detiene nuestra atención, importa indicar que, en la Sección Doctrinal, en concreto -y en su orden-, publicamos los textos de los siguientes académicos y colaboradores de la misma, a quienes por anticipado manifestamos nuestra gratitud:

La autora Brasileña, Luiza PETERSEN, Doctora y máster en Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande del Sul (UFRGS), se ocupa de la temática titulada: *“Bona fides, uberrima fides y buena fe: Transición Conceptual y función estructurante en el Contrato De Seguro”*.

El Catedrático de la Universidad de Perugia, profesor Lorenzo MEZZASOMA, nos ilustra con su artículo intitulado: *“Mérito y transparencia respecto a la distribución de productos de seguros”*.

El suscrito director de la Revista -y profesor de la Universidad Javeriana-, colabora con un artículo denominado: *“Panorama general en torno a la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. -Sistema tradicional o de ‘ocurrencia’”*.

Por su parte, las profesionales y ganadoras del premio de ACOLDESE 2024, Doctoras Adriana Sofia SALES PORTO y Diana Catalina NOVOA RUBIANO, son las autoras de la investigación: *“La construcción de confianza en los seguros de riesgos cibernéticos. Desafíos y perspectivas”*.

El abogado, Licenciado en la Universidad Autónoma de México, Benjamín CHONG-CASTILLO, contribuye con un estudio titulado: *“Sesgos en los modelos algorítmicos de inteligencia artificial dentro del sector asegurador: La necesaria adopción de principios éticos para garantizar el respeto a derechos humanos de los asegurados”*.

Los abogados especializados en Derecho de seguros y derecho penal, Doctores Jairo RINCÓN ACHURY y Daniel Felipe SALINAS BUITRAGO, son los autores del escrito: *“El derecho penal como respuesta a los fraudes en el sector asegurador colombiano”*.

A su turno, en la Sección Técnico-Económica, en esta ocasión -como en tantas otras-, publicamos un texto de la profesora del área financiera y contabilidad de la Universidad a distancia de Madrid (UDIMA), MARÍA JOSÉ PÉREZ-FRUCTUOSO: *“Análisis de la rentabilidad financiero-actuarial de una operación de seguro mixto simple (endowment insurance) contratada a prima pura”*.

En la Sección Jurisprudencial, a su vez, colaboró el reputado profesor español, ALBERTO J. TAPIA HERMIDA con una reseña que tituló: *“El ‘consumidor medio, los*

sesgos cognitivos y las prácticas comerciales desleales de venta cruzada de préstamos y seguros’’, a la luz de la Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2024.

También en esta misma sección, el abogado de la Universidad de Los Andes, y doctorando de la Universidad Javeriana, Diego Alejandro CORONADO SABOGAL, en su condición de Representante de ACOLDESE joven, estructuró un estudio de su autoría, llamado “*La prescripción de la acción indemnizatoria bajo la cobertura de gastos médicos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)*”.

Y finalmente, en la Sección Informativa, como es ya frecuente, la Doctora María Sandra RAMÍREZ BERNAL, Ex Presidente del CILA-AIDA, y Coordinadora de la Especialización en Derecho del Seguro de la Universidad de Salamanca, reúne y registra las primordiales novedades y las actividades académicas e institucionales más destacadas del semestre, en forma ordenada y detallada, información recaudada, gracias a la gentil colaboración de cada una de las seccionales nacionales, miembros del CILA-AIDA, a las que debemos explicitar nuestro agradecimiento.

Y ya para terminar, como es inveterada tradición, cordialmente invitamos a otros autores iberoamericanos para que, por favor, nos hagan llegar sus valiosos escritos y contribuciones, esperando en nombre de la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, que todo marche cabalmente para ustedes y sus familias.

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.

Director/Editor

IN MEMORIAM PROFESOR EDUARDO MANGIALARDI

Pocos juristas son tan merecedores de homenaje como el Prof. Eduardo Mangialardi, quien, a sus muy nutridos antecedentes, acumula el atributo de haberse erguido incuestionablemente como una referencia obligada del Derecho de Seguros, tanto en el ámbito académico, como en el del ejercicio profesional y, muy especialmente, en la difusión y desarrollo del Derecho de Seguros, a través de su participación en el Comité Directivo de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), del Comité Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros (CILA), como en la Comisión Directiva de AIDA Argentina (AADS).

A su incansable gestión, capacidad de trabajo y genio intelectual, que generaban el respeto que le profesaban los operadores del derecho de Seguros de la región (y de más allá), se sumaba la humildad de los verdaderamente grandes, una generosidad de la que muchos fuimos destinatarios y un entusiasmo admirable por la ciencia del derecho de seguros.

No podríamos concluir este justo tributo sin pasar revista, brevemente, a su curriculum: se recibió de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina en el año 1976; fue Profesor invitado de la diplomatura en Derecho de Seguros de la Universidad de Ciencias Empresariales de la ciudad de Buenos Aires, Profesor Adscripto a la cátedra de Derecho Comercial I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; Director y Profesor de los “Cursos de Post-Grado en Derecho de Seguros y Accidentes de Tránsito” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina; Director y profesor del Curso de Postgrado, sobre “Fútbol y Derecho”, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; Profesor de la Carrera de “Especialización en Derecho de Daños” de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina; en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino (Tucumán, Argentina); Profesor de la Maestría en “Seguros y Gerencia de Riesgos” en la Universidad Andina Simón Bolívar, de la ciudad de La Paz, Bolivia; Conferencista en numerosos Congresos nacionales e internacionales; Vice-Presidente del Consejo Mundial de Presidencia de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA) durante los períodos 2002/2006, 2006/2010, 2010/2014 y 2014/2018; Presidente del Comité Ibero-latinoamericano de AIDA (CILA), período 2002/2006; Vicepresidente a cargo de los Grupos Internacionales de Trabajo de la Asociación

Internacional de Derecho de Seguros, desde el año 2005 hasta la actualidad (AIDA); Vicepresidente 3ro. de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, rama nacional de AIDA (1996/2015); Director del Instituto de Derecho de Seguros de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina (año 1999/2006); Presidente del Instituto de Derecho del Seguro, del Colegio de Abogados de Rosario, Autor de diversos artículos publicados en revistas y libros de la materia.

Este sentido homenaje se enaltece con el formidable contenido de este volumen que nos presenta la prestigiosa REVISTA IBERO-LATINOAMERICA DE SEGUROS de la Pontificia Universidad Javeriana, que en la destacada pluma de grandes maestros y jóvenes figuras del Derecho de Seguros nos brinda profundos análisis sobre la buena fe en el Contrato de Seguro, la transparencia respecto a la distribución de productos de seguros, un panorama general en torno a la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil, la construcción de confianza en los seguros de riesgos cibernéticos, los sesgos en los modelos algorítmicos de inteligencia artificial dentro del sector asegurador, el derecho penal como respuesta a los fraudes con especial referencia al sector asegurador colombiano, el análisis de la rentabilidad financiero-actuarial de una operación de seguro mixto simple (endowment insurance) contratada a prima pura, y el análisis jurisprudencia sobre el “consumidor medio”, los sesgos cognitivos y las prácticas comerciales desleales de venta cruzada de préstamos y seguros, y la prescripción de la acción indemnizatoria bajo la cobertura de gastos médicos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito de Colombia.

Buenos Aires, mayo de 2025.

MARÍA FABIANA COMPIANI

Vicepresidente de CILA

Vocal de la Comisión Directiva de AIDA Argentina

SECCIÓN DOCTRINAL

***BONA FIDES, UBERRIMA FIDES Y BUENA FE:
TRANSICIÓN CONCEPTUAL Y FUNCIÓN ESTRUCTURANTE
EN EL CONTRATO DE SEGURO****

*BONA FIDES, UBERRIMA FIDES AND GOOD FAITH:
CONCEPTUAL TRANSITION AND STRUCTURING FUNCTION
IN THE INSURANCE CONTRACT*

*LUIZA PETERSEN***

*Fecha de recepción: 2 de abril de 2025
Fecha de aceptación: 02 de mayo de 2024
Disponible en línea: 30 de junio de 2025*

Para citar este artículo/To cite this article

PETERSEN, Luiza. *Bona fides, uberrima fides y buena fe: Transición conceptual y función estructurante en el contrato de seguro*, 62 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 15-44 (2025). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris62.bfuf>

doi:10.11144/Javeriana.ris62.bfuf

* El presente artículo corresponde a la versión resumida y adaptada, en lengua española, de la obra “*Boa-fé no Contrato de Seguro*”, de Luiza Petersen, publicada, en portugués, en Brasil, por la Editorial Foco (2024). La referida obra, por su vez, constituyó la versión comercial de la tesis de doctorado, titulada “*Bona fides, uberrima fides e boa-fé: transição conceitual e função estruturante no contrato de seguro*”, defendida por la autora, en agosto de 2022, en el Programa de Posgrado en Derecho de Universidad Federal de Rio Grande del Sul (UFRGS), Porto Alegre, Brasil.

** Doctora y máster en Derecho por la Universidad Federal de Rio Grande del Sul (UFRGS). Fue investigadora del Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg (MPIPRIV). Profesora y Abogada. Correo electrónico: luizalinhairesmoreira@gmail.com.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo presentar, en versión resumida, en lengua española, las conclusiones desarrolladas por la autora en la obra “Boa-fé no Contrato de Seguro”, recientemente publicada en Brasil. El referido trabajo analizó el papel de la buena fe en el contrato de seguro y su transición conceptual. Bajo el enfoque del derecho brasileiro, se buscó especificar el significado de buena fe en el contrato de seguro, identificando en qué medida subsiste la utilidad de la *uberrima fides* como concepto jurídico autónomo. Con ese propósito, el trabajo se estructuró en dos partes. En la primera parte, se analizó el desarrollo del concepto de la buena fe en el derecho de los seguros en perspectiva histórico-comparada. En la segunda parte, se analizó la función estructural de la buena fe en el contrato de seguro.

Palabras clave: buena fe, *uberrima fides*, contrato de seguro.

ABSTRACT

*The purpose of this article is to present a summary, in Spanish, of the conclusions developed by the author in the work “Boa-fé no Contrato de Seguro” (Good faith in the Insurance Contract), recently published in Brazil. This work analyzed the role of good faith in the insurance contract and its conceptual transition. It aimed at specifying the meaning of good faith in the insurance contract in accordance with Brazilian law, identifying to what extent the utility of *uberrima fides* (utmost good faith) still exists as an autonomous legal concept. For this purpose, the work was structured in two parts. In the first part, the development of the concept of good faith in insurance law was analyzed in a historical-comparative perspective. In the second part, the structural function of good faith in the insurance contract was analyzed.*

Keywords: Good faith, utmost good faith, insurance contract.

SUMARIO:

Introducción. 1. Las primeras líneas de la naturaleza bona fides del seguro fueron diseñadas ya en la fase de formación del tipo en la modalidad marítima. El uso de la bona fides era tópico y asistemático. Presentó un uso más expresivo como veda al dolo, al fraude. En sentido no tan preciso, asumiría connotación moral. 2. La naturaleza bona fides del seguro recibió un desarrollo más preciso y uniforme a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, lo que puede ser observado a partir de tres tradiciones (inglesa, francesa y germánica). En estas diferentes tradiciones, la naturaleza bona fides del seguro aparece sobre la perspectiva del fraude y especialmente vinculada a los deberes precontractuales de información del asegurado. 3. El derecho de los seguros contemporáneo es caracterizado por tres modelos operativos de la buena fe. En ellos la buena fe aparece como concepto central de la disciplina del contrato de seguro. Esos modelos dejan evidente la transición conceptual de la buena fe en el contrato de seguro. 4. En el derecho de los seguros brasileiro, el concepto de máxima buena fe (*uberrima fides*) pasó por una transición conceptual. Antes de la recepción del principio de buena fe, preponderó la concepción subjetiva. Después de la recepción, la máxima buena fe (*uberrima fides*) tuvo su contenido objetivo (prescriptivo de conductas) potencializado. 5. La *uberrima fides* expresa un deber especial de probidad exigido en el seguro. Es vehículo de concretización del principio de la buena fe en el seguro. Entre el principio de la buena fe y la *uberrima fides* no hay superposición. El primero no agota el contenido del segundo. 6. La *uberrima fides* desempeña función estructural en el contrato de seguro. La exigencia de la más estricta buena fe es una característica intrínseca al seguro, que deriva de su naturaleza, de la particular relación de confianza que deriva de su causa (garantía de interés del asegurado contra riesgo predeterminados). 7. La *uberrima fides* fundamenta la protección de la confianza en el contrato de seguro. En el derecho brasileiro, es un principio del contrato de seguro y conforma un sistema normativo de tutela de la confianza. 8. La *uberrima fides* presenta doble dimensión en el seguro. Asume tanto contenido normativo (objetivo), como principio o norma prescriptiva de conductas, cuanto contenido fáctico (subjetivo), como estado subjetivo de las partes, opuesto a la mala fe, relevante al cumplimiento del soporte fáctico de ciertas normas jurídicas. 9. En su dimensión normativa (objetiva), como principio o norma prescriptiva de conductas, la *uberrima fides* ejerce cuatro funciones típicas en el contrato de seguro: (i) es fuente de deberes accesorios a la garantía (función *jurígena*); (ii) criterio de interpretación e integración del contrato (función hermenéutica); (iii) fundamenta la sanción de la mala fe, del fraude (función sancionatoria); (iv) y veda la garantía de actos intencionales del asegurado y de intereses contrarios a la moral y al orden público (función limitativa). 10. En su dimensión fáctica (subjetiva), la *uberrima fides* es estado subjetivo de los contratantes que cualifica tanto la conducta merecedora de protección como, *a contrario sensu*, la conducta merecedora de sanción. 11. De la interacción entre las dimensiones normativa (objetiva) y fáctica (subjetiva) de la *uberrima fides*, deriva la conclusión de que esta puede, en el contrato de seguro, de una sola vez, ser fuente de deberes accesorios a la garantía y estado subjetivo revelador de las consecuencias jurídicas en el caso de incumplimiento de estos mismos deberes. Referencias.

INTRODUCCIÓN

La buena fe es un concepto inmanente al contrato de seguro. Estuvo presente en la historiografía del seguro desde sus orígenes. La fuente más antigua que se tiene conocimiento a respecto del uso de la buena fe en la disciplina del tipo contractual (“Statuto Dell’Ufficio di Mercanzia di Firenze Sull’assicurazione di navi e merci straniere”), según el cual este debería observar y ser ejecutado de acuerdo con la buena fe y las costumbres del comercio (“et debeant observari et executioni” “secundum bonam fidem et consuetudinem mercatorum”)¹, fechado en 1393. En este momento, el seguro surgía en la modalidad marítima, encontrando, en la práctica mercantil italiana, sus primeras pólizas y reglamentaciones. Desde entonces, el papel prominente de la buena fe en la disciplina jurídica del seguro es una constante, considerando las diferentes fases históricas, las diferentes escuelas de pensamiento, tradiciones jurídicas y codificaciones. De los diversos usos y funciones de la buena fe en la historia del seguro resultó el reconocimiento de su naturaleza *uberrima fides* o, simplemente, *bona fides*.

En el derecho de los seguros brasileiro, se usa afirmar que el seguro es un contrato de máxima buena fe o de la más estricta buena fe (*uberrima fides*). A rigor, son diferentes modos de expresar una misma idea. Son expresiones empleadas para designar el especial significado asumido por la buena fe en el contrato de seguro. Está dispuesto en el art. 765 del Código Civil: “El asegurado y la aseguradora son obligados a guardar en la conclusión y en la ejecución del contrato, la más estricta buena fe y veracidad, tanto a respecto del objeto como de las circunstancias y declaraciones a él concernientes”. En el Código Civil anterior, de 1916, se disponía en el art. 1.443: “El asegurado y la aseguradora son obligados a guardar en el contrato la más estricta buena fe y veracidad, tanto a respecto del objeto, como de las circunstancias y declaraciones a él concernientes”.

La importancia de la buena fe en el contrato de seguros se relaciona con la propia naturaleza de este contrato, colocando las partes, asegurado y aseguradora, en una posición especial de confianza en relación con el comportamiento honesto y esperado del otro. Se exige, en el seguro, una buena fe calificada, la observación de estrictos deberes de buena fe y veracidad, tanto del asegurado como de la aseguradora, a lo largo de todo el vínculo contractual. A rigor, la buena fe es necesaria para la regular formación y ejecución del contrato de seguro, en atención a su causa (garantía de interés legítimo del asegurado contra riesgos predeterminados).

El desarrollo contemporáneo del principio de la buena fe (buena fe objetiva), de influencia germánica, trajo a la luz el debate sobre la subsistencia de un significado especial de la buena fe en el contrato de seguro. Después de todo: en aquellos sistemas jurídicos (como el brasileiro) en que el principio de la buena fe es aplicable a todos los contratos, ¿se justificaría todavía el reconocimiento de la naturaleza *uberrima fides*

¹ BENSA, Enrico (2010). *Il contratto di assicurazione nel medio evo: studi e ricerche*. [1884]. Whitefish: Kessinger Publishing; LLC. p. 154.

del seguro? El debate a respecto del papel de *uberrima fides* también sería impulsado por la propia fase actual del desarrollo del derecho de los seguros. En este aspecto, la disciplina legal unitaria y sistematizada del contrato del seguro, de la cual resultaría la estabilización de un sistema normativo de tutela de confianza, con la previsión detallada de los deberes del asegurado y de la aseguradora, colocaría a prueba la utilidad del concepto de *uberrima fides*.

El presente artículo tiene como objetivo presentar, en versión resumida, en lengua española, las conclusiones desarrolladas por la autora en la obra “Boa-fê no Contrato de Seguro”, recientemente publicado en Brasil². Se trata de la versión comercial de su tesis de doctorado, titulada “*Bona fides, uberrima fides* y buena fe: transición conceptual y función estructurante en el contrato de seguro” (que justifica el título del presente artículo), defendida, en agosto de 2022, en el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Rio Grande del Sul (UFRGS), en Porto Alegre, Brasil.

El referido trabajo tuvo como objetivo analizar el papel de la buena fe en el contrato de seguro y su transición conceptual. Bajo el enfoque del derecho brasileiro, se buscó especificar el significado de buena fe en el contrato de seguro, identificando en qué medida subsiste la utilidad de la *uberrima fides* como concepto jurídico autónomo. En otras palabras, se buscó identificar lo que es el contenido especial de la buena fe en el seguro y responder a las siguientes preguntas: en el sistema jurídico brasileiro contemporáneo, en el que el principio de la buena fe es aplicable a todos los contratos, ¿todavía se justificaría el reconocimiento de la naturaleza *uberrima fides* del seguro? ¿De la aplicación simultánea del principio de la buena fe y de la *uberrima fides* en el seguro resultarían zonas de superposición? ¿El principio contractual de la buena fe habría incorporado, por completo, el contenido de la *uberrima fides*? ¿La *uberrima fides* asumiría, en el sistema jurídico brasileiro, uso meramente retórico?

Para estos fines, se recurrió, en la primera parte de este trabajo, al método histórico-comparado. El abordaje histórico se justificó por las propias particularidades de la buena fe como concepto jurídico indeterminado cuyas funciones y significados varían de acuerdo con el contexto histórico-cultural en que es empleado. O sea, como concepto cuyo contenido no puede ser comprendido en abstracto, de forma apartada de una determinada realidad, tomando cuerpo a partir de los usos realizados de él conforme el contexto histórico cultural³.

Por otro lado, el recurso al método comparado se justificó por las propias características del sistema jurídico brasileiro que, en su formación y desarrollo, siempre se mostró abierto a ideas e instintos provenientes de otras tradiciones jurídicas, constituyendo lo que Peter Burke identifica como una cultura abierta⁴. En este sentido, la recepción, el préstamo, la adopción de ideas e institutos jurídicos extranjeros – el trasplante jurídico, en las palabras de Alan Watson⁵– pueden ser encontrados en las más variadas ramas

² PETERSEN, Luiza (2024). *Boa-fê no contrato de seguro*. Indaiatuba-SP: Editora Foco.

³ MENEZES CORDEIRO, António (2013). *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina. p. 48.

⁴ BURKE, Peter (2016). *Hibridismo Cultural*. São Leopoldo: Editorial Unisinos.

⁵ WATSON, Alan (1993). *Legal Transplant: an approach to Comparative Law*, 2ª ed. Athens: University of Georgia Press.

del derecho privado brasileiro, no siendo diferente en el derecho de los seguros. En este ámbito, pueden ser destacadas la influencia francesa en la disciplina del seguro marítimo en el Código Comercial de 1850; la distinción entre los seguros de daños y de personas, que estructuró la disciplina del tipo en el Código Civil de 2002 y tuvo por inspiración los modelos legislativos francés y alemán⁶. de la misma forma, no tan conocida o explorada por la doctrina, pero no menos importante, es la contribución del Código de Cantón de Zurich para la disciplina del contrato de seguro en el Código Civil de 1916⁷.

Específicamente en lo que dice respecto a la buena fe o a la *uberrima fides*, ocurrió un fenómeno semejante en el derecho brasileiro, siendo ejemplo el art. 765 del Código Civil de 2002, al predecir, en línea con otros sistemas jurídicos, la necesidad de observación de la “más estricta buena fe” en el contrato de seguro. Por este motivo se analizó, en la primera parte del trabajo, el modo como la buena fe estructuró y se hizo presente en el seguro en las tradiciones francesa, alemana e inglesa, las cuales tuvieron importancia destacada en la formación del derecho de seguros contemporáneo.

Como reveló la investigación, la buena fe presentó diferentes modelos operativos a lo largo del tiempo en el derecho de los seguros comparado. El estudio de la formación de estos modelos permitió identificar los momentos y situaciones en que estuvieron en disputa y fueron objeto de controversia conceptos, clasificaciones y categorías jurídicas esenciales para la constitución y conformación del derecho de los seguros. Aunque muchos de estos conceptos y categorías hayan pasado por adaptaciones y renovadas interpretaciones, también es verdad que, muchos de ellos adquirieron cierto grado de estabilidad, como por ejemplo la *uberrima fides* (o, simplemente, de la naturaleza *bona fides* del seguro), cristalizándose en determinado sentido y conformando, aún hoy, el derecho de los seguros.

Con ese propósito, el trabajo se estructuró en dos partes. En la primera parte, se analizó el desarrollo del concepto de la buena fe en el derecho de los seguros en perspectiva histórico-comparada. En el primer capítulo, abordando la formación del concepto en las fases de formación del seguro en la modalidad marítima y de desarrollo moderno. En el segundo capítulo, tratando del concepto en el derecho de los seguros contemporáneos a partir del estudio del sistema francés, alemán e inglés.

En la segunda parte del trabajo, se analizó la función estructural de la buena fe en el contrato de seguro. En el primer capítulo, se presentó la naturaleza *bona fides* tipo contractual y su significado en el derecho brasileiro. En la secuencia, se discutió a respecto de la protección de la confianza y el papel de la *uberrima fides* en el contrato del seguro. En el segundo capítulo, se delimitó el contenido de la *uberrima fides* en

⁶ COMPARATO, Fábio Konder (1972). Substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XI, n.5, pp.143-152, pp. 146 y ss.

⁷ MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza (2021). “O Código do Cantão de Zurique e o Direito dos Seguros brasileiro ” (parte 1 e 2). In: *Conjur. Coluna Seguros Contemporâneos*. Recuperado de: <https://www.conjur.com.br/secoes/colunas/seguros-contemporaneos>.

el contrato de seguro. En este sentido, se discursó sobre las dimensiones normativa (objetiva) y fáctica (subjetiva) de la *uberrima fides*; se analizó las relaciones entre el principio de buena fe, la buena fe subjetiva y la *uberrima fides*; entre las buenas costumbres, el orden público y la *uberrima fides*; se identificó, en la exigencia de la *uberrima fides*, la imposición de deber de probidad específico en el seguro; se destacó las funciones típicas de la *uberrima fides* en el seguro; entre otros aspectos esenciales para la comprensión del concepto en el derecho brasileiro.

El estudio realizado permitió una serie de conclusiones en relación con el papel de la buena fe en el contrato de seguro. Con el objetivo de presentarlas, en lengua española, de forma fidedigna al texto original, se transcriben esas conclusiones abajo, sin adiciones en el cuerpo del texto, apenas con la inserción de notas explicativas de pie de página cuando sea necesario. Es lo que pasamos a hacer.

1. Las primeras líneas de la naturaleza *bona fides* del seguro fueron diseñadas ya en la fase de formación del tipo en la modalidad marítima. El uso de la *bona fides* era tópico y asistemático. Presentó un uso más expresivo como veda al dolo, al fraude. En sentido no tan preciso, asumiría connotación moral.

En la fase de formación de la modalidad marítima, que se inició en la segunda mitad del siglo XVI, manteniéndose hasta la primera mitad del siglo XVII, fueron diseñadas las primeras líneas de la naturaleza *bona fides* del contrato de seguro. Aún bastante distante del significado moderno, esta característica aparece con una pluralidad de usos y funciones. Su uso aún es tópico y asistemático, aunque puedan identificarse algunos sentidos preponderantes y campos específicos de concreción. Por influencia de la *Lex Mercatoria* medieval, la *bona fides* fue introducida en la disciplina del seguro para la promoción de la confianza entre el asegurado y la aseguradora⁸. Presentó un uso más expresivo como veda al dolo o al fraude. En este punto, su campo fértil de concreción fue en el ámbito de las declaraciones de los contratantes, especialmente del asegurado, relativas al riesgo objeto del contrato. La tutela de la confianza, en caso de declaración falsa, ocurría a través de la excepción del dolo y las consecuencias eran variadas. En esta primera fase, la *bona fides* también fue usada con el propósito de legitimidad del pacto. En este ámbito, con significado no tan preciso y una cierta connotación moral, como concepto que remite a los valores superiores de la orden jurídica⁹.

⁸ Los primeros usos de la buena fe en el seguro tienen íntima relación con la *bona fides* de los comienzos del derecho comercial. En la *Lex Mercatoria* medieval, la buena fe es un principio fundamental que introduce la confianza recíproca como valor jurídico en las relaciones comerciales (MEYER, Rudolf (1994). *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*. Verlag: Göttingen Wallstein. p. 68 e 69). En este contexto, fue natural su difusión en las relaciones de seguro, que nacieron típicamente comerciales. La buena fe, entonces, fue introducida al seguro marítimo por la influencia del derecho comercial: inicialmente por su uso en el comercio y por los reglamentos que disciplinaban la actividad mercantil; posteriormente, por la doctrina del derecho comercial, que, bajo influencia humanista, esbozaba sus primeras líneas.

⁹ La buena fe estuvo presente en las primeras reglamentaciones del seguro marítimo. En la región de los Países Bajos, se destaca la referencia a la buena fe en la Ordenación de Philippe II, de Antuérpia, de 1570, en cuya fórmula de la póliza de seguro se leía “todo de buena fe y sin dolo y fraude” (PARDESSUS, Jean-Marie. *Collection de Lois Maritimes Antérieures au XVIIIe Siècle*. Paris: L’Imprimerie Royale, 1831. t. IV, p. 119). De la misma forma, en la Ordenación de Amsterdam de 1598, cuyo art. XXXI establecía que los seguros eran “tenidos y estimados por contratos de buena fe, en los cuales no debe haber cualquier fraude

2. La naturaleza *bona fides* del seguro recibió un desarrollo más preciso y uniforme a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, lo que puede ser observado a partir de tres tradiciones (inglesa, francesa y germánica). En estas diferentes tradiciones, la naturaleza *bona fides* del seguro aparece sobre la perspectiva del fraude y especialmente vinculada a los deberes precontractuales de información del asegurado.

En la *common law* inglés, la buena fe sería erigida al principio del contrato de seguro cuya función principal era la disuasión del fraude. En estos términos, sería en alguna medida sistematizada por la jurisprudencia, la cual impulsaría su desarrollo como fundamento de los deberes precontractuales, especialmente del asegurado, de revelación y no ocultamiento, así como de no hacer representaciones falsas¹⁰.

o engaño” (Idem, p. 133). En las Ordenaciones de Barcelona, la exigencia de corrección y veracidad en el seguro no derivaba de previsión expresa de la buena fe, materializándose en el ámbito de los juramentos y declaraciones de los contratantes. En sus tres ediciones, asegurado y aseguradora eran obligados a prestar juramento de que el seguro era verdadero, y no ficto o simulado (PARDESSUS, Jean-Marie (1831). *Collection de Lois Maritimes Antérieures au XVIIIe Siècle*, T. V. Paris, L’Imprimerie Royale. p. 497-498; p. 511; p. 532-533). Además, se exigía del asegurado corrección y veracidad en el ámbito de las declaraciones relacionadas a las cosas aseguradas (Idem, pp. 510-511; 531-532; 497-498). La importancia de la buena fe también era reconocida en los primeros tratados del contrato de seguro, del siglo XVI, notoriamente en las obras de Pedro Santarém (o Pedro Santerna), *Tractatus de assecurationibus et sponsionibus mercatorum* (1552), de Benvenuti Stracchae, *Tractatus de assecurationibus* (1569), y en el Guidon de la Mer, redactado en Francia por autor desconocido, posiblemente entre 1556 y 1584. En Santarém, la exigencia de la buena fe en el contrato de seguro (“se debe guardar la buena fe entre los mercadores”) aparece como veda al dolo y al fraude, de esta manera, por ejemplo, se eximia a la aseguradora de la obligación en aquellos casos en que el asegurado simula que las mercaderías objeto del seguro son suyas, cuando, en verdad, son de propiedad de infieles o de enemigos de la fe cristiana (AMZALAK, Moses Bensabat (1958). *O tratado de seguros de Pedro Santarém*. Tradução do original em latim de Pedro Santarém por Miguel Pinto de Meneses. Lisboa. p. 138). En el Guidon de la Mer, la tutela de la confianza gana especial concretización, en el art. XV, mediante el uso de términos y expresiones semánticas y funcionalmente relacionadas a la buena fe, como “fidelidad”, “lealdad” y “prud’homme”. En él es destacada la confianza de la aseguradora en las declaraciones prestadas por el asegurado sobre las mercaderías objeto del seguro (“la aseguradora en todo confía en la rectitud de su asegurado”, “suponiendo que el mismo es leal en su tráfico”), y el modo de protección de esa confianza por medio de las excepciones de dolo y fraude (PARDESSUS, Jean-Marie (1831). *Collection de Lois Maritimes Antérieures au XVIIIe Siècle*. Paris: L’Imprimerie Royale. t. IV, p. 383).

¹⁰ El proceso de recepción de la buena fe mercantil como principio del contrato de seguro en la *common law* tuvo como marco el *leading case* *Carter v. Boehm* (1766), (3 Burr 1905). Nele, Lord Mansfield lanzó las bases de lo que un siglo más tarde será desarrollado como principio de la *uberrima fides* en el derecho de los seguros inglés (PARK, Semin (1996). *The duty of disclosure in insurance contract law*. England: Dartmouth. p. 23-23). La importancia del caso deriva no propiamente del hecho de haber sido el primero, en el *common law*, en aplicar la buena fe a los contratos de seguro (en este punto particular, son registradas manifestaciones anteriores de la buena fe en la jurisprudencia inglesa). Su importancia se justifica por haber sido el primero en que el principio de la buena fe fue analizado con mayor profundidad y detalle en el seguro, de esta forma alcanzando una sistematización significativa. La decisión es paradigmática, pues declaró la aplicación del principio de la buena fe a los contratos de seguro, en él reconociendo la función de disuasión del fraude y fundamentando el deber recíproco de los contratantes de *disclosure*, es decir, de revelación y no ocultación de hechos relevantes del riesgo garantizado. Específicamente, cuando conocidas por una de las partes (a quien cabe prestar la información) e ignorados por la otra (receptora de la información). Reconoció, aún, que el incumplimiento de este deber caracteriza fraude aun cuando haya ocurrido por error o sin la intención de llevar a la otra parte al error o al engaño.

En la tradición francesa pre codificación, la *Ordonnance de la Marine* sancionaba el fraude (ausencia de buena fe) del asegurado en una serie de dispositivos¹¹. Los avances dogmáticos en materia de seguro y buena fe ocurrirían por intermedio de la doctrina (con destaque para Pothier)¹², que presentaría, con alguna precisión conceptual, la vertiente normativa (o prescriptiva de conductas) de la buena fe, como fundamento del deber del asegurado de revelación de las circunstancias de riesgo y de no hacer declaraciones falsas, así como la vertiente subjetiva de la buena fe, como estado anímico, en oposición al fraude, merecedor de tutela por derecho.

La naturaleza *bona fides* del seguro también sería reconocida en la tradición germánica que se estaba formando. La especial connotación de buena fe en el seguro era expresada por los términos *Redlichkeit* (honestidad) y *Aufrichtigkeit* (sinceridad), bajo la fórmula *redlich und aufrichtig* (honesto y sincero) o por la locución *besondere Treue, Redlichkeit und Aufrichtigkeit* (especial lealtad, honestidad y sinceridad)¹³. En este sentido, el principal campo operativo de la buena fe surge relacionado al deber inicial del asegurado de informar las circunstancias de riesgo a la aseguradora¹⁴.

La naturaleza *bona fides* del seguro se desarrolló de forma distinta en las tradiciones jurídicas analizadas, si bien con algunas funciones semejantes. En común, el concepto

¹¹ Véase, en: VALIN, René-Josué (1760). *Commentaire sur L'Ordonnance de la Marine, du mois d'aout 1681*. Poitiers: F.-A. Saurin, Imprimeur-Libraire. pp. 488, 489, 490, 511.

¹² En Pothier ((1766), *Traité du Contrat D'Assurance*. Marseille. Roux-Rambert, 1810. p. 280-290), la buena fe encuentra significativo desarrollo teórico. En la Sección III (“De la obligación de buena fe entre las partes en el contrato de seguro”), es objeto de abordaje sistemática. Su abordaje se destaca por la precisión conceptual y unidad de razonamiento. Tres aspectos llaman la atención en la sistematización de Pothier. En primer lugar, reconoce a la buena fe como obligación recíproca de los contratantes, tanto del asegurado como de la aseguradora, de donde deriva su carácter normativo o prescriptivo de conductas. En segundo lugar, con relación al contenido de la obligación de buena fe, de ella derivan dos especies: la obligación de no ocultar (u omitir) y la obligación de no hacer falsa declaración. Ambos se refieren a los hechos esenciales al objeto del contrato, especialmente a las circunstancias de riesgo, que puedan llevar a su agravación o disminución. Y aparecen en el contexto del dolo, como artificio empleado para engañar al otro contratante. Difieren, sin embargo, con relación a ciertos presupuestos. La primera comprende apenas la omisión deliberada (de mala fe). La segunda comprende tanto la declaración falsa deliberada (de mala fe) como la no deliberada, derivada de error o de creencia errónea del sujeto (de buena fe). Además, la primera existe apenas en el ámbito de la conciencia, no siendo exigible jurídicamente. La segunda, existente en el ámbito externo, es exigible jurídicamente, pudiendo ocasionar la declaración judicial de nulidad del contrato en caso de incumplimiento.

¹³ De acuerdo con Schneider, esas formas lingüísticas ejercerían función equivalente a la que sería ejercida por la *uberrima fides* en el *common law* ((2003), *Uberrima fides. Treu und Glauben und vorvertragliche Aufklärungspflichten im englischen recht*. Berlin: Duncker & Humblot. p. 68-69).

¹⁴ Esa línea de desarrollo de la buena fe es observada en el *Assecuranz-und Haverey Ordnung der Stadt Hamburg*, de 1731. El artículo 12, de este diploma, obligaba a todo aquel que deseara contratar un seguro a revelar fielmente (“getreulich zu eröffnen”) a la aseguradora las informaciones del navío y ciertos detalles de la ruta y de la duración del viaje, bajo pena de invalidez del contrato en caso de ocultamiento. De la misma forma, del artículo 13 resulta la obligación del proponente del seguro de indicar en la póliza, de modo honesto y sincero (“redlich und aufrichtig”), el conocimiento e información disponible, y la ausencia de responsabilidad de la aseguradora en caso de ocultamiento. Posteriormente, el especial papel de la buena fe en el contrato de seguro sería reconocido en el *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, de 1794, cuyo §2024 decía: “por ocasión de la conclusión del contrato de seguro ambas partes son obligadas a una especial lealtad, honestidad y sinceridad” (“Bei Schliessung des Versicherungsvertrags sind beide Teile zu besonderer Treue, Redlichkeit und Aufrichtigkeit verpflichtet”).

fue desarrollado bajo la perspectiva del fraude, ejerciendo la función de inhibición del fraude, ora con sentido subjetivado, considerando el estado subjetivo (ausencia de buena fe) para la reprobación de la conducta, ora con sentido objetivado, sin considerar el estado subjetivo de los contratantes para la reprobación de la conducta (e.g. tradición inglesa). De la misma manera, el concepto es especialmente vinculado a los deberes precontractuales del asegurado de declaración de riesgo. Estos avances dogmáticos alcanzados serían, en alguna medida, todavía oscilantes y en estado de formación. Todavía no llevarían al desarrollo de la buena fe como concepto central de la disciplina del seguro.

3. El derecho de los seguros contemporáneo es caracterizado por tres modelos operativos de la buena fe. En ellos la buena fe aparece como concepto central de la disciplina del contrato de seguro. Esos modelos dejan evidente la transición conceptual de la buena fe en el contrato de seguro.

En el primer modelo¹⁵, propio del desarrollo del seguro en los dominios del derecho comercial del siglo XIX, la buena fe se estabilizó como instrumento de tutela de la confianza en el seguro, presentando dos campos operativos. Por un lado, como veda al fraude, al dolo, ámbito en el cual asume connotación subjetiva (a *contrario sensu*), como ausencia de intención de perjudicar al otro o ausencia de conocimiento sobre estar perjudicando al otro¹⁶. Por otro lado, fundamenta el deber precontractual del asegurado de informar las circunstancias relevantes al riesgo a la aseguradora, cuyo incumplimiento, sobre cualquier circunstancia, genera el efecto liberatorio del contrato, independientemente del estado subjetivo del contratante (o sea, si haya actuado de mala fe, de buena fe, con dolo o mera culpa). De ella resulta, en los diferentes sistemas jurídicos, un régimen “todo o nada”¹⁷. En este ámbito, la buena fe asume connotación objetiva, con sentido prescriptivo de conductas¹⁸.

¹⁵ Esos modelos operativos de buena fe en el derecho del seguro contemporáneo son identificados a partir del estudio comparado del derecho francés, alemán e inglés. En el derecho francés, el desarrollo de la buena fe en el contrato de seguro se proyecta bajo tres perspectivas: del Código Comercial de 1807; de la Ley del Contrato de Seguro de 1930; y del *Code de Assurance* de 1976. En el derecho alemán, la buena fe en el seguro recibiría diferentes abordajes en el derecho comercial del siglo XIX; en la Ley del Contrato de Seguro – VVG, de 1908; a partir de la interpretación y concreción del §242 del BGB; y en las reformas legislativas recientes. En el derecho inglés, la característica *uberrima fides* (utmost good faith) del seguro puede ser estudiada bajo la perspectiva de la jurisprudencia inglesa; del *Marine Insurance Act*, de 1906, y de las reformas legislativas más recientes.

¹⁶ En esos términos, con la previsión de un conjunto normativo que sanciona el comportamiento intencional, de mala fe, con la nulidad del contrato o con el efecto liberatorio del contrato en favor de aquel cuya confianza fuera frustrada (e.g. art. 357 del Cod. Com. francés; §789 del ADHGB alemán; prohibición de *fraudulent claims* en el derecho inglés).

¹⁷ En el derecho inglés, justificaba la anulación del contrato; en el derecho francés, la invalidad (art. 348 Cod. Com.); en el alemán, desobligaba a la aseguradora (§812 ADHGB).

¹⁸ En este campo operativo, la buena fe sería preponderantemente circunscrita al deber de información precontractual del asegurado/tomador, especialmente dirigida a la tutela de la confianza de la aseguradora; la reciprocidad de sus efectos, cuando declarada, era más formal (o retórica) que propiamente con consecuencias jurídicas concretas. En el derecho inglés, ese campo operativo de la buena fe encontraría manifestación en los deberes de *disclosure* y *non-misrepresentation*, lo que ocurriría a partir del reconocimiento de un principio de *uberrima fides* aplicable a los contratos de seguros. En el derecho francés, encontraría manifestación atenuada en el régimen de la declaración inicial de riesgo, comprendida bajo el ropaje de los

En el segundo modelo, propio de la fundación del derecho de los seguros como rama jurídica autónoma en la primera mitad del siglo XX, la buena fe se estabilizó como fundamento axiológico (central) de un sistema normativo de tutela de la confianza, general de todas las modalidades del seguro¹⁹. En ese sistema, las dimensiones normativa y subjetiva de la buena fe aparecen articuladas. Presenciamos, si bien a un significativo movimiento de subjetivación de la buena fe, lo que resulta de la superación del modelo “todo o nada”, con la introducción de diferentes consecuencias jurídicas, en caso de incumplimiento de los deberes del asegurado relacionados al riesgo, de acuerdo con grado de censura de su conducta, o sea, conforme haya actuado de buena fe, mala fe, con culpa o dolo²⁰.

En un tercer modelo, propio de la segunda mitad del siglo XX, la buena fe tendría su función normativa (o prescriptiva de conductas) potencializada en el contrato de seguro a partir del desarrollo del principio general de la buena fe (buena fe objetiva). Se trata de un fenómeno de simbiosis conceptual, que puede ser observado, con mayor o menor intensidad, en los diferentes sistemas jurídicos. Resulta de las relaciones entre la *uberrima fides* (o simplemente *bona fides*), como concepto jurídico particular del contrato de seguro, y el principio de buena fe aplicable a los contratos en general, habiendo llevado al efecto la incorporación, por el principio de la buena fe, de parte

vicios del consentimiento. En el derecho alemán, diferentemente, encontraría alguna apertura, para además del deber de declaración inicial de riesgo, especialmente en la jurisprudencia, a partir del reconocimiento de una especial exigencia (recíproca) de buena fe en las relaciones de seguro.

¹⁹ Ese sistema, con unidad y coherencia interna, tutelaría la confianza de los contratantes – especialmente de la aseguradora – no apenas previniendo el fraude, pero también preservando la base económica del contrato o asegurando el consentimiento libre y clarificado, entre otras situaciones jurídicas particulares de la relación de seguro en las cuales reposaría una confianza digna de tutela. En el derecho francés y alemán ese sistema sería conformado, sobre todo, por lo reconocimiento, en la ley, de una pluralidad de deberes del asegurado relacionados al riesgo garantizado, necesarios al adecuado funcionamiento y cumplimiento del contrato de seguro (o de otras posiciones jurídicas pasivas, p. ej., en el derecho alemán, de las *Obliegenheiten*). Esos deberes (o *Obliegenheiten*) no serían circunscriptos a la fase precontractual (declaración inicial del riesgo), pero comprensivos de la ejecución del contrato de seguro (e.g. deber de no agravar el riesgo, de avisar sobre el siniestro). Eso ocurriría en el VVG de 1908 y en la Ley francesa del contrato de seguro de 1930. De la previsión de esos deberes en ley resulta el papel normativo de la buena fe, como fundamento axiológico de las normas. En el derecho inglés, el sistema operativo de la buena fe, en la forma del principio de la *uberrima fides*, encontraría especial desarrollo en la jurisprudencia y, a partir de ella, sería positivado en el *Marine Insurance Act*. Sin embargo, aún sería preponderantemente circunscripto a los deberes de información del asegurado relativos al riesgo o al siniestro (deberes de *disclosure* y *non-misrepresentation*).

²⁰ En el derecho francés y alemán ese movimiento ocurriría ya al comienzo del siglo XX. Tanto en el VVG de 1908 como en la Ley francesa del seguro de 1930 existe la superación del modelo “todo o nada”, con la introducción de diferentes consecuencias jurídicas, en el caso de incumplimiento del deber de declaración inicial de riesgo, de acuerdo con el grado de censura de la conducta del asegurado, o sea, como haya actuado de buena fe, con mera culpa, o de mala fe, con dolo. En ese régimen, la mala fe (fraude) es sancionada con la caducidad o nulidad del contrato, mientras que el incumplimiento de la buena fe o meramente culposo produce consecuencias jurídicas que visan la preservación de la base económica del contrato y la manutención del vínculo contractual.

significativa del contenido de la *uberrima fides* (o *bona fides*) como deber de probidad específica del contrato de seguro.

El desarrollo contemporáneo del principio de buena fe opera la transformación del contenido de la buena fe en el seguro. Ese fenómeno se particulariza en doble aspecto. De un lado, la dimensión normativa de la buena fe tuvo su contenido expandido en el seguro, expandiéndose para ámbitos en los cuales tradicionalmente no operaba. En este punto, fue extendida a una pluralidad de situaciones contractuales que hasta entonces no eran contempladas por la *uberrima fides* o por el especial deber de *bona fides* en el seguro (expansión horizontal de la buena fe, en atención a la materialidad de la situación). Este es el caso del papel asumido por la buena fe en el control de las cláusulas contractuales; para fundamentar deberes de información de la aseguradora; o igualmente, limitar el modo de ejercicio de ciertos derechos o posiciones jurídicas, como por ejemplo aquellas inherentes a la regulación del siniestro²¹.

De la misma manera, bajo influencia de las normas de protección del asegurado consumidor y/o adherente, la reciprocidad del deber de buena fe en el seguro –la cual, hasta entonces, se revestía de carácter más formal o retórico– asume manifestaciones más concretas, pasando a vincular no apenas al asegurado, pero especialmente a la aseguradora (expansión vertical de la buena fe, entre los sujetos de la relación contractual). En ese sentido, ese fenómeno se caracteriza por el pasaje de una buena fe preponderantemente orientada a la tutela de la confianza de la aseguradora –modelo que preponderó hasta la primera mitad del siglo XX– para una buena fe especialmente orientada a la tutela de la confianza del asegurado.

En el derecho de los seguros alemán, la dimensión normativa de la buena fe tendría su contenido extendido a partir de la interpretación y concreción del §242 del BGB²². Su aplicación en las relaciones de seguro, si bien se daría sin propiamente distinguir el contenido normativo de la buena fe como principio general de los contratos y como concepto específico del contrato de seguro. En ese sistema, se parte de la centralidad del principio de la buena fe para, a partir de él, comprender el concepto de *uberrima fides*.

En el derecho de los seguros francés, la función normativa de la buena fe tendría su contenido extendido por el reconocimiento de nuevos deberes de lealtad a los contratantes a partir de la interpretación del art. 1.134 Código Civil (actualmente, art. 1.104). Ese sistema, sin embargo, en comparación al alemán, se caracteriza por una mayor contención en relación con los efectos reconocidos a la buena fe como principio contractual; lo que explica, en el campo doctrinario, la distinción entre el contenido normativo de la buena fe en los contratos en general y su contenido especial en el contrato de seguro²³. En ese sistema, entre el principio contractual de la buena fe y el deber de *bona fides* en el seguro, hay autonomía conceptual.

²¹ En este aspecto, en la parte en que analiza la buena fe en el derecho de los seguros francés e inglés, se destaca: MONTI, Alberto (2002). *Buona Fede e Assicurazione*. Milano: Giuffrè. p. 196 y ss; p. 134-136.

²² En ese sentido, ilustrativa es el análisis de MÖLLER, Von Hans (1938). *Versicherung und Treu und Glauben*. In: Kernfragen der Versicherungs-Rechtsprechung, Berlin: E.S Mittler & Sohn. pp. 37 y ss.

²³ Será de Picard y Besson, en trabajo cuya cuarta edición remonta a la década de 70, una de las principales formulaciones del papel de la buena fe en el seguro ((1975), *Les Assurances Terrestres*, t. I. 4. ed. Paris: L.G.D.J. p. 71), que influenciaría la doctrina francesa aún hoy (por todos: BIGOT, Jean (direction), (2002).

En el derecho de los seguros inglés, también serían desarrolladas nuevas dimensiones normativas de la buena fe²⁴. Ese movimiento, especialmente influenciado por el derecho continental y comunitario europeo, se daría, si bien en constante tensión con la tradicional resistencia del sistema inglés al reconocimiento de un principio general de buena fe aplicable a los contratos. Tradicionalmente, en ese sistema, se parte de la centralidad de la *uberrima fides*, para, a partir de ella, comprender y justificar la aplicación del principio de la buena fe en el seguro.

4. En el derecho de los seguros brasileiro, el concepto de máxima buena fe (*uberrima fides*) pasó por una transición conceptual. Antes de la recepción del principio de buena fe, preponderó la concepción subjetiva. Después de la recepción, la máxima buena fe (*uberrima fides*) tuvo su contenido objetivo (prescriptivo de conductas) potencializado.

En el derecho brasileiro, la transformación del contenido de la buena fe en el contrato de seguro fue marcada por la recepción del principio general de la buena fe (buena fe objetiva), de influencia germánica, a partir de la segunda mitad del siglo XX. Hasta entonces, el deber de máxima buena fe (*uberrima fides*) no tenía, en la tradición brasileira, contenido normativo (prescriptivo de conductas) substancialmente desarrollado, preponderando su comprensión en sentido subjetivo, como estado de hecho opuesto al fraude, a la mala fe. Así era bajo la vigencia del Código Comercial, cuyas normas a respecto del seguro marítimo que consagraban el modelo francés “todo o nada” —por ejemplo, a propósito de la declaración inicial de riesgo y sobre el ámbito de los vicios de consentimiento— eran relativizadas en su interpretación, exigiéndose la demostración de la ausencia de buena fe del asegurado para la incidencia de sanción de invalidad del contrato²⁵.

Le contrat d'assurance. t. 3. Paris: L.G.D.J. Cap. I. Notions générales par Jean Bigot. pp. 60-61).

²⁴ Ver por ejemplo: MALCOLM; Clarke (2009). *The law of insurance contracts*. 6. Ed. London: Informa. §27. BIRDS, John (2013). *Modern Insurance Law*. 9.ed. London: Sweet & Maxwell. pp. 155 y ss. EGGERS, Peter; PICKEN, Simon (2018). *Good Faith and Insurance Contracts*. 4. ed. Abingdon: Informa Law from Routledge.

²⁵ Se observa que el derecho brasileiro tradicionalmente reconoce la naturaleza *bona fides* (*uberrima fides*) del contrato de seguro. Eso se da a través de las locuciones “máxima buena fe” o “la más estricta buena fe”, bajo marcada influencia del derecho extranjero. Inicialmente, en la formación del derecho comercial brasileiro, el concepto se desarrolla según el modelo francés (Código Comercial francés), bajo la influencia del derecho portugués. Para lo que, serían decisivas la obra “Principios de Derecho Mercantil y Leyes de la Marina”, de José da Silva Lisboa, en la cual se destacaba la característica *bona fides* del seguro, tanto en la modalidad marítima como en la terrestre ((1874), *Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, 6 ed. T. II. Rio de Janeiro: Typographia Academica. p. 13 y ss). Igualmente, la disciplina del seguro marítimo en el Código Comercial brasileiro, de 1850 (Título VIII, arts. 666 a 730). Posteriormente, cuando la “civilización” del contrato de seguro, con su disciplina en el Código Civil de 1916, se verifica, en la legislación, el trasplante de disposiciones del Código de Derecho Privado del Cantón de Zurich (*Privatrechtliches Gesetz-buch für Der Kanton Zürich*), de lo que resulta la influencia del deber de buena fe de la tradición germánica (en la fórmula cantonal *Wahrhaftigkeit und Treue verpflichtet* o, en el origen prusiana, *besonderer Treue, Redlichkeit und Aufrehtigkeit verpflichtet*). Más tarde, bajo la vigencia del Código Civil de 2002, el deber de la buena fe en el seguro se desarrolla bajo una acentuada influencia de la buena fe objetiva (*Treu und Glauben*), también de matriz germánica. Del encuentro de esas diferentes tradiciones jurídicas resulta el hibridismo (sincretismo) de la “máxima buena fe” o “más estricta buena fe” en el derecho de los seguros brasileiro. De la misma forma, la propia transformación de su contenido a lo largo de los años, conforme los sucesivos procesos de recepción y adaptación del derecho extranjero al sistema jurídico brasileiro. El

De la misma forma, bajo la vigencia del Código Civil de 1916. En este punto, aún su art. 1.443 previendo, bajo la influencia del Código del Cantón de Zurich, el deber del asegurado y de la aseguradora de “la más estricta buena fe y veracidad”, prevalecía la concepción subjetiva de la buena fe y el deber de *uberrima fides* previsto en ley era comprendido como una veda al fraude, a la mala fe. En esos términos, la naturaleza *uberrima fides* (de máxima buena fe) del contrato de seguro no presentaba consecuencias jurídicas concretas más allá de la sanción al dolo. Ese contexto sería alterado a partir de la recepción y desarrollo del principio de buena fe (buena fe objetiva). Desde entonces, el deber de máxima buena fe del asegurado y de la aseguradora –ahora previsto en el art. 765 del Código Civil, con redacción inspirada en el art. 1.443 del Código de 1916– asumiría contenido objetivo, prescriptivo de conductas. El concepto, entonces, pasaría por una transición de significado y el texto legal tendría su sentido actualizado^{26, 27}.

5. La *uberrima fides* expresa un deber especial de probidad exigido en el seguro. Es vehículo de concretización del principio de la buena fe en el seguro. Entre el principio de la buena fe y la *uberrima fides* no hay superposición. El primero no agota el contenido del segundo.

concepto brasileiro de *uberrima fides* no debe, sin embargo, ser comprendido como trasplante acritico del extranjero, pero como concepto que se desarrolla y encuentra fundamento en la tradición brasileira, que es construido y moldeado según las características particulares de ese sistema.

²⁶ MIRAGEM, Bruno (2019). A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1000. Fev. pp. 10-11.

²⁷ En la nueva Ley del Contrato de Seguro - LCS (Ley n°. 15.040, de diciembre de 2024), que entrará en vigor en diciembre de 2025, revocando las disposiciones del Código Civil relativas al contrato de seguro, el deber de buena fe que se reconoce al asegurado y a la aseguradora encuentra fundamento en el art. 56, según el cual, “el contrato de seguro debe ser interpretado y ejecutado según la buena fe”. La LCS, en este aspecto, extiende el deber de buena fe a aquellos que de algún modo vayan a intervenir en el contrato de seguro, de lo que resulta la exigencia de buena fe y lealdad no apenas de las partes, asegurado y aseguradora, pero también de terceros, como el corredor de seguros o el regulador del siniestro (art. 37. “Los intervinientes son obligados a actuar con lealdad y buena fe y prestar informaciones completas y verídicas sobre todas las cuestiones concernientes a la formación y ejecución del contrato”). Se observa que no hay, en los referidos dispositivos, el empleo de la locución “máxima buena fe” o “la más estricta buena fe y veracidad”, como ocurre en el derecho vigente (art. 765 del CC). Eso no significa, sin embargo, una ruptura con la tradición anterior, la cual reconoce la naturaleza *bona fides* (*uberrima fides*) del contrato de seguro, tampoco la inutilidad o pérdida de significado de la *uberrima fides* en este ámbito. El especial significado que se reconoce a la buena fe en el seguro, a partir de la noción de *uberrima fides*, deriva toda una construcción histórica del concepto en el sistema jurídico brasileiro, que se justifica a partir del desarrollo doctrinario, legislativo y jurisprudencial. De esta forma, no puede ser invalidado, de plano, a partir de la alteración puntual de la legislación. La LCS, al contrario, refuerza la importancia de la buena fe en el contrato de seguro. En este punto, se destaca expresamente la obligación de buena fe de las partes y de los intervinientes (arts. 56 y 37). De la misma forma, sigue el modelo legislativo de las legislaciones contemporáneas, en que la buena fe fundamenta todo un sistema normativo de tutela de la confianza en el contrato de seguro, en el que sus dimensiones: objetiva (prescriptiva de conductas) y subjetiva aparecen articuladas. De esta forma ocurre en la medida en que, previsto en términos generales que “el contrato de seguro debe ser interpretado y ejecutado según la buena fe” (art. 56), la buena fe informa toda la disciplina del contrato de seguro, desde su formación hasta su ejecución, fundamentando deberes de conducta (por ejemplo, art. 14, art. 44, art. 47, art. 48, art. 66, par. único del art. 77, art. 80, entre otros). De la misma forma, es estado subjetivo de las partes, contrapuesto a la mala fe y al dolo, relevante al cumplimiento del soporte fáctico de ciertas normas jurídicas, en muchas de ellas asumiendo connotación ética, siendo relevante el elemento culpa (por ejemplo, art. 7°, §3° y 4° del art. 14, §§1° y 2° del art. 44, §2° del art. 47, §§1° y 2° del art. 66, art. 68, par. único del art. 11, etc.).

La buena fe presenta un significado especial en el contrato de seguro. De ahí viene la justificación para el reconocimiento de su naturaleza *uberrima fides*, exigiéndose de los contratantes, que observen la máxima buena fe o la “más estricta buena fe y veracidad” en la formación y ejecución del contrato, como dispone el art. 765 del Código Civil brasileiro: “El asegurado y la aseguradora son obligados a guardar en la conclusión y en la ejecución del contrato, la más estricta buena fe y veracidad, tanto a respecto del objeto como de las circunstancias y declaraciones a ellos concernientes”.

Ese calificativo de la buena fe debe ser comprendido a partir de la idea de que la buena fe presenta particular importancia (intensidad) en las relaciones jurídicas de seguro. Esa circunstancia distingue el seguro de los demás contratos, no caracterizados como *uberrima fides*, pero regidos por el principio de la buena fe (buena fe objetiva).

Entre el principio de la buena fe (buena fe objetiva) y la *uberrima fides* (máxima buena fe) existe estrecha relación. En la historia del seguro, la buena fe y la *uberrima fides* son conceptos entrelazados, íntimamente conectados. En el origen comercial de este contrato, su naturaleza *bona fides* (*uberrima fides*) surge fuertemente vinculada a la buena fe como principio de las relaciones mercantiles. El afloramiento teórico de la buena fe objetiva, como principio de las relaciones de obligación, si bien, ocurriría apenas en la tercera sistemática, más específicamente, en el derecho alemán de la primera mitad del siglo XX²⁸. Antes de eso intermedia un espacio de tiempo en que la *uberrima fides* se estabilizó como concepto autónomo en el derecho de seguros. A partir de eso, por otro lado, la *uberrima fides* sufre la influencia del desarrollo teórico de la buena fe objetiva. Hay, en ese sentido, simbiosis conceptual.

Tanto el principio de la buena fe (buena fe objetiva) como la *uberrima fides* son instrumentos de tutela de la confianza. La sobreposición de estos conceptos en el contrato de seguro, con todo, es apenas aparente. Entre ellos no hay aposición, pero sí relación de convivencia. El desarrollo contemporáneo del principio de la buena fe no eliminó el sentido particular de la *uberrima fides* en el seguro, como si la *uberrima fides* presentase completa correspondencia con el principio de la buena fe, volviéndose superflua, innecesaria.

El desarrollo del principio de la buena fe (buena fe objetiva) proporciono otros campos de tutela de la confianza en el seguro, antes no abarcados por la *uberrima fides*. De este modo, reforzó la protección de la confianza más allá de aquellas situaciones jurídicas tradicionalmente reconocidas a partir de la *uberrima fides*. Por otro lado, la *uberrima fides* mantuvo su utilidad y razón de ser en la condición de concepto jurídico autónomo: se volvió el concepto revelador de un particular sentido del principio de la buena fe en el contrato de seguro. Ese fenómeno pasa por la propia naturaleza relacional del principio de la buena fe, cuyo contenido y efectos, segundo el “principio

²⁸ MENEZES CORDEIRO, António (2012). *Tratado de direito civil*. v. I. Coimbra: Almedina. pp. 961 y ss.

de la primacía de la materialidad subyacente”,²⁹, son delineados, concretamente, a partir de la relación jurídica subyacente y conforme el campo material de incidencia³⁰.

En ese contexto, la *uberrima fides* actúa como vehículo de concretización del principio de la buena fe en el contrato de seguro. Moldada por el sistema interno del tipo, permite la aplicación adecuada del principio de la buena fe a la relación jurídica de los seguros³¹. En este punto, es concepto revelador de un deber de probidad específico a ser observado en el contrato de seguro. Traduce un especial deber de lealtad y cooperación del asegurado y de la aseguradora en relación con la garantía. Se trata de un deber de actuar con la más estricta buena fe y veracidad con relación al riesgo y al interés garantizado. Este deber de máxima buena fe, sin embargo, es instrumental. Teniendo como finalidad asegurar la regular formación y ejecución del contrato, en atención a su causa, persigue los valores estructurantes del sistema interno del tipo. Tiene su contenido y efectos moldados por las reglas y principios que conforman la disciplina normativa del seguro³².

De acuerdo con el significado contemporáneo, la *uberrima fides* se particulariza frente al principio de la buena fe (buena fe objetiva) en un doble aspecto. Cualitativamente, porque su contenido no se agota en el principio de la buena fe (buena fe objetiva). Además de presentar importante connotación como estado de hecho (buena fe subjetiva), presenta sentido normativo, como principio, que trasciende la buena fe, abarcando, también, las buenas costumbres y el orden público. Cuantitativamente, porque involucra una buena fe más intensa que la exigida en los contratos en general. La *uberrima fides*, de esta forma, es una buena fe calificada.

6. La *uberrima fides* desempeña función estructural en el contrato de seguro. La exigencia de la más estricta buena fe es una característica intrínseca al seguro, que deriva de su naturaleza, de la particular relación de confianza que deriva de su causa (garantía de interés del asegurado contra riesgo predeterminado).

La *uberrima fides* desempeña función estructural en el contrato de seguro. La exigencia de una actuación de más estricta buena fe es una característica intrínseca al tipo, que deriva de su naturaleza, de la particular relación de confianza que la caracteriza.

Esa especial relación de confianza que se establece entre el asegurado y la aseguradora encuentra fundamento en la causa del contrato de seguro: garantía de interés legítimo

²⁹ MENEZES CORDEIRO, António (2012). *Tratado de direito civil*. v. I. Coimbra: Almedina. pp. 975 y ss.

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith (2015). *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons. pp. 270 y ss, pp. 322 y ss.

³¹ MENEZES CORDEIRO, António (2015). *Tratado de direito civil*. v. I. Coimbra: Almedina. p. 967.

³² En estos términos, el deber de *uberrima fides* está orientado a la prevención y a la represión del fraude (o riesgo moral); a la selección y suscripción del riesgo; a la conformación y preservación de la relación de correspondencia entre premio (puro) y riesgo garantizado (base económica del contrato); de la misma forma como al propio cumplimiento de la garantía. También su aplicación es orientada por los conceptos de riesgo e interés legítimo, esenciales del tipo; por el principio indemnizatorio, aplicable a los seguros de daños; de la misma forma como por los principios de audacia y del absentismo; entre otros tantos que conforman la disciplina del seguro. La exigencia de *uberrima fides*, de ese modo, se justifica en la medida en que asegure la observación de esas reglas y principios estructurantes del contrato de seguro, direccionadas a la satisfacción de los intereses y expectativas legítimas de las partes y al regular funcionamiento del contrato.

contra riesgos predeterminados³³. Las características particulares del tipo, al involucrar la garantía de interés ajeno contra riesgos predeterminados, colocan a los contratantes, asegurado y aseguradora, en una especial posición de confianza – o dependencia – con relación al comportamiento honesto y esperado del otro en lo que se refiere al riesgo y al interés garantizado, o sea, en lo que se refiere al objeto de la garantía.

Esa relación de confianza es recíproca: involucra a las partes en posición de interdependencia; es estructural: se revela esencial a la regular formación y ejecución del contrato, en atención a su causa, a su función económico social, y recae sobre las expectativas legítimas de los contratantes en lo que se refiere al objeto de la garantía³⁴. Esa relación de confianza –o interdependencia– es inherente a la propia posición contractual ocupada por el asegurado y por la aseguradora: el primero, como titular del interés garantizado y gestor del riesgo en concreto; el segundo, como especialista en la actividad de seguro (gestor del riesgo en abstracto) y obligado a la prestación de la garantía³⁵. De esa estructura de la relación jurídica se desprende que la satisfacción de los intereses del asegurado y de la aseguradora son particularmente dependientes

³³ MIRAGEM, Bruno (2015). *O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro*: uma introdução. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 30.

³⁴ En ese sentido, se particulariza en doble sentido. En primer lugar, esa confianza se refiere al conocimiento del riesgo y del interés garantizado, tanto de sus circunstancias iniciales como de las causas supervenientes que puedan modificarlo, y que de ella resultan expectativas legítimas de los contratantes con relación a la veracidad, adecuación y tempestividad de la información prestada por el otro. En segundo lugar, esa confianza se relaciona con la propia gestión del riesgo y del interés legítimo garantizado a lo largo de la relación contractual, antes o después de la ocurrencia del siniestro, y de ella resultan expectativas legítimas de las partes con relación al modo adecuado de gerenciamiento, prevención y control del riesgo por el otro.

³⁵ Tradicionalmente, el asegurado, mientras es titular del interés legítimo expuesto al riesgo, tiene conocimiento privilegiado de las circunstancias fácticas y concretas que particularizan el riesgo y el interés garantizado (e.g. valor del bien, localización, estado de conservación, en los seguros de daños; e.g. sexo, edad, estado de salud, en los seguros de personas). De la misma forma, el asegurado figura como el gestor del riesgo en concreto. En gran medida, es su conducta, o la del tercero al cual confíe la gestión del bien asegurado, que determina el grado de exposición del interés al riesgo. Vale decir: es su comportamiento en concreto que tiene aptitud para influenciar en la probabilidad o en la intensidad del siniestro. De esa posición jurídica típica del asegurado deriva una situación de dependencia de la aseguradora, la cual confía en las informaciones prestadas por aquel, de las cuales necesita para adecuada valoración del riesgo y cálculo del premio, para la suscripción y selección del riesgo, y para el propio cumplimiento de la garantía en caso de siniestro. Por otro lado, también confía en el comportamiento adecuado del asegurado en lo que se refiere a la gestión del riesgo en concreto, de modo que se desarrolle según los términos de estipulación y sin dolo o fraude, lo que se revela esencial a la manutención de la base económica del contrato y al regular la atención de su causa. La aseguradora, por su vez, como especialista en la actividad aseguradora, guarda conocimiento especializado del riesgo y de las técnicas dirigidas a su gerenciamiento: tanto direccionadas a la valoración y suscripción como a su prevención y control (en esos términos, se dice que la aseguradora opera la gestión del riesgo en abstracto). De la misma forma, como especialista en la actividad aseguradora, domina el proceso de análisis técnico del siniestro, de la misma forma como delimita el propio contenido de la garantía, seleccionando previamente los riesgos e intereses cubiertos. Ese dominio técnico de la operación de seguros coloca al asegurado en posición de dependencia delante la aseguradora. En general el asegurado depende del soporte (orientación) de la aseguradora para tomar conocimiento de las circunstancias relevantes del estado de riesgo y del interés que debe informar a través de la declaración inicial, de la comunicación de agravación y del aviso del siniestro. También depende de la información de la aseguradora para promover la adecuada prevención y control del riesgo en concreto, así como para la propia comprensión del ámbito de alcance de la garantía y sus límites.

de la actuación del otro y particularmente expuestos a la interferencia del otro³⁶. La *uberrima fides*, en estos términos, es un elemento intrínseco del seguro. Es un elemento estructural del tipo. Se revela esencial a la propia regularidad y subsistencia del vínculo contractual, en atención a su causa.

En este sentido, es posible comprender el seguro como una especie de relación fiduciaria (en sentido amplio)³⁷. Este contrato exige la observancia de estrictos deberes de buena fe y lealtad. Exige, tanto del asegurado como de la aseguradora, un amplio deber de información y una actuación de la más estricta lealtad y cooperación en su ejecución, particularmente en lo que se refiere al objeto de la garantía, con relación al conocimiento y la gestión del riesgo y del interés garantizado. En este sentido, se caracteriza por la incidencia de una buena fe más intensa; calificada. De ahí viene su tradicional designación: contrato *uberrima fides*, de máxima buena fe. En el derecho brasileiro, esta característica es reconocida expresamente en el art. 765 del Código Civil.

7. La *uberrima fides* fundamenta la protección de la confianza en el contrato de seguro. En el derecho brasileiro, es un principio del contrato de seguro y conforma un sistema normativo de tutela de la confianza.

La *uberrima fides* promueve la protección de la confianza en el contrato de seguro. Le da alcance material a la confianza en las relaciones de seguro, concretizando los valores fundamentales del ordenamiento jurídico en el sistema interno del tipo. Su papel es dogmatizar a los principios fundamentales del sistema jurídico en el contrato de seguro. Polarizada por la protección de la confianza, concretiza a la buena fe (objetiva y subjetiva) en el seguro, así como a los principios de las buenas costumbres y del orden público, moldados, si bien al sistema interno del tipo, o sea, en atención a la causa y a los vectores estructurantes del contrato³⁸.

³⁶ En las palabras de Maria Inés de Oliveira Martins, “el contrato de seguro retrata situaciones de exposición particularmente intensa de intereses de una de las partes a la interferencia de la otra”. De un lado, se tiene “el grado, particularmente intenso, de exposición de la aseguradora a la actuación del asegurado”. De otro, el poder que es otorgado a la aseguradora “en la verificación de los presupuestos de su propio deber de prestar” ((2018), *Contrato de seguro e Conduta dos Sujeitos Ligados ao Risco*. Coimbra: Almedina. p. 182-183). Esa asimetría de posiciones jurídicas, en parte, es informacional, en parte, tiene que ver con la gestión del riesgo. Se dice fáctica cuando es desfavorable a la aseguradora y técnica cuando es desfavorable al asegurado.

³⁷ En este punto, el seguro será comprendido como relación fiduciaria *lato sensu* (MARTINS, Maria Inés de Oliveira (2018). *Contrato de seguro e Conduta dos Sujeitos Ligados ao Risco*. Coimbra: Almedina, pp. 181-182). No se confunde, así, con las relaciones fiduciarias *stricto sensu* (que encuentran expresión en la figura del *trust*). Vea, a propósito, la distinción realizada por Carneiro da Frada entre las relaciones fiduciarias *stricto sensu* y las relaciones fiduciarias *lato sensu* ((2004), *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, pp. 544-548).

³⁸ En otros términos, la *uberrima fides* intermedia la protección de la confianza y los principios de la buena fe, de las buenas costumbres y del orden público en el contrato de seguro. De esta forma, concretiza la aplicación de esos principios conforme la materialidad subyacente, permitiendo una solución más técnica, precisa o adecuada a la relación de seguros.

En el derecho brasileiro, la *uberrima fides* encuentra expresión en la locución “la más estricta buena fe y veracidad”, prevista en el art. 765 del Código Civil. En este sistema jurídico, la tutela de la confianza en el contrato de seguro a través de la *uberrima fides* se da bajo dos formas. Por medio de disposiciones legales específicas y por medio de la interpretación y aplicación del art. 765 del Código Civil.

En el primer caso, se trata de disposiciones que tutelan situaciones típicas de confianza, como consolidado a lo largo de los años y asentado en la práctica comercial. Estas disposiciones encuentran fundamento axiológico en la *uberrima fides*; esta es su *ratio*. Muchas están previstas en el Código Civil, en el capítulo relativo al seguro, otras tantas, dispersas en la pluralidad de fuentes que conforman el derecho de los seguros³⁹.

Por otra parte, la protección de la confianza en el seguro también ocurre por medio de la interpretación y aplicación del art. 765 del Código Civil. La norma expresa el principio de la *uberrima fides* en el sistema jurídico brasileiro. En este sentido, orienta al intérprete en la aplicación de las diversas normas específicas que promueven la tutela de la confianza en el seguro. De la misma forma, es el vehículo a través del cual son identificadas y tuteladas las otras situaciones de confianza, no previstas en ley, en norma administrativa regulatoria o en el contrato⁴⁰.

En ese contexto, operando por medio de disposiciones legales específicas o del art. 765, la *uberrima fides* constituye, en el derecho de seguros brasileiro, un verdadero sistema normativo de protección a la confianza. Este sistema tiene como centro el Código Civil, pero debe ser comprendido de forma integrada y articulada con las demás fuentes que disciplinan el tipo.

8. La *uberrima fides* presenta doble dimensión en el seguro. Asume tanto contenido normativo (objetivo), como principio o norma prescriptiva de conductas, cuanto contenido fáctico (subjetivo), como estado subjetivo de las partes, opuesto a la mala fe, relevante al cumplimiento del soporte fáctico de ciertas normas jurídicas.

³⁹ Esa tutela de la confianza a través de disposiciones específicas presenta cuatro tipologías básicas. La primera, atributiva, al que confía, de una ventaja que de otro modo no sería debida caso él no fuera titular de una expectativa legítima y, por lo tanto, no estuviera de buena fe (subjetiva). En esta hipótesis, la buena fe (subjetiva) puede estar prevista expresamente en el soporte fáctico de la norma o no (e.g. art. 766, par. único, CC). La segunda, sancionatoria del comportamiento de mala fe (doloso o fraudulento) que frustra la confianza del otro. En esta hipótesis, la mala fe, fraude o dolo suelen constar expresamente en el soporte fáctico de la norma (e.g. art. 769, *caput*, y art. 766, par. único, CC), pero, en hipótesis excepcionales, están implícitos, lo que se justifica por la interpretación histórica de la norma a partir del fundamento de *uberrima fides* (e.g. art. 773, CC). La tercera, atributiva de deberes de conducta dirigidos a la preservación de la posición de confianza del otro contratante (e.g. art. 766, *caput*, art. 768, art. 769, *caput*, art. 771, art. 782, CC). La cuarta, supresora de los efectos del contrato de seguro, o del negocio jurídico que de él deriva, cuando hay violación de la confianza comunitaria o del propio orden público (arts. 762, 795 y 798 do CC).

⁴⁰ En ese ámbito, en que la protección de la confianza opera a través del art. 765 del Código Civil, la identificación de las expectativas legítimas del asegurado y de la aseguradora dignas de tutela debe pautarse por los presupuestos generales de protección da confianza, a saber: buena fe subjetiva, factor de justificación, inversión de confianza e imputabilidad de la situación de confianza, los cuales conforman un sistema móvil (cfr. MENEZES CORDEIRO, António (2012). *Tratado de direito civil*. v. I. Coimbra: Almedina. p. 971-973). Además, debe atentar a la racionalidad interna del sistema normativo del contrato de seguro, considerando sus múltiples modalidades, en atención, sobre todo, a la causa, a su función económico social.

La *uberrima fides* es un concepto jurídico indeterminado. En el derecho brasileiro contemporáneo, presenta doble dimensión. Asume contenido normativo (objetivo), como principio o norma prescriptiva de conductas, imponiendo a los contratantes la observancia de un estándar ético de comportamiento, o hasta, limitando el ejercicio de posiciones jurídicas que se revelan contrarias a la moral y al orden público. Por otro lado, presenta dimensión fáctica (subjetiva), como estado subjetivo de los contratantes, opuesto a la mala fe, relevante al cumplimiento del soporte fáctico de ciertas normas jurídicas. En este aspecto: tanto cualifica la conducta de las partes merecedora de protección cuanto, *a contrario sensu*, la conducta merecedora de sanción⁴¹.

En su dimensión normativa, la *uberrima fides* promueve la confianza relacional, entre las partes de la relación jurídica de seguros, lo que da como resultado su intersección con el principio de la buena fe (boa fe objetiva). De la misma forma, promueve la confianza comunitaria y en el orden jurídico, en lo que se reconoce su intersección con los principios de las buenas costumbres y del orden público⁴². En su dimensión fáctica (subjetiva), permite la identificación de las posiciones contractuales de confianza dignas de tutela, o de las violaciones a las mismas merecedoras de sanción, de lo que deriva su intersección con la buena fe subjetiva.⁴³ En esa multiplicidad de sentidos y funciones que asume es que se justifica el reconocimiento de la *uberrima fides* como concepto jurídico autónomo en el contrato de seguro, la cual no puede ser simplemente reconducida al principio de la buena fe o, aún, a la buena fe subjetiva, sin perder su contenido substancial.

9. En su dimensión normativa (objetiva), como principio o norma prescriptiva de conductas, la *uberrima fides* ejerce cuatro funciones típicas en el contrato de seguro: (i) es fuente de deberes accesorios a la garantía (función jurígena); (ii) criterio de interpretación e integración del contrato (función hermenéutica); (iii) fundamenta la sanción de la mala fe, de la fraude (función sancionatoria); (iv) y veda la garantía de actos intencionales del asegurado y de intereses contrarios a la moral y al orden público (función limitativa).

En su primera función (*jurígena*), la *uberrima fides* fundamenta deberes accesorios de conducta del asegurado y de la aseguradora con relación a la garantía, relativos a su objeto y cumplimiento. Constituyen deberes recíprocos de cooperación y lealtad con relación al conocimiento del riesgo y del interés garantizado y al modo de su gestión, que privilegian la adopción de cierto comportamiento considerado como correcto o esperado por el otro contratante, que sea necesario para regular formación y ejecución del contrato. Estos deberes de conducta, que impregnan toda la relación de seguros, desde la fase de formación hasta la fase de ejecución del contrato, pueden resultar de disposición legal expresa, de norma administrativa reglamentar, de cláusula de

⁴¹ En esos términos, la *uberrima fides* abarca todo el proceso obligacional, irradiando efectos, quiera en su dimensión normativa quiera en su dimensión fáctica, desde la formación del contrato de seguro hasta su ejecución y cumplimiento.

⁴² MIRAGEM, Bruno (2013). *Abuso do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 155-162.

⁴³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar (2011). *Proteção da boa-fé subjetiva*. Recuperado en marzo de 2021 de: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/154.pdf, pp. 188-199.

contrato o de la incidencia directa de la *uberrima fides* (art. 765 del Código Civil).⁴⁴ En cualquier caso, encuentran fundamento axiológico en la *uberrima fides*.

Esos deberes de conducta pueden ser agrupados en dos categorías: los deberes de información con relación al objeto de garantía y los deberes de gestión ética del objeto de la garantía y del siniestro. Los deberes de información con relación al objeto de la garantía comprenden, de un lado, los deberes de información relativos al estado de riesgo y al interés garantizado, que visan colocar al otro contratante, generalmente la aseguradora, a la par de esas circunstancias concretas que caracterizan el objeto contractual (e.g. deber de declaración inicial de riesgo; de comunicar la agravación del riesgo; de notificar el siniestro o su expectativa). Por otro lado, comprenden el deber de información, a cargo de la aseguradora, que tiene como objeto dar, al asegurado, el conocimiento técnico-jurídico que necesita para formar su consentimiento (en este punto, relacionado con el contenido de la garantía) y para que cumpla con la pluralidad de conductas que le son exigidas en el contrato (e.g. declaración inicial de riesgo).⁴⁵

Los deberes de gestión ética del objeto de la garantía y del siniestro comprenden una pluralidad de comportamientos que visan colocar a los contratantes, asegurado y aseguradora, en una cierta posición de control sobre el grado de exposición del interés de riesgo, de modo que sea posible su control, la prevención del siniestro o atenuación de las consecuencias. En general, a partir de la constatación de que el asegurado es el gestor del riesgo en concreto, son deberes de conductas exigidas de él (e.g. de no agravar intencionalmente el riesgo (art. 768 del Código Civil) o de adoptar las medidas inmediatas de salvamento y contención de los daños (art. 771 del Código Civil)⁴⁶. Sin embargo, también pueden vincular a la propia aseguradora en caso de

⁴⁴ En el derecho brasileiro, derivan de la incidencia directa de la *uberrima fides*, por ejemplo, muchos de los deberes inherentes a la regulación del siniestro. También pueden venir de la incidencia directa de la *uberrima fides* las exigencias de notificación de expectativa de siniestro y de adelantos de la indemnización.

⁴⁵ En estos términos, involucra tanto el deber de la aseguradora de informar al asegurado sobre el contenido de la garantía (e.g. ámbito de riesgos cubiertos, alcance y límites de la cobertura, entre otras informaciones básicas que sean del conocimiento técnico especializado de la aseguradora), así como el deber de la aseguradora de informar, al asegurado, cuales serían las circunstancias fácticas relevantes del riesgo y del interés que él debe prestar (por ejemplo, la declaración inicial del riesgo o la agravación del riesgo). Estos deberes informativos asumen diferentes intensidades conforme la naturaleza de la relación jurídica de seguros, por ejemplo, conforme se trate de relación de consumo, civil o empresarial. Lo que se da, especialmente, teniendo en vista las condiciones subjetivas del asegurado, destinatario de la información, tales como: su capacidad de acceso a la información; su capacidad de comprensión de la información; su conocimiento técnico jurídico; entre otros factores que revelan la existencia de una vulnerabilidad informacional (MARQUES, Claudia Lima (2011). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 321 y ss) o asimetría informacional (MARTINS-COSTA, Judith (2015). *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons. p. 535) por ser corregida. De la misma forma, esos deberes de información asumen diferentes dimensiones conforme su propósito material. Pueden involucrar el simple aviso o notificación de hechos a la contraparte, como ejemplo del aviso del siniestro; el esclarecimiento sobre hechos o circunstancias técnico jurídicas pertinentes al objeto de la garantía; o, aún, el consejo y la orientación sobre la conducta adecuada o la decisión a tomar.

⁴⁶ De la misma forma, la exigencia de preservación del local del siniestro y de sus elementos característicos, visando asegurar la adecuada verificación de los hechos y cuantificación de los daños. Subyacente a estos deberes del asegurado de gestión ética del objeto de la garantía, muchos de los cuales encuentran

que esta esté en la gestión del objeto de la garantía o del siniestro. Este es el caso de la exigencia de que adopte medidas de salvamento, destinadas a atenuar los daños o a evitar la ocurrencia del siniestro, cuando el seguro desempeña función preventiva. Igualmente, los deberes relacionados con la adecuada y tempestiva regulación del siniestro (e.g. de realizar los adelantos de la indemnización cuando la medida se muestre apropiada)^{47, 48}.

En su función hermenéutica, la *uberrima fides* es criterio de interpretación e integración del contrato de seguro: tanto con relación al alcance y a la extensión de

previsión legal, está la ponderación entre dos principios fundamentales del contrato de seguro: el principio de la audacia y el principio del absentismo. El primero comprende el que Fábio Comparato definió como función estimulante del seguro, segundo el cual el asegurado, una vez aliviado de los riesgos, se lanza con más libertad a sus actividades ordinarias (COMPARATO, Fábio Konder (1968). *O Seguro de Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 13). Bajo esta óptica, el seguro tendría por función dejar al asegurado más libre para actuar, o sea, más libre para correr riesgos y tomar decisiones arriesgadas. Es lo que viene siendo denominado, por la doctrina, de principio de la audacia o “función desarrolladora del seguro” (TZIRULNIK, Ernesto (2015). *Seguro de Riscos de Engenharia*: instrumento do desenvolvimento. São Paulo: Roncarati. p. 108). El principio del absentismo, por su vez, resulta de la comprensión de que el asegurado debe abstenerse de todo aquello que pueda aumentar el riesgo garantizado, en dimensión e intensidad. Igualmente, son deberes preordenados a la prevención del riesgo moral, o sea, a evitar que el asegurado, por haber contratado el seguro, adopte una postura negligente, disminuyendo su grado de vigilancia sobre el interés garantizado, de modo que facilite la ocurrencia del siniestro, o, aún, adoptar una conducta oportunista, visando recibir la indemnización de seguro.

⁴⁷ El incumplimiento de esos deberes de conducta accesorios a la garantía produce efectos jurídicos variados. Puede justificar, dependiendo del caso, efectos de caducidad, de resolución o revisión del contrato, indemnizatorios o, aún, restrictivos de derechos. Cuando son incumplidos por el asegurado, las consecuencias jurídicas varían de acuerdo con el grado de censura de su conducta. Como regla, en caso de mala fe o dolo, el comportamiento del asegurado es sancionado con la pérdida del derecho a la garantía. En el caso de buena fe o de mera culpa, por otro lado, el incumplimiento genera consecuencias jurídicas menos graves al asegurado, las cuales varían de acuerdo con el escopo del deber violado y tutelan la confianza de la aseguradora. En ese sentido, puede justificar la revisión del premio, la resolución del contrato o, eventualmente, indemnización por pérdidas y daños, entre otras consecuencias. La hipótesis es ejemplificada por la disciplina del deber de declaración inicial del riesgo (art. 766, *caput* y par. único, del Código Civil). El incumplimiento de los deberes de conducta por la aseguradora, por otro lado, puede llevar al resarcimiento por pérdidas y daños, a la ineficacia de cláusulas contractuales, o, hasta, imposibilitar el ejercicio de determinada posición jurídica por la aseguradora, entre otras consecuencias. Así por ejemplo, cuando la aseguradora no aclare, al asegurado, cuáles son las circunstancias relevantes del riesgo que este debe declarar cuando la formación del contrato, no puede, posteriormente, alegar el incumplimiento del deber de declaración inicial de riesgo por el asegurado con fundamento en su omisión de circunstancia relevante; con excepción, naturalmente, de aquellos casos en que el asegurado no se encuentra en una posición de asimetría informacional. De la misma forma, cuando la aseguradora no informa adecuadamente, al asegurado-consumidor, sobre determinada cláusula de exclusión de riesgos, no puede, posteriormente, usar esa misma cláusula para negar el pago de la indemnización en caso de siniestro, la cual es ineficaz de acuerdo con art. 46 del CDC.

⁴⁸ Tradicionalmente, en el derecho de los seguros, muchos de esos deberes de conducta exigidos del asegurado son comprendidos por la doctrina como cargas legales (*Obliegenheiten*). Su distinción, de los deberes jurídicos propiamente dichos, se justifica en la medida en que no son objeto de exigibilidad jurídica por el otro contratante, de modo que de su observancia depende apenas la producción de determinado efecto favorable a aquel que debe realizarlo. También se distinguen de los deberes jurídicos propiamente dichos porque, en regla, su no observancia no da causa a la indemnización, pero a otras consecuencias jurídicas, por ejemplo de la caducidad (pérdida del derecho a la garantía). A rigor, sin embargo, de la *uberrima fides*, pueden resultar, en el seguro, tanto cargas legales (deberes accesorios a la garantía *lato sensu*), como deberes accesorios propiamente dichos (deberes accesorios a la garantía *stricto sensu*).

la garantía cuanto con relación al comportamiento exigido de las partes. En caso de ambigüedad, contradicción o de eventual laguna, la *uberrima fides* implica la interpretación o integración del contrato conforme la exigencia de la más estricta buena fe y veracidad, en vista de las expectativas legítimas de los contratantes en la garantía. En este sentido, tendrá importancia destacada para la interpretación de las cláusulas contractuales, notoriamente de aquellas de exclusión de riesgos, así como para la definición del modo adecuado de cumplimiento de los deberes de conducta o, de igual forma, los deberes de prestación principal. Por ejemplo, la definición de lo que sea el tiempo razonable de que dispone el asegurado para avisar del siniestro a la aseguradora, de que trata el art. 771 del Código Civil⁴⁹.

En su función sancionatoria, la *uberrima fides* fundamenta la sanción de la mala fe, del fraude. De ella resulta la previsión legal de un conjunto normativo sancionador de determinados comportamientos fraudulentos típicos del asegurado o de la aseguradora, o, simplemente, en aquellas hipótesis no previstas en ley, la cohibición al comportamiento doloso mediante el ejercicio del *exceptio doli*. El dolo sancionado, aquí, es el dolo específico, es la conducta fraudulenta, practicada de mala fe, ya sea por el asegurado, con la intención de engañar y obtener ventaja indebida de la aseguradora, sea por la aseguradora, con la intención de engañar al asegurado y obtener ventaja indebida de él.⁵⁰ Cuando configurado, el fraude de la aseguradora es sancionado con la obligación del pago duplicado del premio (art. 773 del Código Civil); el fraude del asegurado, con la pérdida del derecho a la garantía y la obligación de pago del premio vencido (arts. 766, 778 y 769 del Código Civil) o duplicado (art. 679, Código Comercial)⁵¹.

En su función limitativa, la *uberrima fides* veda la garantía de actos intencionales del asegurado y de los intereses contrarios a la moral y al orden público. En el primer caso, existe intersección entre *uberrima fides* y riesgo. En el segundo, entre *uberrima fides* e interés legítimo. Cuando la contrariedad de la garantía es originaria, opera en el plano de la invalidez, justificando la nulidad del contrato o de la cláusula específica que

⁴⁹ Art. 771. “Bajo pena de perder el derecho a la indemnización, el asegurado participará el siniestro a la aseguradora, luego que lo sepa, y tomará las providencias inmediatas para disminuir las consecuencias”.

⁵⁰ En otros términos, el dolo sancionado es el que pasamos a denominar “dolo específico”, practicado de mala fe, con la intención de fraude, en contraposición al “dolo genérico”, o sea, al acto voluntario o deliberado del asegurado, causador, por ejemplo, del siniestro o de la agravación del riesgo, practicado sin la intención de fraude, sin mala fe, por motivos ajenos al seguro (MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza (2022). *Direito dos Seguros*. Rio de Janeiro: Forense). Son comportamientos fraudulentos típicos en el contrato de seguro la simulación o la causación dolosa del siniestro con la finalidad de recibir la indemnización de seguro; la omisión dolosa de circunstancias relevantes de riesgo para el pago de premio menor que lo debido; la no comunicación de la agravación del riesgo con la intención de no pagar un premio mayor; la contratación de seguro de daño con garantía superior a lo que valga o bien con la intención de obtener lucro en el caso de siniestro.

⁵¹ Ese fraude opera en el plano de la validez cuando se caracteriza ausencia inicial de elemento esencial del contrato de seguro (e.g. de riesgo o interés legítimo), justificando su nulidad. De otro lado, opera en el plano de la eficacia, autorizando la resolución del contrato, cuando caracteriza ausencia superveniente de elemento esencial. En el caso del seguro marítimo, “siempre que se pruebe fraude o falsedad por alguna de las partes”, la consecuencia es la nulidad del contrato (art. 677, Cód. Comercial).

contenga la violación. Cuando la contrariedad se da a lo largo del vínculo contractual, opera en el plano de la eficacia, justificando la cesación de los efectos de la garantía.

La veda a la garantía del acto intencional del asegurado presenta doble sentido⁵². Veda la contracción que surge destinada a la garantía de actos intencionales⁵³ (art. 762 del Código Civil)⁵⁴ y prohíbe que el contrato del seguro tenga el efecto sobreveniente de garantizar actos intencionales. Esta es la razón por la cual la causación voluntaria del siniestro por parte de asegurado o, de la misma forma, la agravación intencional del riesgo lleva a la pérdida del derecho a la garantía (art. 768 del Código Civil)⁵⁵. En este ámbito, el acto cuya garantía es prohibida comprende el dolo genérico, o sea, el acto del asegurado meramente voluntario o deliberado, causador del siniestro o de la agravación del riesgo, aunque sea practicado sin la intención de fraude, sin mala fe, por motivos ajenos al seguro. No se confunde, de esta forma, con el dolo específico, objeto de sanción.

La veda a la garantía de intereses contrarios a la moral o al orden público presenta amplio sentido. Comprende tanto la prohibición de la garantía de determinadas prácticas ilícitas, con relación a las cuales hay fuerte reprobación social (con la reserva, sin embargo, de que no es todo acto ilícito cuya garantía es vedada), como aquellas situaciones en las cuales el asegurado no sea el titular de un interés legítimo, o sea, de un interés reconocido o tutelado por el orden jurídico⁵⁶.

⁵² Se observa que la veda a la garantía de acto intencional del asegurado caracteriza el seguro desde sus orígenes (DONATI, Antigono (1952). *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè, p. 204). Es percepto fundamental del tipo, que encuentra previsión legal en los más diversos ordenamientos jurídicos, y que repercute en el propio concepto de riesgo como elemento del contrato. Parte significativa de la doctrina, incluso, afirma que el dolo del asegurado importaría en la propia negación del riesgo, haciendo desaparecer el alea o inseguridad que lo caracteriza (HALPERIN, Isaac (1946). *El Contrato de Seguro*: seguros terrestres. Buenos Aires: Tipográfica, p. 265).

⁵³ Hipótesis en que su previsión contractual lleva a la nulidad del contrato, cuando desnaturalizar por completo su causa, o de la cláusula contractual específica que prevea la hipótesis cuando el reconocimiento de la nulidad no desfigure, por completo, el contrato.

⁵⁴ Art. 762. “Nulo será el contrato para garantía de riesgo proveniente de acto doloso del asegurado, del beneficiario, o de representante de uno o de otro”.

⁵⁵ Art. 768. “El asegurado perderá el derecho a la garantía si agravar intencionalmente el riesgo objeto del contrato”. En este aspecto, el derecho brasileiro se particulariza por no contener norma legal que trate específicamente del siniestro intencional. El Código Comercial sanciona el fraude (arts. 677, 3, y 769), sin embargo no propiamente la causación intencional del siniestro, tampoco el Código Civil. Hay, por lo tanto, incidencia directa de la *uberrima fides* (art. 765 del Código Civil)

⁵⁶ No se trata, aquí, de intereses ilícitos propiamente dichos. La prohibición de la garantía de actos ilícitos del asegurado, que constaba en el art. 1.436 del Código Civil de 1916, ya no puede más ser generalizada, haya vista la legitimidad reconocida a los seguros de responsabilidad civil (art. 787 del Código Civil). El criterio, aquí, es otro, más amplio. La veda comprende intereses cuya garantía viola la “ética comunitaria”, cuya garantía atenta contra los “valores sociales dominantes” (MIRAGEM, Bruno (2017). *Direito Civil: Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva. p. 155) o contra los valores fundamentales del sistema jurídico. Este es el caso, por ejemplo, del seguro que se destine a la garantía de bienes o de sustancias en relación con los cuales hay prohibición legal (tipificación penal) o que tenga como objeto bienes importados ilegalmente. También caracterizan a la hipótesis el seguro contratado con intención fraudulenta o de especulación sobre la vida ajena, entre otras tantas situaciones en las cuales el asegurado no es titular de un interés legítimo, o sea, de un interés “jurídicamente relevante”, reconocido o tutelado por el orden jurídico. El contrato de seguro que surge destinado a la garantía de interés inmoral o contrario al orden público es nulo. Sin

10. En su dimensión fáctica (subjética), la *uberrima fides* es estado subjetivo de los contratantes que cualifica tanto la conducta merecedora de protección como, a contrario sensu, la conducta merecedora de sanción.

En su dimensión fáctica (subjética), la *uberrima fides* también presenta importantes consecuencias jurídicas en el contrato de seguro. En este ámbito, el concepto es “funcionalmente ambivalente”⁵⁷. Es estado subjetivo de los contratantes que cualifica tanto a la conducta merecedora de protección cuanto, *a contrario sensu*, la merecedora de sanción. En el primer caso, lleva al reconocimiento de determinado derecho en favor del contratante o, simplemente, de una posición jurídica más favorable. En este sentido, puede tanto atraer la incidencia de cierto régimen jurídico favorable al contratante de buena fe (incidencia positiva de la buena fe subjética) como alejar la aplicación de determinado régimen jurídico previsto que sea desfavorable al contratante de buena fe (incidencia negativa de la buena fe subjética)⁵⁸. En el segundo caso, la ausencia de la buena fe (mala fe), como conducta reprobada por el ordenamiento jurídico, es presupuesto de incidencia de un régimen jurídico sancionador. En este punto, el sistema normativo del contrato de seguro es especialmente orientado a la sanción del comportamiento de la mala fe del asegurado –violador de los deberes accesorios a la garantía– con la pérdida del derecho a la garantía.

11. De la interacción entre las dimensiones normativa (objetiva) y fáctica (subjética) de la *uberrima fides*, deriva la conclusión de que esta puede, en el contrato de seguro, de una sola vez, ser fuente de deberes accesorios a la garantía y estado subjetivo revelador de las consecuencias jurídicas en el caso de incumplimiento de estos mismos deberes.

De la doble dimensión (normativa/objetiva y fáctica/subjética) de la *uberrima fides* en el contrato de seguro deriva la conclusión de que esta puede, de una sola vez, ser fuente de deberes accesorios a la garantía y estado subjetivo revelador de las consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento de estos mismos deberes. Esa circunstancia particulariza el contrato de seguro y resulta de la articulación de las funciones *jurígena* y sancionatoria de la *uberrima fides*.

La hipótesis es evidenciada con clareza por el régimen de declaración inicial del riesgo (art. 766 del Código Civil): se trata de deber legal cuyo fundamento axiológico es la *uberrima fides* y cuyo incumplimiento produce diferentes consecuencias jurídicas de acuerdo con la buena fe (subjética) del asegurado, o sea, conforme haya omitido o prestado las declaraciones no verídicas de buena fe (por desconocimiento o mera culpa) o de mala fe (con intención de perjudicar a la aseguradora). En caso de mala fe, la conducta es sancionada con la pérdida del derecho a la garantía y el asegurado

prejuicio, sin embargo, cuando el vicio no desnaturaliza por completo su causa, de que sea declarada apenas la nulidad de la cláusula contractual específica que prevea la hipótesis. Cuando, en razón de determinado comportamiento del asegurado, practicado cuando la ejecución del contrato, este venga a tener como efecto sobreveniente la garantía de interés inmaterial o contrario al orden público, cesan los efectos de la garantía.

⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, António (2013). *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina. p. 513.

⁵⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar (2011). *Proteção da boa-fé subjetiva*. Recuperado en marzo de 2021 de: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/154.pdf. p. 197.

permanece obrigado al pago de premio vencido. En caso de buena fe, la aseguradora tiene derecho a la resolución del contrato o a la cobranza, aun después del siniestro, de la diferencia del premio.

REFERENCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar (2011). *Proteção da boa-fé subjetiva*. Recuperado en marzo de 2021 de: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/154.pdf.
- AMZALAK, Moses Bensabat (1958). *O tratado de seguros de Pedro Santarém*. Tradução do original em latim de Pedro Santarém por Miguel Pinto de Meneses. Lisboa.
- BENSA, Enrico (2010). *Il contratto di assicurazione nel medio evo: studi e ricerche*. [1884]. Whitefish: Kessinger Publishing; LLC.
- BIGOT, Jean (direction), (2002). *Le contrat d'assurance*. t. 3. Paris: L.G.D.J.
- BIRDS, John (2013). *Modern Insurance Law*. 9.ed. London: Sweet & Maxwell.
- BURKE, Peter (2016). *Hibridismo Cultural*. São Leopoldo: Editora Unisinos.
- FRADA, Carneiro da (2004). *Teoria da Confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina.
- COMPARATO, Fábio Konder (1968). *O Seguro de Crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- COMPARATO, Fábio Konder (1972). Substitutivo ao capítulo referente ao contrato de seguro no anteprojeto do Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano XI, n.5.
- DONATI, Antigono (1952). *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*. v. 2. Milano: Dott. A. Giuffrè.
- EGGERS, Peter; PICKEN, Simon (2018). *Good Faith and Insurance Contracts*. 4. ed. Abingdon: Informa Law from Routledge.
- HALPERIN, Isaac (1946). *El Contrato de Seguro: seguros terrestres*. Buenos Aires: Tipografica.
- LISBOA, José da Silva (Visconde de Cayru), (1874). *Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*. 6 ed. T. II. Rio de Janeiro: Typographia Academica.
- MALCOLM; Clarke (2009). *The law of insurance contracts*. 6. Ed. London: Informa.
- MARQUES, Claudia Lima (2011). *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MARTINS-COSTA, Judith (2015). *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons.
- MARTINS, Maria Inês de Oliveira (2018). *Contrato de seguro e Conduta dos Sujeitos Ligados ao Risco*. Coimbra: Almedina.
- MENEZES CORDEIRO, António (2013). *Da Boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina.

- MENEZES CORDEIRO, António (2012). *Tratado de direito civil*. v. I. Coimbra: Almedina.
- MEYER, Rudolf (1994). *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*. Verlag: Göttingen Wallstein.
- MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza (2022). *Direito dos Seguros*. Rio de Janeiro: Forense.
- MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza (2021). *O Código do Cantão de Zurique e o Direito dos Seguros brasileiro (parte 1 e 2)*. In: Conjur. Coluna Seguros Contemporâneos. Recuperado de: <https://www.conjur.com.br/secoes/colunas/seguros-contemporaneos>.
- MIRAGEM, Bruno (2019). A contribuição essencial do direito comparado para a formação e o desenvolvimento do direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 1000. Fev.
- MIRAGEM, Bruno (2013). *Abuso do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MIRAGEM, Bruno (2017). *Direito Civil: Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva.
- MIRAGEM, Bruno (2015). *O Direito dos Seguros no Sistema Jurídico Brasileiro: uma introdução*. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica (org.). *Direito dos Seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MÖLLER, Von Hans (1938). *Versicherung und Treu und Glauben*. In: *Kernfragen der Versicherungs-Rechtsprechung*, Berlin: E.S Mittler & Sohn.
- MONTI, Alberto (2002). *Buona Fede e Assicurazione*. Milano: Giuffrè.
- PARDESSUS, Jean-Marie (1831). *Collection de Lois Maritimes Antérieures au XVIIIe Siècle*. Paris: L’Imprimerie Royale. T. IV.
- PARDESSUS, Jean-Marie (1831). *Collection de Lois Maritimes Antérieures au XVIIIe Siècle*□, T. V. PARIS, L’Imprimerie Royale.
- PARK, Semin (1996). *The duty of disclosure in insurance contract law*. England: Dartmouth.
- PETERSEN, Luiza (2024). *Boa-fé no contrato de seguro*. Indaiatuba-SP: Editora Foco.
- PICARD; Besson (1975). *Les Assurances Terrestres*, t. I. 4. ed. Paris: L.G.D.J.
- POTHIER (1810). *Traité du Contrat D’Assurance* (1766). Marseille. Roux-Rambert.
- SCHNEIDER (2003). *Uberrima fides*. Treu und Glauben und vorvertragliche Aufklärungspflichten im englischen recht. Berlin: Duncker & Humblot.
- TZIRULNIK, Ernesto (2015). *Seguro de Riscos de Engenharia: instrumento do desenvolvimento*. São Paulo: Roncarati.
- VALIN, René-Josué (1760). *Commentaire sur L’Ordonnance de la Marine, du mois d’aout 1681*. Poitiers: F.-A. Saurin, Imprimeir-Libraire.
- WATSON, Alan (1993). *Legal Transplant: an approach to Comparative Law*, 2^a ed. Athens: University of GEORGIA Press.

MÉRITO Y TRANSPARENCIA RESPECTO A LA DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS DE SEGUROS*

MERIT AND TRANSPARENCY IN THE DISTRIBUTION OF INSURANCE PRODUCTS

LORENZO MEZZASOMA**

Fecha de recepción: 01 de octubre de 2024

Fecha de aceptación: 01 de noviembre de 2024

Disponible en línea: 30 de junio de 2025

Para citar este artículo/To cite this article

MEZZASOMA, Lorenzo. *Mérito y transparencia respecto a la distribución de productos de seguros*, 62 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 45-66 (2025). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris62.mtrd>

doi:10.11144/Javeriana.ris62.mtrd

* Este capítulo corresponde al artículo publicado en la obra “*El derecho de consumo. Su lectura a la luz de los valores y principios constitucionales*”. Publicado por la Pontificia Universidad Javeriana, Universidad de Perugia y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2023.

** Licenciado en Derecho por la Universidad de Perugia, Especialista en Derecho civil por la Escuela de Especialización en Derecho Civil de la Universidad de Camerino (Italia), Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Desde el año 2002 es Profesor de Derecho privado en la Universidad de Perugia y en el año 2010 obtuvo el reconocimiento como Catedrático de Derecho privado. Actualmente, es Profesor de Derecho privado y Derecho de consumo en la Universidad de Perugia. Imparte también clases en diferentes maestrías y posgrados universitarios en Italia, y fuera de ella.

RESUMEN

La complejidad de los mercados regulados ha puesto de manifiesto la necesidad de una reinterpretación de la autonomía negocial de las partes que, siendo funcional a la realización de los valores y principios constitucionales que fundamentan nuestro ordenamiento jurídico, se pliegue a la necesidad de proteger a la parte más débil del contrato. Esto es particularmente evidente en los mercados de seguros, donde a menudo asistimos a sindicatos de validez en las negociaciones –o en cláusulas contractuales individuales (como, por ejemplo, las cláusulas de *claims made*)– que se centran en verificar la existencia de una causa concreta que sea realmente digna de protección. La fuerte apuesta del legislador por el reconocimiento de una protección sustancial del cliente-contratante débil pasa, además, por un reforzamiento de la operatividad del principio de transparencia que, superando el ámbito restringido de la relación de información, se extiende también al ámbito más amplio de toda la actividad desarrollada por el intermediario, con el fin de evitar que el mismo incurra en conductas ambiguas y poco claras que perjudiquen los intereses del cliente.

Palabras clave: Mercados regulados - Productos de seguros - Protección sustancial del contratante débil - Juicio de mérito de los intereses (*meritevolezza*) - Transparencia.

ABSTRACT

The complexity of regulated markets has made the need to reinterpret the autonomy of the parties a more salient issue. Hence, at the same time that such (private) autonomy seeks to meet the requirements of the values and principles of our own constitutional and legal order, it also seeks to protect the weaker contractual party. This is particularly evident in insurance markets where the issue of validity in the context of negotiations is often resorted to, or where there are claims made-type clauses, which are focused on verifying a legal cause that is ultimately worth protecting. The fact that the lawmaker seeks to protect the contractual weakest or weaker party entails the strengthening of the principle of transparency once it has overcome the scope of an informational relationship, that also covers all actions carried out by the intermediary to avoid its behaving in a manner that impairs or harms the interests of the customer.

Keywords: Regulated markets, Insurance products, Weaker party material protection, “*Meritevolezza*”, Transparency

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Juicio de mérito (*meritevolezza*), autonomía negocial, productos bancarios y de seguros. 3. Alcances del juicio de mérito y las cláusulas *claims made* en el seguro. 4. Tutela sustancial a los sujetos más necesitados de protección y el deber de información. 5. La forma del contrato y la proliferación de vínculos formales en la actualidad. 6. El moderno papel asignado a la transparencia. Bibliografía.

1. GENERALIDADES

La complejidad de los mercados regulados ha supuesto evidentes problemas bajo el perfil de la tutela de las partes que intentan realizar sus propios intereses –no siempre de naturaleza patrimonial– justo a través del acceso a esos segmentos económicos. La proliferación de normativas sectoriales dirigidas a regular la relación que une al cliente con sujetos que, como los intermediarios se encuentran entre el mercado y el destinatario final del mismo, han incidido seguramente de manera positiva en el nivel de protección de la parte débil, aunque no en un modo del todo satisfactorio. La opacidad de los mercados, su complejidad, la intrínseca incomprensibilidad de determinados productos han estimulado y facilitado conductas fraudulentas por parte de sujetos profesionales que, de hecho, han permitido a los mismos eludir –a veces impunemente– la mencionada normativa sectorial¹. Esto ha hecho cada vez más necesario un retorno a los principios del Derecho, estimulado por una creciente cultura jurídica cercana a aquellas concepciones que reformulan la autonomía negocial asignándole una disciplina funcional para la realización del papel instrumental que cada contrato está llamado a asumir en el moderno sistema jurídico².

Desde este punto de vista, si, por un lado, permanece la idea de una autonomía negocial como lugar ideal en el que la libertad de las partes puede generar los más dispares reglamentos negociales funcionales para la realización de los intereses privados³, por el otro no se contemplan las hipótesis excepcionales como disposiciones de sector que –de manera más o menos incisiva– limitan la libertad de las partes⁴ y parece

¹ Sobre estos aspectos, v. G. BERTI DE MARINIS. *Regolamentazione del mercato finanziario e principio di trasparenza*, en *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 992 ss.

² Sobre el punto, preliminarmente, G. GRISI. *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 16 ss.; P. PERLINGIERI, *I mobili confini dell'autonomia privata*, en *Id.*, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, pp. 15 ss.; L. DI NELLA. *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, pp. 25 ss.; D. D'ANGELO. *Considerazioni minime in tema di limiti all'autonomia contrattuale*, en *Giur. merito*, 2006, pp. 2605 ss.; G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, en *Europa e dir. priv.*, 2007, pp. 325 ss.; G. ALPA. *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, pp. 571 ss. M. PENNASILICO, Art. 1322, en *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, por G. Perlingieri, 3ª ed., Napoli, 2011, pp. 372 ss.; L. MEZZASOMA. *El contrato de compravenda y la protección del consumidor*, Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 5 de febrero de 2013; G. PALERMO. *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, en *Giur. it.*, 2015, pp. 491 ss.; G. VILLANACCI, *Interesse lecito e interesse meritevole di tutela: i limiti sostanziali all'autonomia negoziale*, en *Pers. merc.*, 2016, pp. 8 ss.

³ F. CRISCUOLO. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, en *Tratt. dir. civ. CNN* dirigido por P. Perlingieri, Napoli, 2008, p. 1 ss.; L. MEZZASOMA. *La protección del contraente débil en la legislación italiana*, en *Rev. jur. daños*, 2/2012, en www.ijeditores.com.ar; S. PATTI, *Autonomia e diritto privato europeo*, en *Contr. impr.*, 2013, p. 633 ss.; L. FERRAJOLI. *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, en *Giust. civ.*, 2014, pp. 27 ss.

⁴ En esta tendencia, en general, R. CLARIZIA. *Nuovi limiti all'autonomia contrattuale delle parti*, en F. RUSCELLO (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, I, Napoli, 2008, pp. 271 ss., se piensa, en particular, en las importantes limitaciones de la autonomía negocial impuestas dentro de las disposiciones de tutela al consumidor. En la doctrina, entre muchos, G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, en *Contr.*, 2008, pp. 723 ss.; F. CRISCUOLO, o.c., pp. 56 ss.; A. SPADAFORA, *Il demiurgo del contratto alla ricerca del "giusto prezzo"*, en *Giust. civ.*, 2011, pp. 1113 ss.; E.

consolidarse siempre de un modo más claro la idea de que la reglamentación negocial no puede confiarse exclusivamente a las disposiciones ordinarias⁵.

En este mutado contexto, la indiscriminada libertad que se reconocía a las partes en función de la intangibilidad del «valor» de la autonomía privada⁶ entra profundamente en crisis bajo el impulso de aquellos que tienden a poner acento en la función que la autonomía negocial adquiere en los modernos sistemas de Derecho y que determina que la misma sea calificable como medio para permitir a las partes realizar sus propios intereses —privados y personales—, pero subordinando cada acto de autonomía a la realización de valores y principios medulares de nuestro ordenamiento cristalizados en normas de rango superior⁷. En este cuadro, entonces, el interés que las partes persiguen sí es individual, pero nunca podrá ser egoísta o no funcional.

Esta evolución resulta fuertemente deudora del asentamiento progresivo de los ordenamientos destinados a ver las normas constitucionales no ya como disposiciones programáticas, y como tales, privadas de inmediatos efectos directos, sino, al contrario, como normas preceptivas⁸ y vinculantes en las relaciones inter privadas⁹. Dado que son normas directamente eficaces¹⁰, las disposiciones constitucionales representan límites inmediatos al ejercicio de la autonomía privada, los que deben ser respetados¹¹.

CAPOBIANCO. *La tutela del contraente consumidor en el derecho italo-europeo*, en *Pers. merc.*, 2015, pp. 10 ss.; L. MEZZASOMA., *Rapporti con la clientela e clausole vessatorie*, en V. TROIANO e R. MOTRONI (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela, regole di governance, mercati*, Padova, 2016, pp. 81 ss.

⁵ P. PERLINGIERI. *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli 1975, p. 70; Id., *Profili del diritto civile*, 3ª ed., Napoli 1994, p. 242; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, pp. 334 ss.

⁶ Cfr., G. STOLFI. *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, pp. X ss.; F. SANTORO PASSARELLI. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, p. 109.

⁷ Aún con distintos matices, ponen en relación el principio de autonomía negocial con los parámetros constitucionales, F. MESSINEO, *Il contratto in generale*, I, en *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1973, p. 42; F. GALGANO. *Negozio giuridico (dottrine generali)*, en *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 948; G. ALPA. *Libertà contrattuale e tutela costituzionale*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 35 ss.; L. MENGONI. *Autonomia privata e Costituzione*, en *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.; ESPOSITO. *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, pp. 93 ss.; A. LISERRE. *Costituzione e autonomia contrattuale*, en *Corr. giur.*, 2008, pp. 153 ss.; Id., *Costituzione e autonomia contrattuale*, en *Jus*, 2008, pp. 83 ss.; MASTORILLI. *Autonomia privata, mercato e contratti d'impresa*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, pp. 117 ss.; P. RESCIGNO. *Autonomia dei privati*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, pp. 15 ss.; E. NAVARRETTA. *Diritto civile e diritto costituzionale*, en *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 666 ss.; L. MEZZASOMA. *Disciplina del contratto, tutela del contrattante mas debil y valor constitucional*, en *Derecho privado y constitution*, 2015, pp. 187 ss.

⁸ P. PERLINGIERI. *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 95 ss.; Id., *Aplicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, en *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 332 ss.

⁹ P. PERLINGIERI. *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, en *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 787 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 543 ss. y, por último, en Id., *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, Napoli, 2012, pp. 271 ss.

¹⁰ P. PERLINGIERI. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 131 ss.; Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, en Id., *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 112 ss. (ya en *Rass. dir. civ.*, 1980, pp. 95 ss.); Id., *Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione»*, en *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 807 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 543 ss.

¹¹ P. PERLINGIERI. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., pp. 535 ss.

Esta evolución ha sido recogida, ahora de un modo sólido, en el tema de control causal de los contratos¹², en relación con el cual el tránsito de una acepción de la causa entendida como función económico-social¹³ y una causa concreta entendida como función económico-individual¹⁴, ha permitido ver en la causa un instrumento para verificar la efectiva adhesión del negocio a la estructura axiológica del ordenamiento¹⁵.

Un control de *meritevolezza* [o de mérito] de los intereses, precisamente porque se efectúa en relación con la causa en concreto, permite al juez valorarlo teniendo en consideración todas las circunstancias, los intereses y la finalidad que caracterizan la negociación y de llegar, entonces, a una unión extremadamente incisiva, en grado de penetrar en profundidad en la negociación apreciando todos los matices¹⁶.

Este tipo de control, expresamente enunciado en el art. 1322, punto 2, c.c., a pesar de algunas voces discrepantes¹⁷, se distingue hoy del control de legalidad, dado que

¹² M. GIORGIANNI. *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 547 ss.; G. ALPA. *Causa e tipo*, en *Vita not.*, 1997, pp. 3 ss.; ID., *La causa e il tipo*, en *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, I, *I contratti in generale*, por E. Gabrielli, Milano, 2006, p. 541 ss.; M. DELL'UTRI, *Art. 1343*, en *Codice civile*, por P. Rescigno, 7ª ed., Milano, 2008, pp. 2450 ss.; ROLLA. *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, pp. 66 ss.

¹³ E. BETTI. *Teoria generale del negozio giuridico*, en *Tratt. Vassalli*, Torino, 1952, pp. 114 ss.; ID., *Causa del negozio giuridico*, en *Novss. Dig. it.*, III, Torino, 1959, p. 386; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, en *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 825 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *o.c.*, pp. 172 ss. Para la jurisprudencia, Cass., 16 de noviembre de 1979, n. 5953, en *www.dejure.it*; Cass., 3 de julio de 1980, n. 3621, en *Giust. civ.*, 1980, I, 2138; Cass., 11 de agosto de 1980, n. 4921, en *www.dejure.it*; Cass., 29 enero 1983, n. 826, *ivi*.

¹⁴ FERRI, G.B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 98 ss.; ID., *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico*, en *Riv. dir. comm.*, 1986, I, pp. 127 ss.; ID., *Motivi presupposizione e l'idea di meritevolezza*, en RUSCELLO, F. (a cura di), *Studi in onore di Davide Messinetti*, II, Napoli, 2009, p. 55; ID., *Il problema della causa del negozio giuridico*, en LIPARI, N. (a cura di), *Rosario Nicolò*, Napoli, 2011, p. 165; ROPPO, V., *Causa tipica, motivo irrilevante, contratto illecito*, en *Foro it.*, 1971, I, c. 2379; ID., *Il contratto*, en *Tratt. Iudica-Zatti*, 2ª ed., Milano, 2011, pp. 343 ss.; CARUSI, D., *La disciplina della causa*, en *I contratti in generale*, por E. Gabrielli, en *Tratt. contr. Rescigno*, II, Torino, 1999, pp. 536 ss.; BRECCIA, U. *Causa*, en ALPA, G.; BRECCIA, U. e LISERRE, A. (a cura di), *Il contratto in generale*, en *Tratt. Bessone*, XII, Torino, 1999, pp. 1 ss.; BIANCA, C.M. *Diritto civile*, II, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, pp. 452 ss.; En la jurisprudencia, Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, en *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2481; Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, en *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1985; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, en *www.dejure.it*; Cass., 1 aprile 2011, n. 7557, *ivi*; Trib. Arezzo, 28 giugno 2011, *ivi*; Cass., 10 gennaio 2012, n. 65, *ivi*.

¹⁵ ROSSI, F. *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*, en *Rass. dir. civ.*, 2008, pp. 573 ss. Al contrario, la precedente acepción de la causa llevaba a los intérpretes a limitarse a verificar si el contrato resultaba expresión de los tipos negociales expresamente disciplinados por la ley. La crítica formulada a tal reflexión se fundaba en la incapacidad de la misma de conseguir distinguir el tipo de la causa del negocio. Sobre estos aspectos, ampliamente, B. IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*, en *Giust. civ.*, 2007, I, pp. 1193 ss.

¹⁶ URCIUOLI, M.A. Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale, en *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 764: «Rechazada la tradicional identificación de la causa con la función abstracta e inmutable del tipo negocial, cada interés esencial en la economía del negocio confluye necesariamente en el esquema causal del acto de autonomía concretamente establecido».

¹⁷ Sobre estas orientaciones, cfr., FERRI, G.B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., pp. 129 ss.; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, en *Riv. dir. comm.*, 1979, I, pp. 8 ss.; ROPPO, V. *Contratto*, en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, p. 118 ss.; ID., *Il contratto*, cit., p. 346; GUARNIERI, A. *Meritevolezza dell'interesse*, en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XI, Torino, 1994, pp. 324 ss.; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, en *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 799 ss.; GABRIELLI, G. *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità dei negozi immobiliari*, en *Riv. dir. civ.*, 1994, I, pp. 799 ss.

manifestarían dos exigencias sancionadoras completamente distintas y no congruas¹⁸. Mientras el control de legalidad se concreta en un juicio negativo consistente en la comprobación de la no contrariedad del contrato respecto de normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres¹⁹, el de *meritevolezza* aparece, sin embargo, caracterizado por la exigencia de verificar en positivo si la negociación se encuentra conforme con los principios y valores del ordenamiento, es decir si coopera activamente con el progreso del sistema²⁰.

liari, *ivi*, 2007, I, pp. 321 ss. En la jurisprudencia, son propensos a esa solución, la Cass., 13 de mayo de 1980, n. 3142, en *Rep. Foro it.*, 1980, voce *Contratto in generale*, c. 602, n. 56; Cass., 6 de febrero de 2004, n. 2288, en *Contr.*, 2004, p. 801; Trib. Reggio Emilia, 26 de marzo de 2007, en *Fam. e dir.*, 2008, p. 616; Trib. Trieste, 19 de septiembre de 2007, en *Notariato*, 2008, p. 251; Cass., 18 de febrero de 2010, n. 3947, en *Giur. it.*, 2010, p. 2038, con nota de ROCCHIO, F. *Le garanzie autonome, e in particolare le polizze fideiussorie, viste dalle Sezioni unite*.

¹⁸ Distinguen entre el juicio de legalidad y el de *meritevolezza*, aunque sin posición unánime en lo que se refiere al último, MAJELLO, U. *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, en *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 493 ss.; BIANCA, C.M. *Contratto europeo e principio causalista*, en *I mobili confini dell'autonomia privata, Atti del Convegno di Studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara*, Milano, 2005, 401 ss.; SICCHIERO, G. *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, en *Contr. e impr.*, 2004, 545; PERLINGIERI, P. e FEMIA, P. *Nozioni introduttive e principi del diritto civile*, Napoli, 2004, pp. 99 ss.; PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 346 ss.; ID., *I giuristi e la Costituzione italiana ancora da attuare*, en *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2011, p. 93 ss. En jurisprudencia, App. Milano, 29 de diciembre de 1970, en *Riv. dir. comm.*, 1971, I, p. 81; Cass., 23 de febrero de 2004, n. 3545, en *Rass. dir. econ. sport*, 2006, p. 203, con nota de INDRACCOLO, *La cessione del calciatore tra legge dello Stato e disposizioni federali*; Trib. Torino, 27 enero 2005, en *Giur. it.*, 2006, p. 1184; Cass., 19 de junio de 2009, n. 14343, en *Vita not.*, 2009, p. 1441.

¹⁹ CATAUDELLA, A. *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, en ID., *Scritti giuridici*, Padova, 1991, p. 165. Sobre el control de legalidad, v. difusamente CHITO, M.B. *Art. 1343*, en *Codice civile*, por P. Rescigno, cit., pp. 2450 ss.; F. MAIOLO, *Il controllo sulla causa tra assenza e illiceità*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, pp. 3 ss.; FEDERICO, A. *Art. 1343*, en *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, por G. Perlingieri, cit., pp. 553 ss.; NAVARRETTA, E. *Art. 1343*, en *Dei contratti in generale*, por Navarretta y Orestano, I, en *Commentario del codice civile*, dirigido por E. Gabrielli, Torino, 2011, pp. 577 ss.; F. ADDIS, *Art. 1343*, en *Codice civile commentato*, por C. Bonilini, M. Confortini y G. Granelli, cit., pp. 2962 ss.

²⁰ Como ha sido observado por influyente doctrina, ese control tiene que ser efectuado en provisión del criterio cuantitativo de la proporcionalidad de los intereses en juego, y sobre el cualitativo de adecuación y racionalidad de los mismos. En este sentido, PENNASILICO, M. *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, p. 156 ss. Entiende que el juicio de *meritevolezza* se encuadra en un balance de los valores en juego, DI RAIMO, R. *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata*, en *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 982 s. Sobre la relación entre el principio de racionalidad y control de *meritevolezza*, v. GIORGINI, E. *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, pp. 200 ss. En sentido contrario, hay quienes observan que ese juicio de *meritevolezza* tenga que desarrollarse teniendo como parámetro las valoraciones que sobre ese determinado acto negocial se expresan en el ámbito internacional. En este sentido, GALGANO, F. *La giurisprudenza della società post-industriale*, en *Contr. impr.*, 1989, p. 363; ID., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 97. Como crítica a tal reconstrucción que ve el control de *meritevolezza* desde un punto de vista de utilidad económica en lugar de valoración axiológicamente orientada a la autonomía negocial, PERLINGIERI, P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 338 ss.

2. JUICIO DE MÉRITO (*MERITEVOLEZZA*), AUTONOMÍA NEGOCIAL, PRODUCTOS BANCARIOS Y DE SEGUROS

Este juicio se utiliza siempre con mayor frecuencia para cuestionar la validez de los reglamentos contractuales excesivamente desproporcionados y que esconden un sustancial desequilibrio que se convierte en la realización de perjuicios no indiferente al contratante débil. No es casual, de hecho, la necesidad de someter a una atenta verificación la autonomía negocial y los intereses que a través del ejercicio de la misma se intenten realizar, lo que ha tenido lugar, sobre todo, en el ámbito de todas aquellas negociaciones que tienen lugar en sectores particularmente sensibles, puesto que involucran –y pueden perjudicar– valores de primario interés dentro de nuestro sistema de derecho. La referencia es, obviamente, a los mercados financieros en los cuales, a pesar de la presencia de disposiciones sectoriales, la tutela del cliente se lleva a cabo a través de la aplicación de los principios ordinamentales.

Esta relevancia, llama inevitablemente a los distribuidores de productos bancarios, de seguros y financieros a cumplir una función más atenta de evaluación sobre el concreto sistema de los intereses de los que son titulares los contratantes.

Así, para poner un ejemplo, el control de *meritevolezza* [mérito] se ha utilizado para cuestionar la validez de los contratos *swap* que, propuestos a los clientes como contratos destinados a cubrir el riesgo de la oscilación de las tasas variables, se dan, sin embargo, negociaciones caracterizadas por la alta especulación y carácter perjudicial para el cliente.

La posibilidad de apreciar la concreta y evidente incapacidad del acto negocial para cumplir la mencionada finalidad de la cobertura, ha conducido a los jueces a declarar la nulidad por *immeritevolezza* de la causa²¹. En esas circunstancias, el juicio negativo que se hace en torno a la negociación no se debe al hecho de que la misma no haya aportado ventajas al contratante –siendo totalmente normal y posible en las negociaciones financieras que se caracterizan por un cierto grado de riesgo– sino por la incapacidad estructural del contrato de realizar el interés que había llevado al cliente –normalmente solicitado por parte del intermediario– a celebrar ese tipo de contrato que luego se revela favorable exclusivamente para el empresario. La formación de estos contratos, de hecho, determinaba un desplazamiento del riesgo negocial exclusivamente hacia la parte débil, expresando, de ese modo, una formación no conforme con los intereses privados²².

Es evidente cómo una estructura negocial de este tipo abiertamente contrasta con el art. 2 const., en la medida en la que, penalizando de manera unilateral y cierta a uno de los contratantes, viola el principio personalista y solidario, pero también el art. 3 const. (principio de igualdad) y el art. 47 const. (tutela del ahorro).

²¹ App. Milano, 18 de septiembre de 2013, en *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, p. 278; Trib. Roma 8 de enero de 2016, en www.dejure.it.

²² Trib. Trento, 7 mayo 2015, en www.dejure.it.

Del mismo modo, la Suprema Corte de Casación, ha tenido oportunidad de aplicar dichos principios a los contratos definidos *four you*, en los cuales el riesgo negocial se trasladaba integral y exclusivamente al cliente minorista. La compleja operación negocial, de hecho, prevé la concesión de un préstamo por parte del intermediario en favor del cliente que el mismo intermediario utiliza directamente para adquirir títulos por cuenta de la contraparte. Contextualmente, los títulos adquiridos se constituían como prenda por parte del intermediario, como garantía del pago, por parte del cliente, durante de los plazos del préstamo. El plazo de treinta años de la operación hacía del todo aleatoria –y extremadamente lejana en el tiempo –la eventual liquidación de la inversión de frente a una inmediata y segura ganancia del intermediario sobre el préstamo y sobre las comisiones²³.

La ausencia de equilibrio se veía ulteriormente agravada, especialmente, por el hecho de que tales productos se anunciaban y publicaban como formas de seguridad social alternativas a bajo riesgo, distorsionando completamente la realidad de los hechos, induciendo al cliente a la compra. Parece evidente, según lo examinado por la jurisprudencia, la utilización distorsionada de la autonomía negocial que se lleva a cabo en este tipo de casos, a pesar de la formal adhesión de esas inversiones a las disposiciones sectoriales pertinentes. Basta de hecho señalar cómo la concesión de una financiación para la compra de productos financieros se ajusta completamente a la definición de «servicios accesorios» que pueden ser prestados por parte del intermediario y, cómo tales servicios serían plenamente lícitos. La particular modalidad en la que se expresa la autonomía negocial, hace evidente el desequilibrio negocial que la misma crea y el ilegítimo sacrificio de los intereses del cliente. Precisamente tales consideraciones han empujado a la jurisprudencia a entender a esa tipología de negociación como «no merecedora de tutela, ex art. 1322, punto 2, c.c., poniéndose en contraste con los principios emergentes de los arts. 38 y 47 const. sobre la tutela del ahorro y el incentivo de las formas de seguridad social, también privada»²⁴.

3. ALCANCES DEL JUICIO DE MÉRITO Y LAS CLÁUSULAS CLAIMS MADE EN EL SEGURO

No se debe pensar, sin embargo, que el juicio de *meritevolezza* [o de mérito] sea algo referible a la totalidad del contrato exclusivamente, pudiendo predicarse también respecto a disposiciones negociales individuales que entren en conflicto con los citados principios y valores. En el ámbito del seguro, el tema ha adquirido una importancia central después de un importante pronunciamiento de las Secciones Unidas de la Casación²⁵ que se han pronunciado sobre la abstracta validez de las cláusulas conocidas como *claims made*²⁶.

²³ App. Napoli, 10 de marzo de 2013, en *Il foro napoletano*, 2015, p. 513; Trib. Salerno, 20 de febrero de 2015, en *www.dejure.it*; Cass., 30 de septiembre de 2015, n. 19559, en *www.dejure.it*.

²⁴ Cass., 30 de septiembre de 2015, n. 19559, cit.

²⁵ Cass. sez. n. 6 de mayo de 2016 n. 9140, en *www.dejure.it*.

²⁶ A.C. NAZZARO. *Le clause "Claims Made" nel nuovo contesto del Decreto Ministeriale 22 settembre 2016*, Relación de la Conferencia «Responsabilità dell'avvocato e assicurazioni obbligatorie. Profili civili-

Como es sabido, las mencionadas cláusulas ya introducidas frecuentemente en los contratos de seguros, representan una desviación del esquema legal de los denominados loss occurrence: mientras en condiciones normales la póliza de seguro por daños cubre todos los siniestros asegurados que tengan lugar en el periodo de vigencia del contrato, por el efecto de la cláusula claims made el contrato cubrirá exclusivamente los siniestros relativos a los cuales la solicitud de resarcimiento se haya formulado durante la vigencia de la póliza.

El panorama de las *clausole claims made*, cabe decir que no se compone de una única tipología de cláusula, y la formación que esta va asumiendo condiciona profundamente el juicio de las mismas. La casuística permite de hecho distinguir entre cláusulas *claims made* puras, en las que se cubren siniestros que se han verificado antes de la celebración del contrato (con un límite temporal establecido contractualmente), siempre que se denuncien durante la vigencia del contrato, y cláusulas *claims made* espurias o mixtas, con base en las cuales serán indemnizados los siniestros cuya solicitud de indemnización tenga lugar por primera vez durante la vigencia del contrato y siempre que se hayan verificado en el mismo lapso temporal. A veces, las pólizas modeladas a través de una cláusula *claims made* pueden prever la llamada garantía póstuma que permite al asegurado obtener la indemnización también si la reclamación resarcitoria tiene lugar después de la cesación de los efectos del contrato, siempre que sea dentro del límite temporal previsto en la póliza.

Las posiciones de los intérpretes sobre la admisibilidad de tales cláusulas están claramente divididas entre los que, aun con distintas motivaciones, han sostenido su validez²⁷ y los que, al contrario, se han mostrado partidarios de sancionar con la nulidad tal disposición negocial²⁸.

Sin entrar en el tema relativo a la cualificación de dichas cláusulas como abusivas según el art. 1341 c.c. y, en cuanto tales, sujetas a la doble firma²⁹, la sentencia de las Secciones unidas de la que se ha proferido hace poco, se detiene justo en la validez de estas cláusulas.

La posición asumida por las Secciones unidas de la Casación, aunque no siendo del todo nueva en la jurisprudencia³⁰ y no dando una respuesta unitaria en función de las

stici e deontologici», Firenze 14 de dicembre de 2016; ID., *L'assicurazione e il mercato nella composizione degli interessi in gioco (Editoriale)*, en *Dir. merc. assic. fin.*, 2016, pp. 249 ss.

²⁷ Cfr. las opiniones de LANZANI, C. *La travagliata storia delle clausole claims made: le incertezze continuano*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, pp. 864 ss.; PARTENZA, I. *Assicurazioni di rc delle aziende ospedaliere e clausole claims made: un equivoco senza fine*, en *Assicurazioni*, 2010, pp. 673 ss.; TASSONE, B. *Clausola claims made, professionisti e terzo contratto*, en *Danno resp.*, 2012, pp. 717 ss.

²⁸ MONTICELLI, S. *La clausola claims made tra abuso del diritto ed immeritevolezza*, en *Danno resp.*, 2013, pp. 701 ss.; M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni*, II, Padova, 2013, p. 38.

²⁹ Las Secciones unidas de la Casación sostienen que las cláusulas *claims made* no tienen el efecto de reducir la responsabilidad de la aseguración por los siniestros ocurridos sino que realizan la función de delinear de un modo diverso el objeto de la aseguración, circunscribiendo temporalmente los siniestros indemnizables. En cuanto cláusula que no incide en la responsabilidad de las partes, las cláusulas *claims made* no deben considerarse sujetas a lo dispuesto en el art. 1341 c.c.

³⁰ Trib. Milano, 5 de julio de 2005, en *Fall.*, 2006, p. 438; Trib. Napoli, 11 de febrero de 2010, en *Assicurazioni*, 2011, p. 131.

circunstancias del caso en concreto, declara la abstracta validez de las cláusulas *claims made*, pero poniendo atención el juez en la necesidad de someterlas a un control de mérito –*meritevolezza*–.

Descartando la opinión de quienes han considerado inválidas las citadas cláusulas por ser ilícitas por contrariar el art. 1917, punto 1, c.c.³¹, las Secciones unidas llaman a los jueces de instancia a la evaluación de la idoneidad de dichas cláusulas respecto a la realización de los intereses merecedores de tutela, pero no se eximen, aún sumariamente, de evaluar cuáles pueden ser los elementos a considerar para cumplir la mencionada valoración.

Lo que parece guiar a los jueces es la necesidad de garantizar un equilibrio del contrato de seguro que podría estar fuertemente comprometido por la inclusión de ciertas cláusulas *claims made* en determinadas situaciones de hecho en las que podría encontrarse el asegurado. Un juicio de *meritevolezza* que tiene que realizarse no solo teniendo en consideración la posición del sujeto asegurado, sino también la función que el ordenamiento asigna a la celebración del contrato de seguro, que, como parece evidente, es la de garantizar al sujeto perjudicado la más amplia e integral cobertura del daño sufrido³².

Así, por ejemplo, existe un fuerte juicio negativo hacia las cláusulas *claims made* espurias o mixtas, las cuales, determinan de hecho una fuerte limitación de los siniestros indemnizables, lo que no supone ninguna ventaja apreciable para el asegurado. Otro elemento que se valora es la presencia de asimetrías informativas, además de todos los otros elementos de hecho que puedan incidir en tal juicio y, entre estos, también la entidad de la prima pagada³³.

Y parece que las otras circunstancias del caso en concreto de las que hablan las Secciones unidas de la Casación puedan evidentemente incidir en el juicio de valor de las cláusulas de las que hablamos. Como puede no notarse, por ejemplo, la *immeritevolezza* [desmerecimiento o descalificación] de una cláusula *claims made* –también pura– que se introduzca en un contrato de responsabilidad civil profesional estipulada por un sujeto que inicia justo en ese momento a ejercer la profesión asegurada y que, por lo tanto, no corre algún riesgo de haber producido en el pasado daños antes de la celebración del contrato de seguro³⁴.

³¹ Tal norma, referida expresamente al seguro de daños, impone al asegurador «mantener indemne al asegurado de cuanto éste, como consecuencia del hecho acaecido durante el tiempo del seguro, debe pagar a un tercero, según la responsabilidad deducida en el contrato». La disposición, haciendo referencia a una indemnización por hechos acaecidos durante el tiempo de la seguro, excluiría la posibilidad de individualizar el objeto de la póliza de seguro por daños.

³² Insiste en este perfil, NAZZARO, A.C. *Il contratto di assicurazione: la clausola claims made*, Relación relativa a la Conferencia «Le Corti fiorentine: dialogo fra giurisprudenza e dottrina», Florencia, 4 de noviembre de 2016.

³³ Cfr., sobre el punto, CARNEVALI, U. *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni unite*, en *Contratti*, 2016, pp. 753 ss.

³⁴ En estos aspectos, v. BERTI DE MARINIS, G. *Adeguatezza del prodotto ed equilibrio negoziale nella tutela del professionista assicurato. Qualche riflessione a prima lettura sul D.M. 22 settembre 2016*, publicación en curso en *Studi in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017.

Todo esto confirma la oportunidad de un control de *meritevolezza* que supere los espacios reducidos reservados a la legalidad, a fin de permitir al intérprete una apreciación sobre el valor de la autonomía privada que, cuando genere un resultado negativo, conduzca a controlar la validez de esa parte del contrato, contraria al sistema axiológico del ordenamiento.

Bajo este último perfil, en particular, parece del todo oportuna la necesidad de circunscribir en tal circunstancia los efectos de la nulidad a la cláusula *immeritevole*. Parece de hecho evidente como declarar la invalidez de la totalidad del contrato de seguro determinaría una sustancial frustración de los intereses del asegurado que, por haber celebrado un contrato *immeritevole*, se encontraría desprovisto de cualquier garantía aseguradora, teniendo, como premio de consolación, únicamente la posibilidad de recuperar las primas *medio tempore* pagadas.

Merece por tanto, una conveniente apreciación el criterio expuesto sobre este aspecto por las Secciones unidas de la Casación³⁵, el que circunscribe el efecto de la nulidad a las cláusulas *clausum made* –cuando de una valoración concreta de las circunstancias, las mismas resultasen *immeritevoli*–, con la consecuente aplicación de la regla del art. 1917, punto 1, c.c. que, imponiendo al asegurador cubrir los siniestros que se verifiquen “durante el tiempo del seguro”, convierte al contrato en la clásica tipología de *loss occurrence*.

4. TUTELA SUSTANCIAL A LOS SUJETOS MÁS NECESITADOS DE PROTECCIÓN Y EL DEBER DE INFORMACIÓN

Esta particular atención sobre la necesidad de garantizar una tutela sustancial a los sujetos más necesitados de protección, se registra, a la par, en la evolución que ha sufrido la disciplina de la transparencia. La complejidad a la que ya se ha llegado en las negociaciones que se desarrollan dentro del mercado en general, y en los mercados regulados, en particular³⁶, han hecho evidente como el conocimiento –entendido como necesaria y real comprensión de los efectos jurídicos y de las consecuencias que se desencadenan de los hechos que se cumplen– se ha convertido en un problema que hay que resolver a nivel normativo. Según las reconstrucciones más acreditadas de los problemas conectados con la tutela del contratante débil³⁷, de hecho, la «consciencia» resulta elemento indispensable para combatir la intrínseca incapacidad del contratante débil –que, normalmente, se limita a adherirse a un reglamento negocial unilateralmente predispuesto por parte de la contraparte profesional– de comprender las características de los productos y de los servicios

³⁵ Cass. sez. un. 6 de mayo de 2016 n. 9140, cit.

³⁶ Sobre la evolución de los mercados, A ZITO, *Mercati (regolamentazione dei)*, en *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, pp. 805 ss.

³⁷ Por último, en general, sobre la relevancia de la tutela del contratante débil, MEZZASOMA, L. *Il consumatore e il professionista*, en RECINTO, G.; MEZZASOMA L. e CHERTI. S. (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, pp. 13 ss.

que compra; el contenido jurídico/económico del acuerdo y de los efectos que una cierta negociación determina en la propia esfera jurídica.

El perfil de las obligaciones de información ha sido, de hecho, siempre ignorado por el derecho civil «clásico» que, sobre todo en lo concerniente a las relaciones económicas, se fundaba en el principio por el cual la información es un «bien» que hay que mantener en la medida de lo posible reservado para excluir a cualquier otro sujeto de la libre fruición de la misma.

Verdad es que esta información podía, indirectamente, obtenerse de una interpretación evolutiva del principio de equidad que, dominando toda la puesta en marcha de las negociaciones, contenía en sí también la obligación de las partes de poner en conocimiento de la otra todos aquellos elementos no identificables de otra manera, que pudiesen resultar relevantes para la conclusión del negocio, pero, es también verdad que dentro del Código Civil no había –y sigue sin haber– alguna obligación específica de informar³⁸.

La nueva estructura asumida por el mercado, sin embargo, ha elevado la información a un verdadero y propio bien jurídico³⁹, asignando a una correcta regulación de la misma la realización de un equilibrio negocial fuertemente puesto en peligro por la genética desigualdad de naturaleza contractual entre las partes. Nos damos cuenta, de que la correcta circulación de la información puede condicionar en un sentido positivo o negativo el buen fin de una cierta negociación, entendiendo por «buen fin» la efectiva realización de los intereses que las partes pretendían llevar a cabo a través del encuentro de sus respectivas voluntades⁴⁰.

Una concepción del «conocimiento»⁴¹ que ha sido forzosamente inducida, como hemos visto, a través de la previsión de estrictos y sustanciales deberes informativos, ya sea por parte del legislador europeo, en sede de transposición de directivas comunitarias, que por parte del legislador nacional. La idea que inspira este fenómeno normativo es la de imponer a los que tienen la información (contratante fuerte), ponerla a disposición de la otra parte (contratante débil) que, precisamente, por el efecto de su debilidad, no está en grado de conseguirla autónomamente.

³⁸ BERTI DE MARINIS, G. *Regolamentazione del mercato finanziario e principio di trasparenza*, cit., pp. 992 ss.

³⁹ ZENO ZENCOVICH, V. y MEZZANOTTE, F. *Le reti della conoscenza: dall'economia al diritto*, en *Dir. info.*, 2008, p. 142, quienes hacen notar: «Se habla hoy siempre con mayor frecuencia e intensidad de “economía del conocimiento”, subrayando como la complejidad de los contextos en los que los agentes económicos están llamados a actuar le imponen inversiones y capacidades de carácter cognitivo, necesarias para el disfrute competitivo de los recursos a disposición».

⁴⁰ Sobre este punto, ZENO ZENCOVICH, V. y SANDICCHI, G.B. *L'economia della conoscenza ed i suoi riflessi giuridici*, en *Dir. inf.*, 2002, pp. 971 ss.

⁴¹ Véase, CESARINI SFORZA, W. *Conoscenza*, en *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1957, pp. 107 ss., quien evidencia como tal que la función de «conocimiento» se desarrollaba en los sistemas arcaicos por esa *elite* de sujetos que transmitían un derecho consuetudinario y de usos. Cfr., también, PUGLIATTI, S. *Conoscenza*, en *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 124 ss., de cuya voz enciclopédica se evidencia que, en el pasado, lo que se asociaba de manera común bajo un perfil jurídico a la idea de «conocimiento» era más que nada el de «secreto» de la información que se poseía. La obligación que hoy definiríamos como «*disclosure*» representaba, al contrario, la excepción.

Todo esto sucede también cuando la información proporcionada por parte del empresario pueda de un modo abstracto resultar contraproducente para el mismo, que, lucrándose por la celebración del mayor número posible de contratos, «desnuda» los propios productos y servicios con el riesgo de hacer perder a los mismos el atractivo que probablemente tenían para el potencial comprador.

Parece evidente, en realidad, como en el centro del interés del legislador no esté la transmisión de información en sí y de por sí considerada, como se decía anteriormente, sino del «conocimiento» que tendría el destinatario de la misma al haber concretamente reelaborado una cierta información y extrapolado de la misma el dato jurídicamente y/o económicamente relevante para la específica negociación.

Lo que se pretende decir es que el deber informativo, aislado del contexto, es un elemento del todo inútil para llevar a cabo el efecto esperado si no se une a ulteriores instrumentos normativos que hagan más probable que de la transmisión de información derive la adquisición del «conocimiento».

Es de resaltar el papel modernamente asumido por el principio de transparencia⁴² como regla general, con apego a la cual deben tener lugar los procesos divulgativos de información para el cumplimiento de las exigencias funcionales por las que los mismos están previstos. Solo una correcta percepción del contenido de un determinado acto negocial puede, en efecto, transformar una «información» en «conocimiento» y hacer que el contratante desinformado adquiera consciencia⁴³.

5. LA FORMA DEL CONTRATO Y LA PROLIFERACIÓN DE VÍNCULOS FORMALES EN LA ACTUALIDAD

Ejemplo de cómo toda la regulación del derecho de los contratos se modifica sobre la base de la exigencia de hacer más penetrante la información, lo podemos encontrar en el nuevo papel asignado a la forma del contrato. En la legislación especial de tutela del contratante débil se ha registrado, de hecho, una incisiva proliferación de vínculos formales que se alejan de los preceptos de forma previstos en el Código Civil⁴⁴.

⁴² Cfr., preliminarmente, las consideraciones de PAGLIANTINI, S. *Trasparenza contrattuale*, en *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, p. 1280 ss. Señalamos como la doctrina ha puesto el acento oportunamente en las múltiples y varias consecuencias que pueden derivar de una violación de las reglas de transparencia a nivel negocial. Sobre este punto, RIZZO, V. *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, Napoli, 1996, *passim*.

⁴³ Se remite a las consideraciones de PERRONE, A. *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, en *Banca borsa tit. cred.*, 2015, I, p. 31 ss.

⁴⁴ Cfr., RIZZO, V. *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, en FAVALE R. e MARUCCI B. (a cura di), *Studi in onore di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, Napoli, 2003, pp. 620 ss.; JANNARELLI, A. *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti fra imprese e fra imprese e consumatori*, en *Trattato* Lipari, III, Padova, 2003, pp. 48 ss.; PAGLIANTINI, S. *La forma del contratto, appunti per una voce*, en *Studi senesi*, CXVI, 2004, p. 116; DI GIOVANNI, F. *La forma*, en GABRIELLI, E. (a cura di), *I contratti in generale*, II, en *Trattato* Rescigno-Gabrielli, Torino, 2006, pp. 767 ss.; BRECCIA, U. *La forma*, en *Tratt.* Roppo, I, Milano, 2006, pp. 535 ss.; VENOSTA, V. *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, en *Obbl. contr.*, 2008, p. 872 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 119 ss.

A pesar de que la forma vinculada sea un elemento claramente ya existente en el interior de tal disciplina, el legislador del 42 parecía haber asignado a la necesaria redacción por escrito de determinados contratos exclusivamente la función –en cualquier caso importante– de garantizar la certeza del tráfico comercial. No es casual, de hecho, que el art. 1350 c.c. –que enumera una nutrida serie de contratos que deben realizarse por escrito so pena de nulidad–, se refiera principalmente a negocios que tienen por objeto la transmisión de derechos reales sobre bienes inmuebles o la constitución de obligaciones particularmente incisivas sobre bienes inmuebles (como por ejemplo el arrendamiento *ultranovennale*). La razón de ello se buscaba en el hecho de que en el momento de la expedición del Código Civil, eran estos los contratos que tenían más incidencia bajo el perfil económico, y, en consecuencia, los que necesitaban someterse a un mayor control⁴⁵.

Pero actualmente las modificaciones que han tenido que ver con la economía –que ya no ve en el mercado inmobiliario el principal elemento de riqueza que, al contrario, se encuentra en el rápido intercambio de bienes muebles y servicios–, han empujado al legislador a extender los preceptos formales también a tipos de negociaciones que antes se realizaban informalmente⁴⁶.

La peculiaridad del fenómeno, sin embargo, no es exclusivamente cuantitativa, sino que abraza de manera principal el aspecto cualitativo de los citados deberes formales. Y de hecho, a la común función –ya presente en los deberes codificados de la misma naturaleza– de garantizar la certeza del tráfico jurídico se suman, dentro de los vínculos neo formales, evidentes funciones informativas que lejos de manifestarse e la mera fase de la celebración del contrato, emergen con fuerza también en la fase precontractual propia de las tratativas⁴⁷.

Bajo el perfil funcional, la razón que ha comportado tal extensión del vínculo formal a una multiplicidad de ulteriores negocios, se encuentra en la capacidad del escrito de ser vector de información clara y verificable⁴⁸.

⁴⁵ Difusamente, LISERRE, A. *Forma*, en *Il contratto in generale*, XIII, en *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 1999, p. 402; A. BARENGHI, *art. 1350*, in *Codice civile*, dirigido por P. Rescigno, I, 7ª ed., Milano, 2008, pp. 2474 ss.; FAVALE, R. sub *Art. 1350*, en PERLINGIERI, G. (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3ª ed., Napoli, 2010, pp. 590 ss.; PAGLIANTINI, S. sub *Art. 1350*, en *Dei contratti in generale*, II, por E. Navarretta y A. Orestano, en *Comm. cod. civ. Utet*, Torino, 2011, pp. 5 ss.; ADDIS, F. sub *Art. 1350*, en *Codice civile commentato*, por G. Bonilini, M. Confortini y G. Granelli, 4ª ed., Torino, 2012, pp. 3027 ss.

⁴⁶ Ello tiene que ver con una cierta separación de las nuevas disposiciones en el tema de forma respecto a las contenidas en el Código civil, N. IRTI, *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, pp. 28 ss.; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, pp. 79 ss. Respecto a alguna consideración general sobre la renovada tendencia del formalismo, véase también ALPA, G. *La rinascita del formalismo. Aspetti di diritto contrattuale*, en *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pp. 461 ss.

⁴⁷ Sobre cómo esta evolución ha estado ampliamente influenciada por la normativa comunitaria, v. G. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, en A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, en *Tratt.* Bessone, XXVI, Torino, 2006, pp. 796 ss.; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2008, pp. 205 ss.; PUTTI, P.M. *I contratti del consumatore*, en G. ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori*, I, en *Trattato Ajani-Benacchio*, III, Torino, 2009, pp. 360 ss.

⁴⁸ PERLINGIERI, P. *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*.

El hecho de que la parte débil en la relación negocial tenga a disposición un texto redactado en un soporte duradero que contenga en su interior el conjunto de derechos y deberes derivados del contrato y las condiciones a las cuales un determinado bien o servicio se adaptan para ser ofrecido, representa un instrumento indispensable no solo para dar pleno e integral conocimiento al consumidor de dichos aspectos, sino también para garantizar al mismo la posibilidad de que la ejecución del contrato por parte del empresario sea exacta y plenamente correspondiente en cuanto a lo pactado.

Bajo el perfil de la extensión de los mencionados vínculos, la peculiaridad se encuentra en el hecho de que el objeto de formalización no es ya exclusivamente el contrato en sí, sino también la información que obligatoriamente el empresario debe facilitar al consumidor antes de la celebración del contrato.

Esta ampliación de la incidencia de los vínculos formales no debe sorprender si se analiza a la luz de la función que hoy desempeñan los mismos deberes. Si de hecho, como se ha dicho, el objetivo es el de garantizar una completa información al consumidor, está claro que la exigencia de cristalizar los datos de mayor importancia en un soporte estable, duradero y claro, se registra en la fase precontractual. En ese momento, el consumidor desarrolla progresivamente el proceso de formación de la propia voluntad que lo llevará, en última instancia, a decidir si celebrar o no un determinado negocio⁴⁹.

No es casualidad, de hecho, que todos los negocios para los que han sido introducidos vínculos o elementos no formales resulten de interés para detallar y puntualizar deberes informativos precontractuales a desarrollar, necesariamente, a través de la entrega por parte del empresario de documentos informativos escritos.

Por último, subrayamos como todos estos deberes formales –ya sean previstos en la fase contractual o precontractual– se unen constantemente con la previsión del deber de claridad y comprensión que hacen evidente como los dos perfiles (el formal y el de contenido) cooperan para conseguir el mismo objetivo: generar un flujo comprensible y legible de información.

6. LA FORMA DEL CONTRATO Y LA PROLIFERACIÓN DE VÍNCULOS FORMALES EN LA ACTUALIDAD

Aparece entonces relevante el nuevo papel asignado modernamente a la transparencia que, informando a todo el sistema de regulación de los contratos, intenta transformar a la parte débil de mero sujeto que sufre el mercado, a una parte que, al contrario, orienta al mercado a través de sus propias elecciones conscientes.

⁴⁹ En general, en mérito a la relevancia de las situaciones que imponen deberes informativos para hacer el mercado más equilibrado, v., entre otros, a FERRONI, L. *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali e virtuali*, Milano, 1998, p. 566; GENTILI, A. *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, en *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 558; ROSSI CARLEO, L. *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, *ivi*, 2004, pp. 349 ss.; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, en *Riv. dir. civ.*, 2007, I, pp. 651 ss.; RICCI, F. *Libertà e responsabilità nei contratti telematici*, en *Obbl. contr.*, 2007, pp. 828 ss.

Esto es lo que ocurre también en el moderno Derecho del seguro, en el que la cada vez más creciente complejidad de las negociaciones, unida a una evidente desproporción entre las posiciones contractuales de los sujetos involucrados, ha impuesto no solo la expresa mención en el Código de los seguros del principio de *correttezza* y transparencia, sino también la cuidada predisposición de esquemáticos deberes informativos.

Bajo el primer perfil, es el art. 185 c.a.p. que, al disciplinar las «Reglas de comportamiento» a las cuales quedan sujetos los intermediarios de seguros, establece en la letra *a* el deber de «comportarse con diligencia, correctamente y con transparencia con los contratantes y asegurados» y en la letra *b* el de «adquirir de los contratantes la información necesaria para evaluar las exigencias de seguros o de seguridad social y obrar de tal manera que (los asegurados) estén siempre adecuadamente informados».

Una información, por lo tanto, bidireccional⁵⁰ que se concreta no solo en la proporción de determinada información sino también –y quizás sobre todo– en la captación por parte del intermediario de datos relativos al cliente que permitan al empresario conocer las características de la parte débil y, por esa vía, modular las propias conductas sobre las específicas características del asegurado.

Conducta que, bajo el perfil más informativo, encuentra una detallada especificación en el Reglamento IVASS del 26 de mayo de 2010, n. 35 –modificado por el Reglamento 16 de julio de 2013, n. 751–, en el que se establece una detallada disciplina de la información que tiene en cuenta las multiformes apariencias que asume modernamente el contrato de seguro y la modalidad de colocación de los mismos en el mercado. Así, a la regulación atinente a proporcionar en el ramo daños y en el ramo vida –con ulteriores diversificaciones, en el último caso, por pólizas financieras del ramo II y V–, se une una disciplina con obvios fines de protección, la que se ocupa de las modalidades a través de las cuales puede llevarse a cabo correctamente la publicidad de los productos de seguros.

La relevancia del perfil informativo es reiterada, por último, en la Directiva 2016/97/UE sobre la distribución de productos de seguros (denominada IDD2) que delinea un amplio número de información que el empresario debe facilitar al cliente a quien pretende proponer un determinado producto de seguros. La nueva directiva, cuyo término de transposición está fijado para el 23 de febrero de 2018, confía a la información no solo el papel de ilustrar al cliente sobre las características esenciales del producto y de la contraparte (art. 18), sino también de la posibilidad de que surjan fenómenos, que si el cliente no conoce, lo podrían exponer a serios riesgos. Así, por ejemplo, el art.19 de la Directiva establece los deberes informativos destinados a poner en conocimiento del asegurado todos los posibles conflictos de interés que la propia contraparte podría tener. La mencionada Directiva también establece la

⁵⁰ Evidencian la bidireccionalidad de la información LUCIANI, G.G. *Gli obblighi informativi “passivi” ed “attivi” degli intermediari finanziari*, en L. DI NELLA (a cura di), *La tutela del consumatore di servizi finanziari*, Napoli, 2007, pp. 52 ss.; BRODI, E. *Dal dovere di far conoscere al dovere di far “comprendere”*, en *Banca borsa tit. cred.*, 2011, p. 246 ss.

⁵¹ Señalamos el Documento de consulta n. 10 del 2016 que propone ulteriores modificaciones al Reglamento n. 35 del 2010.

modalidad a través de la cual la información debe ser comunicada al cliente (art. 23), repitiendo la exigencia de su cristalización en un soporte duradero –preferiblemente en papel–; la necesidad de que se respete el requisito de claridad y de comprensión y, por último del lenguaje. También, en este caso, como se ha dicho precedentemente, la atención del legislador no se centra exclusivamente en «qué» comunicar, sino también en «cómo» determinados contenidos tienen que ser transmitidos con el fin de permitir a la información generar una concientización efectiva.

Se tiene entonces por sentado como esta clásica acepción de la transparencia, entendida como claridad y comprensión del acto –ya sea negocial o prenegocial– con la evidente finalidad de *disclosure* y de comprensión del lenguaje jurídico, parece hoy ligarse a un nuevo y ulterior significado que se le atribuye al tema. A una transparencia en sentido formal, se une cada vez más la previsión de disposiciones que ven el citado principio en sentido sustancial, para salir del mero hecho de proyectarse en el camino de la actividad empresarial.

La conciencia definitivamente adquirida sobre la irracionalidad que caracteriza las elecciones económicas de un determinado cliente, también en el caso en el que este haya recibido correctamente la información prescrita (transparencia formal)⁵², es un elemento que está indiscutiblemente presente en todas aquellas relaciones económicas que se encuadran dentro de los mercados particularmente complejos y en los que se registra una sustancial incomprensión, dada su complejidad, de los productos o servicios ofrecidos al cliente minorista. Esta irremediable incomprensión constituye un *vulnus* a la capacidad de la transparencia (en sentido formal) de ser un eficaz instrumento protectivo sin conseguir hacer del acto un instrumento de transmisión eficaz de «conocimiento»⁵³.

Es justo desde este aspecto, donde la transparencia asume una nueva apariencia resultando ser el principio que inspira a una multitud de disposiciones que, aunque

⁵² Expresan dudas sobre la efectiva capacidad de la información para hacer que el cliente esté instruido y conciente de los efectos de las negociaciones, COSTANTINO, F.S. *L'attuazione della direttiva MiFID in Italia: note minime sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti delle imprese di investimento nella normativa secondaria*, en *Foro it.*, 2008, V, c. 62; PURRUPA, L. *L'evoluzione "fiduciaria" dei doveri di comportamento dell'intermediario nella prestazione dei servizi di investimento alla clientela al dettaglio*, en *Banca borsa tit. cred.*, 2013, p. 229. Actuales consideraciones de RIZZO, V. *Art. 1469-quater. Forma e interpretazione*, en BIANCA, C.M. y BUSNELLI, F.D. (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1999, pp. 1190 ss. Sobre la exigencia de estimular y potenciar una educación financiera basada no exclusivamente en el aspecto informativo sino también en el estímulo de llevar a cabo conductas de inversión «sanas» y equilibradas, MORERA, U. *Nuove prospettive per l'educazione finanziaria*, en *Foro it.*, 2015, V, c. 125 ss. Desde una perspectiva más general, señala esta problemática MARINELLI, F. *Scienza e storia del diritto civile*, Roma-Bari, 2012, p. 223, donde advierte que «la contratación asume por tanto un sentido distinto del que había sido construido durante siglos por generaciones de juristas, y no un lugar en el que se encuentran contratantes racionales, informados correctamente y conscientes de sus empeños, sino un lugar donde la producción condiciona a los compradores dirigiendo las compras a sectores más rentables, sin algún respeto por la dignidad del hombre y de su autonomía, que es siempre menos libre y consciente».

⁵³ Referencias en este sentido, INZITARI, B. *Sanzioni Consob per l'attività in derivati: organizzazione, procedure e controlli quali parametri della nuova diligenza professionale e profili di ammissibilità delle c.d. "rimodulazioni"*, en *Giur. it.*, 2009, pp. 1693 ss.

tengan el objetivo de evitar las opacidades que caracterizan al mercado de referencia, intentan hacerlo no a través de una disciplina transparente del acto, sino a través de una regulación transparente de la actividad⁵⁴.

Lo que se quiere decir es que «opaca» puede ser no solo la negociación, sino también la misma conducta del empresario, que podría no respetar los parámetros de claridad y comprensión que aseguran una puesta en marcha cristalina de las relaciones entre intermediario/cliente. Partiendo de este presupuesto también la correcta regulación de las conductas de los intermediarios, cuando contribuye a quitar ese grado de opacidad que a veces le caracteriza, puede encontrar su justificación en el principio de transparencia⁵⁵.

Interés del legislador es, por lo tanto, también el de imponer a empresarios el mantenimiento de conductas privadas de cualquier grado de oscuridad que pueda garantizar espacios ocultos de maniobra que los mismos puedan utilizar para obrar de manera no conforme al interés de la contraparte y para perseguir fines que no estén en línea con el papel que el ordenamiento les confía en el interior de los mercados⁵⁶.

Esta tendencia, desde hace tiempo señalada en los mercados financieros, no parece en absoluto extraña al mercado de los seguros.

Paradigmática, en este sentido, parece disciplinada la normativa relativa al conflicto de intereses⁵⁷, en lo que a sus características esenciales se refiere, en el art. 183, punto 1, let. c, c.a.p, que de un modo claro impone al intermediario de seguros «organizarse de tal modo que identifique y evite conflictos de interés cuando sea razonablemente

⁵⁴ La doctrina ha ya notado y puntualizado como la atención del legislador se está progresivamente desplazando de la disciplina de la relación a la de la actividad. Sobre esta problemática, MINNECI, U. *Servizi di investimento in favore del cliente professionale: dal regime del rapporto alla disciplina dell'attività*, en *Banca borsa tit. cred.*, 2012, I, pp. 568 ss.

⁵⁵ ANNUNZIATA, F. *Regole generali di comportamento degli intermediari*, en FERRARINI, G. e MARCHETTI, P. (a cura di), *La riforma dei mercati finanziari*, Milano, 1998, p. 110 ss. Recientemente, evidencia una estrecha interrelación entre obligación de conducta y vínculos organizativos impuestos al intermediario, LUCANTONI, P. *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, en GABRIELLI, E. e LENER, R. (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, en *Tratt. contr.* RESCIGNO e GABRIELLI, cit., pp. 258 ss., donde hace notar como «los deberes de diligencia, corrección y transparencia parecen, en la jurisprudencia teórica y práctica, traducirse en la obligación de dotarse de una organización adecuada que consiente en el desarrollo eficiente de los servicios financieros. En otras palabras, la prestación del intermediario se cualifica no sólo por el comportamiento final de su actividad con el cliente, sino también por el modo en el que dentro de la empresa ha sido «organizada, predisuelta y procedimentalizada» la actividad financiera con la clientela».

⁵⁶ Sobre el punto, aun refiriéndose en general a todas las obligaciones de conducta, v. RODORE, R. *Società di intermediazione mobiliare (SIM)*, en *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 1051, según el cual: «Significativo, antes que nada, es que los criterios generales a los que los sujetos habilitados deben atenerse en la prestación de servicios de inversión sean enunciados por el art. 21 d.lg. n. 58 del 1998, al inicio del cap. dedicado al desarrollo de tales servicios, y que en ese mismo capítulo figuren también normas sobre la forma y el contenido de los contratos (art. 23), además de disposiciones destinadas a reflexionar sobre los modos organizativos internos de la sociedad (art. 22): demuestra que los principios generales de comportamiento deben representar no sólo la actividad ejecutiva de las específicas obligaciones contractuales asumidas por el intermediario, sino también la predisposición de los contratos y los aspectos organizativos de la empresa».

⁵⁷ Sobre el punto, G. BERTI DE MARINIS. *L'impresa di assicurazione e la distribuzione dei prodotti assicurativi*, en *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu e Messineo*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 433 ss.

posible y, en situaciones de conflicto, obrar en una manera que permita a los asegurados la necesaria transparencia sobre los posibles efectos desfavorables y en cualquier caso gestionar los conflictos de interés excluyendo la generación de un perjuicio». Es evidente que la presencia de un interés conflictual con el del cliente puede desviar la conducta del intermediario hacia la realización de resultados no acordes con la «misión» que el ordenamiento atribuye a los operadores profesionales del sector. Y también está claro como la presencia de intereses «ocultos» representa la expresión de una conducta poco cristalina del intermediario hacia el cliente que, por efecto de la citada regulación, el ordenamiento intenta evitar.

Transparencia, por lo tanto, no quiere decir solo obligar al empresario a «hablar claro», sino también prohibir al intermediario llevar a cabo comportamientos que, por el efecto de su opacidad, podrían esconder conductas oportunistas y, en última instancia, lesivas del interés del cliente.

En conclusión, parece clara la conciencia de los intérpretes sobre a exigencia de llegar a garantizar una plena tutela de la parte débil, ya sea potenciando las tutelas formales –desde hace tiempo conocidas y utilizadas–, al igual que a través de la introducción de nuevas formas sustanciales de tutela. La transparencia, en sentido formal, no parece por sí sola estar en real posibilidad de erradicar eventuales desequilibrios que hoy se manifiestan sobre todo en los mercados complejos y estructurados como el de seguros. Todo esto confirma la necesidad de estimular una valoración sustancial más marcada del acuerdo que, si se lleva con equilibrio y compromiso, puede realmente determinar un reequilibrio sustancial de las posiciones negociales.

Todo esto evidencia el surgir de nuevos desafíos, sobre todo para los distribuidores de productos bancarios, de seguros y financieros que se verán obligados a evaluar las concretas exigencias de la propia contraparte realizando el deber de servir, del mejor modo posible, a los intereses de la clientela. Desde esta perspectiva, el canal distributivo bancario de productos de seguros, con su creciente expansión, parece efectivamente un punto de observación privilegiado que condensa en su interior la distribución de los tres tipos de productos que pertenecen a los mercados financieros. La banca, bajo el perfil distributivo, parece cada vez más el puerto de encuentro de los tres mercados regulados y el lugar, por lo tanto, de mediación entre la distinta normativa, que manifiesta cada vez con mayor evidencia un camino muy cercano, así como numerosos puntos de contacto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA G. *Autonomia delle parti e libertà contrattuale*, en *Riv. crit. dir. priv.*, Jovene, Napoli, 2008.
- ALPA G. *Causa e tipo*, en *Vita not.*, Buttitta, Palermo, 1997, n. 1.
- ALPA G. *La causa e il tipo*, in GABRIELLI E. (coord. por) *I contratti in generale, Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO P. e GABRIELLI E., Utet, Torino, 2006.
- ALPA G. *Libertà contrattuale e tutela costituzionale* en *Riv. crit. dir. priv.*, Jovene, Napoli, 1995.

- BERTI DE MARINIS G., *L'impresa di assicurazione e la distribuzione dei prodotti assicurativi*, en *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 2023.
- BERTI DE MARINIS G. *Regolamentazione del mercato finanziario e principio di trasparenza*, en *Resp. civ. prev.*, Utet, Torino, 2016, n. 3.
- BETTI E. *Teoria generale del negozio giuridico*, en *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI F., Utet, Torino, 1952.
- BIANCA C.M. *Contratto europeo e principio causalista*, en *I mobili confini dell'autonomia privata. Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara, Catania, 12-14 settembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2005.
- BIANCA C.M. *Diritto civile*, II, *Il contratto*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2000.
- BRECCIA U. *Causa*, en ALPA G., BRECCIA U. e LISERRE A. (coord. por), *Il contratto in generale*, en *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE M., XII, Giappichelli, Torino, 1999.
- CAPOBIANCO, E. *La tutela del contraente consumidor en el derecho italo-europeo*, en *Pers. merc.*, 2015.
- CARUSI, D. *La disciplina della causa*, in GABRIELLI E. (coord. por) *I contratti in generale*, en *Trattato dei contratti* diretto da RESCIGNO P. e Gabrielli E., Utet, Torino, 1999.
- CATAUDELLA, A. *Il richiamo all'ordine pubblico ed il controllo di meritevolezza come strumenti per l'incidenza della programmazione economica sull'autonomia privata*, en A. CATAUDELLA, *Scritti giuridici*, CEDAM, Padova, 1991.
- CLARIZIA, R. *Nuovi limiti all'autonomia contrattuale delle parti*, en F. RUSCELLO (coord. por), *Studi in onore di Davide Messinetti*, I, Napoli, 2008.
- CRISCUOLO F. *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, en *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, dir. por PERLINGIERI P., IV, 1, ESI, Napoli, 2008.
- CRISCUOLO F. *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, ESI, Napoli, 2003.
- D'ANGELO, D. *Considerazioni minime in tema di limiti all'autonomia contrattuale*, en *Giur. merito*, Giuffrè, Milano, 2006.
- DI NELLA, L. *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, ESI, Napoli, 2003.
- ESPOSITO M. *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, CEDAM, Padova, 2003.
- FERRAJOLI L. *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, en *Giust. civ.*, Giuffrè, Milano, 2014, n. 1.
- FERRI G.B. *Ancóra in tema di meritevolezza dell'interesse*, en *Riv. dir. comm.*, Piccin, Padova, 1979, n. 1-2.
- FERRI G.B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.
- FERRI G.B. *Il problema della causa del negozio giuridico*, en N. LIPARI (coord. por), *Rosario Nicolò*, ESI, Napoli, 2011.
- FERRI G.B. *Motivi presupposizione e l'idea di meritevolezza*, en RUSCELLO F. (coord. por), *Studi in onore di Davide Messinetti*, II, ESI, Napoli, 2009.
- FERRI G.B. *Tradizione e novità nella disciplina della causa del negozio giuridico*, en *Riv. dir. comm.*, Piccin, Padova, 1986, n. 5-8.

- GABRIELLI G. *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità dei negozi immobiliari*, en *Rass. dir. civ.*, ESI, Napoli, 2007.
- GALGANO F. *Negozio giuridico (dottrine generali)*, en *Enc. dir.*, XXVII, Giuffrè, Milano, 1977.
- GIORGIANNI M. *Causa (dir. priv.)*, en *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960.
- GRISI G. *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Giuffrè, Milano, 1999.
- GUARNIERI A. *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, en *Riv. dir. civ.*, CEDAM, Padova, 1994, n. 5.
- IZZI B. *La causa del contratto come funzione economico-individuale*, en *Giust. civ.*, Giuffrè, Milano, 2007, n. 9.
- LISERRE A. *Costituzione e autonomia contrattuale*, in *Corr. giur.*, IPSOA, Milano, 2008, n. 2.
- MAJELLO U. *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, en *Riv. dir. civ.*, CEDAM, Padova, 1987, I.
- MASTORILLI A. *Autonomia privata, mercato e contratti d'impresa*, en *Riv. crit. dir. priv.*, Jovene, Napoli, 2010, n. 1.
- MENGONI L. *Autonomia privata e Costituzione*, en *Banca borsa tit. cred.*, Giuffrè, Milano, 1997, n. 1.
- MESSINEO F. *Contratto (dir. priv.)*, en *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, Milano, 1961.
- MESSINEO F. *Il contratto in generale*, I, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU A. e MESSINEO F., Giuffrè, Milano, 1973.
- MEZZASOMA L. *Disciplina del contrato, tutela del contrante mas débil y valor Constitucional*, en *Derecho Privado y Constitución*, 2015, n. 29.
- MEZZASOMA L. *El contrato de compravenda y la protección del consumidor*, Relazione tenuta presso l'Università di Salamanca, 5 febbraio 2013.
- MEZZASOMA L. *La protección del contraente débil en la legislación italiana*, en *Rev. jur. daños*, 2012, n. 2, in www.ijeditores.com.ar.
- MEZZASOMA, L. *Rapporti con la clientela e clausole vessatorie*, en TROIANO V. e MOTRONI R. (coord. por), *La MiFID II. Rapporti con la clientela, regole di governance*, mercati, Padova, 2016.
- NAVARRETTA, E. *Diritto civile e diritto costituzionale*, en *Riv. dir. civ.*, 2012, I.
- PALERMO G. *L'autonomia negoziale nella recente legislazione*, en *Giur. it.*, UTET, Torino, 2015, n. 2.
- PATTI S. *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, en *Contr. impr.*, CEDAM, Padova, 2013, n.3.
- PENNASILICO M. sub Art. 1322. En: G. PERLINGIERI (coord. por), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3ª ed., Napoli, 2011.
- PERLINGIERI P. e FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, 2ª ed., ESI, Napoli, 2004.

- PERLINGIERI P. *I mobili confini dell'autonomia privata*, en PERLINGIERI P., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, ESI, Napoli, 2003.
- PERLINGIERI P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 4ª ed., Il, Esi, Napoli, 2020.
- PERLINGIERI P. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., ESI, Napoli, 2006.
- PERLINGIERI P. *Interpretazione e legalità costituzionale. Antologia per una didattica progredita*, ESI, Napoli, 2012.
- PERLINGIERI P. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ESI, Napoli, 1972.
- PERLINGIERI P. *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, en *Rass. dir. civ.*, ESI, Napoli, 1980, n. 1.
- PERLINGIERI P. *Profili del diritto civile*, 3ª ed., ESI, Napoli, 1994.
- PERLINGIERI P. *Profili istituzionali del diritto civile*, ESI, Napoli, 1975.
- PERLINGIERI P. Salvatore Pugliatti ed il «principio della massima attuazione della Costituzione», en *Rass. dir. civ.*, ESI, Napoli, 1996, n. 4.
- PERLINGIERI P. *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti*, en *Rass. Dir. civ.*, ESI, Napoli, 1999, n. 4.
- RESCIGNO P. *Autonomia dei privati*, en *Riv. crit. dir. priv.*, Jovene, Napoli, 2012, n. 1.
- ROCCHIO F. *Le garanzie autonome, e in particolare le polizze fideiussorie, viste dalle Sezioni unite*, en *Giur. it.*, UTET, Torino, 2010, n. 10.
- ROLI R. *Causa in astratto e causa in concreto*, CEDAM, Padova, 2008.
- ROPPO V. *Causa tipica, motivo irrilevante, contratto illecito*, en *Foro it.*, 1971, c. 2379 ss.
- ROPPO V. *Contratto*, en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, UTET, Torino, 1989.
- Roppo V. *Il contratto*, en IUDICA G. e ZATTI P. (coord. por) *Trattato di diritto privato*, 2º ed., Giuffrè, Milano, 2011.
- ROSSI F. *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte*, en *Rass. dir. civ.*, ESI, Napoli, 2008, n. 2, p. 569 ss.
- SICCHIERO G. *La distinzione tra meritevolezza e liceità del contratto atipico*, en *Contr. impr.*, CEDAM, Padova, 2004, n. 2.
- SMORTO G. *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, en *Eur. dir. priv.*, Giuffrè, Milano, 2007.
- SPADAFORA, A. *Il demiurgo del contratto alla ricerca del "giusto prezzo"*, en *Giust. civ.*, 2011.
- STOLFI G. *Teoria del negozio giuridico*, CEDAM, Padova, 1947.
- URCIUOLI M.A. *Liceità della causa e meritevolezza dell'interesse nella prassi giurisprudenziale*, en *Rass. dir. civ.*, ESI, Napoli, 1985, n. 3.
- VILLANACCI G. *Interesse lecito e interesse meritevole di tutela: i limiti sostanziali all'autonomia negoziale*, en *Pers. merc.*, CEDAM, Padova, 2016.

**PANORAMA GENERAL EN TORNO
A LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN EL SEGURO
DE RESPONSABILIDAD CIVIL.**

–SISTEMA TRADICIONAL O DE ‘OCURRENCIA’–*

LOSS AND LIABILITY INSURANCE.

THE TRADITIONAL SYSTEM

*“Cuando el objetivo te parezca difícil, no cambies de objetivo;
busca un nuevo camino para llegar a él”
(CONFUSIO).*

CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.**

Fecha de recepción: 01 de octubre de 2024

Fecha de aceptación: 01 de febrero de 2025

Disponible en línea: 30 de junio de 2025

Para citar este artículo/To cite this article

JARAMILLO J. Carlos Ignacio. *Panorama general en torno a la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. -Sistema tradicional o de ‘ocurrencia’*, 62 Rev.Ibero-Latinoam. Seguros, 67-108 (2025). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris62.pgtc>

doi:10.11144/Javeriana.ris62.pgtc

* El presente escrito, que se edita luego con algunos ajustes puntuales, fue publicado recientemente en la Revista Española de Seguros (SEAIDA), con motivo de la realización del Congreso Internacional de Derecho de Seguros realizado por la Sección Española de AIDA y la Universidad de Salamanca, 2024.

** Catedrático, Ex Decano Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana (Bogotá) y Ex Director de la Maestría en Derecho de Seguros de la misma universidad. Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil). Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, con estancia investigativa en la Universidad de Perugia (*Doctor Europeus*) y *Magister* en Derecho y Economía de Seguros de la Universidad Católica de Lovaina. Coodirector y profesor del Curso de Especialización en Derecho del Seguro de la Universidad de Salamanca. Ex Presidente de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE, y de la AIDA Internacional. Árbitro nacional e internacional. Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Miembro del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado (IARCE), del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado, de la *Red Ivs Civile Salmanticense* (Academia Salmantina de Civilistas Latinoamericanos), del *Centro di Studi Guiridici sui Diritti dei Consumatori* de la Universidad de Perugia y del Comité de Dirección del Doctorado Internacional en Derecho del Consumo de la misma universidad, y Socio honorario de la *Società italiana degli Studiosi del Diritto Civile, SISDiC*. <https://orcid.org/0000-0003-4547-8596>. Contacto: jaramillo-carlos@javeriana.edu.co

RESUMEN

El presente texto, en esencia, persigue el examen de uno de los temas más polémicos y controversiales de cuantos existen en el ámbito del contrato de seguro, en sede del dinámico y bienhechor seguro de la responsabilidad civil, habida cuenta que en la dogmática reina una profunda divergencia en torno al momento en que aflora el siniestro en el referido seguro, el que tiene entidad propia, y el que se gobierna, en tal virtud, por postulados y por una teleología distinta que hace del seguro de la responsabilidad civil, un tipo aseguratorio especial –o cualificado–, lo que explica que el concepto y el alcance siniestral, piedra angular de esta publicación, también esté sujeto a reglas disímiles en cada tesitura.

Es así como para recrear el surgimiento en comento, la mejor doctrina y jurisprudencia, a nivel internacional, ha participado activamente de esta enriquecida y acerada discusión, aflorando un importante número de tesis ciertamente autónomas, a la par que alejadas entre sí, hecho que por la autoridad, erudición y brillo de los autores que las sostienen, al mismo tiempo que por la sustantividad y robustez de los argumentos que esgrimen, hace de esta temática una de las más ríspidas de cuantas hay en la actualidad –y han existido–, con mayor razón cuando en ella hoy campean dos sistemas plenamente diferenciados y perfilados: (i) El tradicional, clásico u ordinario, cimentado en la ocurrencia del hecho, y (ii) el extraordinario, que descansa no en dicha ocurrencia, propiamente dicha, sino en la reclamación que formula el tercero al asegurado (*claims made*).

De allí que en este ensayo, en forma esquemática –y abreviada–, se le pase revista a las primordiales tesis esculpidas en el plano internacional (Derecho comparado), al igual que a las críticas y razonamientos realizados en la órbita académica y judicial al consabido sistema tradicional o de ocurrencia, en los predios del seguro de la responsabilidad civil.

Palabras Clave: Configuración del siniestro; siniestro, seguro de responsabilidad civil, contrato de seguro, ‘claims made’, ocurrencia del hecho, débito de responsabilidad, deuda de responsabilidad, reclamación, hecho complejo, reembolso.

ABSTRACT

This text examines one of the most complex issues in the context of liability insurance zeroing in on the time where a loss arises, loss that is a legal entity in itself, and that is ultimately governed by a set of ends and purposes rather distinct, which results in this type of insurance being a particular one.

Foreign jurisprudence is key as to the discussions surrounding this entity, and several theories have already been outlined, which have featured substantial and fast-paced discussions hovering around two clearly differentiated systems: (i) the classic or traditional one, which is based on the materialization of a wrong and (ii) the extraordinary one, which is based not on the materialization of a wrong, but on the claim submitted by a third party to the insured party (claims made). This text outlines and succinctly explains such theses discussed abroad (comparative law), and also the analyses debated by scholars and jurisprudence.

Keywords: *Wrong, civil liability, underwriting, claims made, wrong, loss, civil liability duties*

SUMARIO:

1. Agradecimientos, finalidad cardinal y plan. 2. Teoría general del riesgo y del siniestro 3. Algunos aspectos neurálgicos del seguro de la responsabilidad civil y examen de la configuración del siniestro en el sistema tradicional. 4. El momento de la configuración del siniestro en el sistema tradicional o de ocurrencia del seguro de responsabilidad civil. Examen de las principales teorías. 4.1. Teoría del reembolso o del resarcimiento previo del perjuicio. 4.2. Teoría de la declaración o reconocimiento de responsabilidad -o de la liquidación del perjuicio o deuda- 4.3. Teoría de la reclamación del tercero damnificado al asegurado. 4.4. Teoría del surgimiento del débito o deuda de responsabilidad. 4.5. Teoría del proceso, hecho, fenómeno o evento complejo. 5. Valoración crítica y analítica de las principales teorías. 6. Nuestra opinión. 7. Sumaria proyección en el Derecho colombiano. Bibliografía.

1. AGRADECIMIENTOS, FINALIDAD CARDINAL Y PLAN GENERAL.

De la manera más fraterna posible, en primer lugar, agradecemos la honrosa invitación formulada por la querida y emblemática Sección Española de AIDA, SEAIDA, y por la señorial y ocho veces centenaria Universidad de Salamanca, en particular por sus distinguidas y respetadas directivas, a nosotros tan próximas de tiempo atrás, profesores RAFAEL ILLESCAS, FÉLIX BENITO OSMA y FERNANDO CARBAJO, una nueva cita académica que, con júbilo indescriptible, lo subrayamos, nos reúne de nuevo con granados y admirados colegas de diversas latitudes y universidades, en prueba de su férreo compromiso con la nobilísima ciencia del seguro y con el Derecho comparado, en general, de tanta vigencia y fertilidad.

Tal convocatoria, vale la pena sublimarlo, reviste la singularidad de los temas confesamente seleccionados, por excelencia de raigambre clásica, iniciativa que celebramos –y mucho–, habida cuenta que, en ocasiones, procurando centrarnos en lo más reciente y lozano (la ‘última moda’), soslayamos la valía de focalizarnos en lo estructural, en lo toral y, por ende, en lo genuinamente fundamental y clásico (*locus classicus*), en muestra del equilibrio que inveteradamente debe reinar entre *nova et vetera*, en muestra de auténtico equilibrio y completitud, en razón de que el hoy sin el ayer, suele ser vacío, anémico, impersonal, malagradecido y, en fin, un sinsentido y, de paso, un palmario contrasentido.

Y en segundo lugar, en obsequio a la concisión, y ya entrando en materia, expresemos que disertar alrededor del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil, en particular en torno a su configuración, sin duda es de la mayor relevancia –como en el pasado personalmente lo hemos constatado y lo seguimos constatando¹, aunque es tarea asaz compleja, como quiera que este tema es uno de los más intrincados –y difíciles– de cuantos existen en el ámbito del Derecho de Seguros, en la medida en que campean, con gran solidez argumentativa, un apreciable número de sugestivas posturas acerca del momento en el que el siniestro despunta², lo que no empee, al

¹ Sobre el particular, entre otros escritos de nuestra autoría, recordamos con peculiar interés la monografía intitulada: *La configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. Testimonio de una encendida y áspera polémica en el Derecho nacional y comparado* (Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2011, igualmente en *Derecho de Seguros*, T. IV, Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2014), dedicada a la memoria del recordado, eximio y modélico Maestro, don FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, tan cercano a nuestros afectos desde la mocedad, y prologada por el no menos connotado profesor argentino, RUBÉN STIGLITZ, igualmente tan próximo a nosotros, uno y otro hoy compartiendo la eternidad y su estrecha y fecunda amistad. Infinitas gracias, Maestros.

² Así, solo por vía de elocuente confirmación, el profesor argentino ISAAC HALPERIN, a la sazón, no dudó en aseverar que, en este punto, “[...] la opinión de la doctrina está profundamente dividida”. (*Seguros exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 848). Lo propio señala el también profesor argentino HORACIO ROITMAN, conforme al cual “Uno de los problemas jurídicos de mayor importancia, en la teoría del seguro de responsabilidad civil, es el siniestro, donde nos enfrentamos con graves divergencias en la doctrina y criterios legislativos dispares en el derecho comparado”. (*El Seguro de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lerner Ediciones, 1974, p. 115).

En análogo sentido, la profesora española MARÍA DE LOS ÁNGELES CALZADA CONDE, indica que, “Una de las cuestiones más debatidas en el ámbito del seguro de la responsabilidad civil es, sin duda, la de determinar

hilo de lo ya revelado agudamente por CONFUSIO, líneas atrás, buscar desentrañar tan enraizada y acerada controversia.

En adición a la referida dificultad, latente en el seguro de responsabilidad tradicional, cabe agregar otra, ligada a una realidad actual, esto es la emergente del relativamente nuevo, alternativo e *in crescendo*, sistema de delimitación temporal del riesgo, comúnmente conocido como el régimen de delimitación de la cobertura a través de estipulaciones contractuales cimentadas en la formulación primigenia de un reclamo del tercero damnificado, las que en el mercado se denominan cláusulas *claims made*, en las que la definición del siniestro, igualmente es un aspecto hartó controversial, según los confirmaremos en apartes ulteriores.

Expresado en otros términos, el estudio de la configuración siniestral que nos concierne, se circunscribirá entonces al seguro de la responsabilidad ordinario y tradicional, apuntalado en el llamado ‘sistema de ocurrencia’, puesto que su nuevo rostro, por razones esquemáticas, ha sido ya develado por ilustres académicos españoles e internacionales, con lujo de competencia, a lo largo de los años que anteceden.

cuál es el hecho que en este seguro constituye el siniestro”. (“El siniestro en el seguro de responsabilidad civil”, en *Estudios empresariales y financieros*. Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, t. II, Madrid, 1982, p. 917).

A su turno, el distinguido colega JOAQUÍN ALARCÓN HIDALGO, acertadamente ha explicado que “[...] un tema que ha preocupado y sigue preocupando a los tribunales, doctrina científica y práctica aseguradora es la determinación del momento del siniestro. En algunos ramos es relativamente fácil esta determinación (el barco se hunde, el edificio queda destruido por el inmueble) pero en el seguro de responsabilidad civil no es tan fácil, estando su fijación condicionada tanto por el tipo de daños como por el hecho de que el acto ilícito y el daño ocasionado a un tercero se localicen en dos o más fracciones de tiempo que tienen una separación temporal considerable entre ellas como pueden ser los casos de siniestros procedentes de tabaco, asbestos, sida, látex o implantes de silicona. En estos daños de manifestación gradual o diferida, la exigencia de indemnización al responsable civil se materializa varios años después del momento en que se produjo el daño, una vez el perjudicado conoce que su daño se debe a aquello que ocurrió varios años antes. La exposición del asegurador es por un periodo de tiempo no previsible, lo que genera dificultades a la hora de fijar primas y reservas para un periodo concreto[...]” (“El seguro de responsabilidad civil hoy: aspectos jurídico-prácticos; los programas internacionales”, en *Aspectos sustantivos y procesales del contrato de seguros*, Memorias del XXV Encuentro Nacional, Medellín, ACOLDESE y AIDA, 2007, pp. 294 y 295).

Y, en fin, el profesor ABEL VEIGA COPO comparte la anterior opinión, al indicar en su obra ‘Los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro’, que el concepto de siniestro, si bien es teóricamente manejable, se torna sumamente complejo desde el punto de vista práctico, como quiera que las propias particularidades del riesgo delimitado hacen que, en veces, especificar el momento concreto y específico en que tuvo lugar el siniestro, sea una tarea de nunca acabar. Así, advierte el profesor VEIGA que la realización del riesgo asegurado “...es un asunto espinoso, tanto desde el punto de vista genético –verificación del acaecimiento del siniestro–, como desde la perspectiva temporal –verificación del momento cronológico de realización del riesgo–. Esta dificultad se acrecenta en el ramo de la responsabilidad civil, en que existen múltiples controversias de orden doctrinal ...” (Los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro. Op. Cit., pp.317-33). Cfr. FERNANDO REGLERO CAMPOS. “El seguro de responsabilidad civil”, en *Tratado de la responsabilidad civil*, Aranzadi-Thomson, T.I, Pamplona, p. 635, YVONNE LAMBERT FAIVRE, *Droit des Assurances*, Paris, Dalloz, 1990, p. 358, JUAN BATALLER GRAU, NURIA LATORRE CHINER y JESÚS ALAVARRÍA IGLESIA, *Derecho de los seguros privados*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p.261, y ANDREA SIGNORINO BARBAT. *Los seguros de responsabilidad civil*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2017, p.61, entre numerosos autores más.

Así las cosas, en consonancia con la anunciada profusión de tesisuras y corrientes, hemos creído conviene dividir su estudio en tres segmentos, con el cometido de facilitar su escrutinio.

El primero, encaminado al examen puntual de la que podríamos denominar ‘teoría general del siniestro’, de suyo básica pero ilustrativa para el desarrollo epistemológico de los restantes. El segundo, orientado al estudio previo de algunos aspectos neurálgicos del seguro de la responsabilidad civil, y el tercero, más de fondo, enderezado a examinar la configuración del siniestro en el sistema tradicional, tanto en el concierto nacional, como en el internacional, esto es en el sistema de ‘ocurrencia’.

2. TEORÍA GENERAL DEL RIESGO Y DEL SINIESTRO.

En cuanto se refiere al riesgo y al siniestro, de vieja data se tiene establecido que son dos dimensiones que, en el seguro, se entrelazan frecuentemente, al punto que están llamadas a formar una unidad indisoluble, en concreto cuando el riesgo abandona su estado arquetípico de latencia para transformarse en resultado, en realidad fáctica, y también jurídica.

Ello explica que no se conciba el siniestro, es la regla, sin la participación antecedente de un riesgo, el que se erige, por consiguiente, en un *prius*, lo que reafirma la idea socorrida en el campo del seguro, según la cual el riesgo debe existir previamente, so pena de que se torne ineficaz, sin perjuicio del tratamiento conferido al apellidado ‘riesgo putativo’ y a otros supuestos individuales, uno de ellos el atinente al llamado sistema de aseguramiento de responsabilidad civil con arreglo a la incorporación de cláusulas *claims made*.

El riesgo, es bien conocido, universalmente es uno de los elementos esenciales del seguro, sin vacilación el de mayor prosapia o abolengo, por cuanto toda la operación del seguro descansa en él. Es, sin más calificativos, su bastión, su mástil, su columna vertebral o, si se prefiere, su aquilatada ‘materia prima’, como gráficamente se le denominada por un sector doctrinal³.

Riesgo, en suma, es pues la posibilidad de un acontecimiento, de un suceso de posible realización tanto en el tiempo como en el espacio, al cual las partes del negocio aseguratorio, merced a su latencia, deciden dotar de fisonomía, de eficacia jurídica y relevancia económica. Es entonces el evento previsto y esculpido por las partes contratantes, en lo pertinente.

Y siniestro, reflejamente, es entonces el desdoblamiento funcional del riesgo; es su concreción jurídico-material, su realización propiamente dicha, en cuyo caso migra de una condición previa: *incertus an*, a otra: *posterius y veritas*.

Por consiguiente, el acontecimiento, o el suceso han de revestir, a título de regla generalísima en el común de los seguros nominados de que da cuenta la legislación

³ ERNESTO CABALLERO SÁNCHEZ. *El seguro privado ante nuevos horizontes*, Madrid, Magisterio Español, 1964, p. 16.

comparada, dos calidades, a saber: a) que sea futuro y b) que sea incierto, las que no deben estar presentes, indefectiblemente, en todos los tipos asegurativos, v. gr., el seguro de responsabilidad civil cimentado en el sistema extraordinario *claims made*, en el seguro marítimo, y en el seguro de riesgos financieros, entre otros supuestos.

En tal virtud, mirar hacia el pasado, contemplar lo pretérito y estructurar el riesgo a partir de componentes subjetivos, huelga aclarar que de buena fe, aunque no es lo ordinario en el universo asegurativo, no es tampoco un laborío vedado al seguro, por lo menos en la generalidad de la legislación comparada, por supuesto en el entendido de que exista autorización normativa al respecto, según tiene lugar en España y en Colombia.

Expresado lo que antecede, por su inescindible conexión temática, recordemos que el riesgo, en sí mismo, admite delimitación, a fin de establecer cabalmente sus fronteras.

Y ello es así, particularmente si se tiene presente que la configuración del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil depende, en gran medida, de la forma como se hubiere delimitado el riesgo, habida cuenta que la cobertura no es irrestricta, dado que conoce límites, ora legales, ora convencionales. Por ello se alude a delimitaciones causales, y temporales, primordialmente.

Por último, en sintonía con lo indicado, registremos que el rol del siniestro es variopinto, como quiera que no puede atribuírsele una sola función.

Es así como se tiene decantado que el siniestro cumple plurales y resonantes tareas, tales como:

- a) Traducirse en detonante de la prestación asegurada, en razón de que el siniestro se constituye en la causa generatriz del débito contractual de la entidad aseguradora.
- b) Servir de activador de obligaciones, deberes o cargas para el tomador, por vía de ejemplo la de proceder a dar aviso de su materialización al asegurador dentro del término establecido.
- c) Fijar, por regla general, el inicio del decurso prescriptivo, vale decir el cómputo del plazo de la prescripción extintiva, salvo en aquellos seguros, como el de responsabilidad civil, en el que dicha modalidad extintiva, por lo menos en tratándose de la acción del asegurado de cara al asegurador, tiene lugar con la reclamación judicial o extrajudicial que éste le formula al empresario-asegurador, variando entonces su vengo (por vía de ejemplo Colombia). No así, forzosamente, en relación con la acción directa del damnificado, según como sucede entre nosotros, pues en este caso la prescripción iniciará su recorrido a partir del siniestro, según el caso (C. de Co., art. 1131).

3. ALGUNOS ASPECTOS NEURÁLGICOS DEL SEGURO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EXAMEN DE LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN EL SISTEMA TRADICIONAL O DE OCURRENCIA.

Delineada la primera parte de la presente exposición, conviene sumariamente ocuparnos de la segunda, esto es del estudio de dos neurálgicos aspectos del seguro de la responsabilidad civil, íntimamente ligados con nuestra temática. Nos referimos

al concepto y alcance específico del riesgo en el seguro de la responsabilidad civil, y a su delimitación temporal.

Efectivamente, en un todo de acuerdo con el propósito que le asiste al seguro de responsabilidad, es dable indicar, porque así lo creemos, que el riesgo es la responsabilidad en que pueda incurrir el asegurado, considerado para estos efectos como agente potencial de daños y perjuicios, más concretamente la floración, en potencia, de una deuda de responsabilidad emergente del acaecimiento del hecho dañoso por parte del asegurado.

En consecuencia, es la posibilidad de que irrumpa la referida deuda de responsabilidad, la que se traduce en la *ratio* funcional del seguro, amén que en el riesgo propiamente dicho que gravita a su alrededor que, de materializarse, ocasionará el surgimiento del siniestro y, por ende, el menoscabo patrimonial para el asegurado y para la entidad aseguradora: efecto reflejo.

Tiene razón entonces el reconocido profesor chileno –y distinguido colega, tan próximo a la AIDA chilena e internacional–, Osvaldo CONTRERAS STRAUCH, al puntualizar que “La causa que induce a una persona natural o jurídica a contratar un seguro de responsabilidad civil, es la existencia del riesgo de causar daños a terceros, riesgo que afecta potencialmente a su patrimonio como un todo (no a ciertos bienes que lo compongan), patrimonio sobre el cual, evidentemente, tiene un interés asegurable, que consiste, precisamente, en que dicho patrimonio no se vea afectado, amenazado o derechamente disminuido, en caso de que incurra en una responsabilidad”.

“Proteger al asegurado de los riesgos que puedan afectar su patrimonio es, pues, el objeto principal del seguro de responsabilidad civil. Dichos riesgos provienen de múltiples circunstancias...., pero todas comparten el mismo objeto o finalidad: salvaguardar al patrimonio del asegurado indemnizando al tercero dañado. Profundizando el concepto, la idea central radica en que el riesgo cubierto por el seguro de responsabilidad civil es el nacimiento de una deuda que grava el patrimonio del asegurado. Desde el mismo momento en que la deuda nace, la llamada deuda de responsabilidad, se incrementa el pasivo de dicho patrimonio y, por consiguiente, su valor neto disminuye”, de lo que colige tan sobresaliente autor, en tal virtud, que “El seguro de responsabilidad civil presupone, como se ha enfatizado: la ‘deuda de responsabilidad’ que pesa sobre el sujeto pasivo u obligado, que es en este caso el asegurado”⁴.

Y también la tiene el metódico y estructurado profesor español, MARIANO IZQUIERDO TOLSADA, quien con motivo del escrutinio de la problemática *sub examine*, no vacila en situarnos en una realidad atípica y diversa, en sí misma considerada, respecto a otros seguros, a la par que de la propia teoría general del siniestro, toda vez que tratándose del seguro de la responsabilidad civil, el *quid* o nervio siniestral, su piedra de toque, ciertamente es divergente, *sui generis* -si así se prefiere, lo que aumenta apreciablemente el tono de la controversia en comento. De allí que aluda, con propiedad, a “la especial fisonomía del seguro de responsabilidad”, la que “hace de este problema la cuestión más compleja de todas”, de lo que colige

⁴ CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. *Derecho de seguros*. Santiago: Thomson Reuters, 2014, pp. 392 y ss.

que “...esta idea no hace sino reafirmar una cosa: el concepto técnico-jurídico del siniestro, tal y como se concibe en la práctica aseguradora, no encaja en el seguro de responsabilidad civil....”⁵.

De igual modo, en lo tocante con la supraindicada delimitación del riesgo, recordemos que el seguro de responsabilidad civil puede ser temporalmente delimitado por los extremos de la relación jurídica, con arreglo a los criterios asignados por ellas mismas, en especial acudiendo al señalamiento de la vigencia de la relación contractual mediante una típica estipulación de carácter particular.

Nos estamos refiriendo a la vigencia que, con el apellido de material, denota el inicio y la ulterior cesación de responsabilidad efectiva del asegurador, por contraposición a la mera vigencia formal, la que supone la existencia del negocio jurídico, pero no su efectividad, en atención a que la vigencia material es el marco de referencia obligacional dentro del cual se puede desdoblar el riesgo asegurado.

En este orden de cosas, en línea de principio, puede manifestarse que en el seguro de responsabilidad civil tradicional u ordinario, que es el que nos ocupa, el asegurador devendrá obligado cuando se realice el hecho activador de la deuda de responsabilidad: hecho generador, hecho detonante, hecho motivador, evento dañoso, hecho externo imputable al asegurado, etc.

Por consiguiente, si tal hecho activador de la responsabilidad despinata dentro de la vigencia material del seguro, podrá verse afectado el patrimonio del asegurador, puesto que el riesgo previsto en el contrato se habría configurado dentro del período de eficacia negocial, naturalmente si no media una exclusión, o una causa extintiva. Muy por el contrario, si el hecho motivador se realiza por fuera de la prenotada vigencia, no se obligará la responsabilidad del asegurador, quien en el seguro ordinario de responsabilidad civil podrá acudir al expediente causal y temporal en comentario.

De ahí que si puede establecer que el hecho se verificó una vez expirado el contrato, es claro que no se responderá, como también es claro que si tiene lugar mientras estuvo vigente, así se conozca o asome luego, se responderá jurídicamente, con prescindencia de la reclamación posterior del daño, siempre y cuando no se vulneren los términos de prescripción, claro está.

Anotación similar importa efectuar de cara a las pérdidas ocasionadas con anterioridad al inicio de la vigencia material, toda vez que ellas, en estrictez, no quedarán cobijadas en la hipótesis indemnizatoria, justamente por haberse gestado con antelación, lo que apareja como secuela que la entidad aseguradora no deba responder por ellas, tal y como tiene lugar con las que despinatan luego de expirada la referida vigencia, brújula del débito del asegurador.

⁵ IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid: Dykinson, 2001, pp. 530 y 532.

Por eso, los daños que irrumpen antes, o los que irrumpen después, desbordarán en este sistema de ocurrencia el elemento temporal en referencia, de lo que desprende que el asegurador no devendrá obligado, a diferencia de lo que tiene lugar tratándose del sistema *claims made*, en el que la reclamación, y no el advenimiento del daño propiamente dicho, se traducirá en el nervio de la responsabilidad de la entidad aseguradora, hasta el punto de que dicha reclamación, justamente por ser epicentral, jurídica y funcionalmente, se erigirá en el siniestro, muy a contrario de lo que tiene lugar en punto al seguro de la responsabilidad civil tradicional -u ordinario-, cimentado en la ocurrencia del hecho activador –o motivador–⁶.

4. EL MOMENTO DE LA CONFIGURACIÓN DEL SINIESTRO EN EL SISTEMA TRADICIONAL DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. EXAMEN DE LAS PRINCIPALES TEORÍAS.

Registrado todo lo que antecede, importa entonces detenernos en la tercera parte de esta exposición, cuál es la relativa a precisar, en sede del seguro de la responsabilidad civil tradicional u ordinario (ocurrencia), cuándo se entiende configurado el siniestro, problemática ríspida y, por tanto, no exenta de férrea y ardorosa polémica, como anticipamos.

De ahí que, con un carácter confesamente descriptivo, a continuación le pasaremos revista a buena parte de las posturas que han militado en el Derecho comparado y nacional (las más salientes y difundidas), desde luego fijando nuestra modesta posición, para luego auscultar la tesis adoptada por el legislador colombiano en la materia en el artículo 1131 del C. de Co., así como la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, y las más recientes legislaciones internacionales.

En efecto, en el Derecho comparado y el nacional el tema de la realización del riesgo en el seguro de la responsabilidad civil ha sido y sigue siendo objeto de encendida controversia –y parece que continuará por un apreciable tiempo–, en la cual han participado los más insignes e iluminados doctrinantes. Dificilmente hay una temática

⁶ Acerca de las apellidadas cláusulas *claims made* –acentuadamente controvertidas en el Derecho comparado, es cierto, aun cuando cada vez más admitidas en la *praxis* contractual, al igual que por la legislación y por sector de la dogmática y la jurisprudencia, incluida la colombiana, Corte Suprema de Justicia–, bien puede verse, entre varias aportaciones más, nuestra monografía ya referida (*La configuración del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil*), así como el aprestigiado *Tratado del contrato de seguro* de autoría del profesor ABEL VEIGA COPO (Civitas y Thomson Reuters, T.II, Pamplona, 2017, pp. 483 y ss.), el más reciente y documentado texto del renombrado profesor de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. Alberto TAPIA HERMIDA: *Guía del contrato de seguro*, Thompson Reuters, Pamplona, 2018, pp.123 y ss., el detallado estudio realizado por el profesor de la Universidad Javeriana, NICOLÁS URIBE, titulado: “Análisis Técnico-Jurídico de la modalidad de cobertura por reclamación o “Claims Made” en los seguros de responsabilidad civil a la luz del ordenamiento jurídico colombiano”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, AIDA-CILA, No. 44, Universidad Javeriana, Bogotá, 2016, pp. 17 y ss., y el lozano y docto escrito del profesor Juan Manuel DÍAZ-GRANADOS, denominado “Las cláusulas “claims made” en el derecho colombiano”, publicado en el *Liber Amicorum en Homenaje al Maestro J. Efrén Ossa*, Vol. II, Universidad Javeriana, CILA-AIDA y Editorial Temis, Bogotá, 2024, pp. 533 y ss.

como la que nos convoca que haya reunido a tan granados e insignes exponentes del orbe, lejana de encontrar la paz académica y judicial, hecho éste, empero, que correlativamente estimula la riqueza científica, al mismo tiempo que impide que se torne pétreo el Derecho de seguros, por antonomasia dinámico y evolutivo.

Diversas son pues las tesis existentes en el Derecho comparado, todas llamadas a precisar ¿cuándo ha de entenderse consolidado el siniestro en el seguro de la responsabilidad civil ordinario?

Nos referimos, expresado en términos más directos, al fenómeno jurídico de la cristalización siniestral, en sede del seguro de la responsabilidad civil.

Así, para unos, el siniestro será provocado por un hecho volitivo del asegurado: el pago a la víctima. Para otros, su voluntad circunscrita al reconocimiento de su responsabilidad, no es decisiva para fijar el momento en que surge el siniestro, puesto que lo determinante es la causación del daño previo, detonante de un débito o una deuda de responsabilidad. Y para otros dos sectores, lo cardinal no es la conducta observada por el asegurado, sino por el tercero afectado, materializada en la reclamación judicial o extrajudicial que a él le formulan: al asegurado, o por los administradores de justicia cuando proceden a liquidar los perjuicios mediante providencia judicial.

4.1. Teoría del reembolso o del resarcimiento previo del perjuicio

La teoría del reembolso, una de las más antiguas pero combatidas en el Derecho comparado, sostenida por autores italianos como MORAGLIA, D'AVANZO y GRECO, y por alemanes como HERMANN DORFER, parte del supuesto de que la obligación del asegurador surge de cara al asegurado, una vez éste, el agente del daño irrogado, indemnice los perjuicios por él causados.

Así lo explica con claridad, por vía de ilustración, el profesor patrio, JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS, quien al respecto sostiene que esta tesis “[...] afirma que el siniestro se configura cuando el asegurado responsable paga a la víctima la deuda derivada de la responsabilidad civil. El seguro se restringe, entonces, a un instrumento de reembolso, lo cual desconocería la acción directa que, en algunas legislaciones, incluida la colombiana, tiene la víctima en contra del asegurador.

Ella puede hacer efectivos los derechos del contrato de seguro ejerciendo la acción contra el asegurador, aún sin demandar al asegurado, momento en el cual obviamente no se ha producido pago alguno [...]”⁷. Por consiguiente, en esta teoría la indemnización previa por parte del responsable, es requisito vertebral de la obligación del asegurador, quien sólo se obligará en tanto su asegurado haya cumplido con su débito. De allí que la entidad aseguradora, al amparo de esta singular tesis, se limita a “reembolsar” al asegurado lo pagado por él al tercero afectado.

⁷ DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad*, Universidad Javeriana y Universidad del Rosario, Bogotá, 2012, *Op. Cit.*, p. 155.

4.2 Teoría de la declaración o reconocimiento de responsabilidad -o de la liquidación del perjuicio o deuda-

Diversa de la anterior, en efecto, es la teoría de la declaración o reconocimiento de responsabilidad a cargo del asegurado, la que cimenta en el hecho de la confirmación de una obligación dineraria en cabeza de éste (*an debeateur* y *quantum*), reconocimiento que supone, por una parte, la definición abstracta de responsabilidad y, por la otra, la identificación precisa del alcance cuantitativo de la citada obligación resarcitoria (liquidez).

Expresado en forma diferente, cuando la reclamación formulada por el asegurado es acogida, bien judicial, bien extrajudicialmente y, por tanto, liquidado su importe, todo como corolario del conocido principio *in illiquidis non fit mora*. De ahí que comúnmente se le conozca en la doctrina como teoría de la ‘liquidación de la deuda’ o igualmente teoría de la ‘liquidación del daño’.

En esta postura, sostenida en Italia por FERRARINI e indirectamente por algunos franceses, como el doctrinante RENE DEMOGUE, y por el profesor español MANUEL OLIVENCIA, el siniestro acaece cuando la deuda de responsabilidad se torne, amén de existente, líquida y, por ende, exigible plenamente⁸, o sea cuando converjan los elementos *an debeateur* y *quantum*. En ese momento el asegurado, sin lugar a especulación, sabe que debe, a la par que cuanto debe, de lo que se desprende que si uno de tales elementos no se ha consolidado, mal podría hablarse de obligación efectiva a cargo del asegurado y correlativamente a cargo del asegurador⁹, de suerte que quienes abogan por esta opinión le asignan a la sentencia, laudo, transacción, etc., un valor constitutivo y no simplemente declarativo.

4.3. Teoría de la reclamación del tercero damnificado al asegurado

Al lado de las descritas dos posturas, corre pareja en el Derecho comparado, hay que reconocerlo que con fuerza, otra tesis conocida con el apellido de teoría de la reclamación del tercero, acogida, entre varios doctrinantes, principalmente por los

⁸ Para el profesor de Derecho marítimo de la Universidad de Trieste, SERGIO FERRARINI, quien cuestiona la opinión de SALANDRA –que luego citamos–, entre otros más, “[...] se puede considerar ocurrido el riesgo cubierto en el seguro de responsabilidad cuando se liquide el débito del asegurado respecto del tercero. Antes de ese momento el asegurador no se encuentra obligado a pagar al asegurado la indemnización de seguros”. (“Assicurazioni marittima di responsabilità e rapporti tra assicuratore e terzo, en *Rivista Assicurazioni*, Roma, 1950, Parte II, pp. 93 y 96).

Del mismo modo, pero concentrándose más en el reconocimiento y en la condena judicial, el recordado don manolo OLIVENCIA, expresa que, “[...] hasta que no [...] se reconozca –la obligación de indemnizar– o no se declare judicialmente, no puede hablarse de siniestro”. (“Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro”, en *Estudios empresariales y financieros*. Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, vol. I, Madrid, 1982, p. 902).

⁹ Es de señalar que la jurisprudencia italiana, en algún momento, sostuvo –como lo hizo R. DEMOGUE en el ámbito genérico de la responsabilidad civil en Francia– que “[...] la obligación del asegurador surge cuando la responsabilidad del asegurado respecto al tercero ha sido corroborada judicialmente mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada” (dos sentencias del Tribunal de Milán, año 1934, en *Rivista Assicurazioni*).

franceses HEMARD –aguerrido defensor de la misma e inspirador del modelo legislativo francés–, LYON CAEN, CAPITANT, PICARD y BESSON, MAZEAUD y TUNC, así como por los doctrinantes italianos VIVANTE y LORDI, por los alemanes SCHMIDT-MULLER, BRUCK, por los españoles BENITEZ DE LUGO y SOTO, por el mexicano RODRÍGUEZ R., por los argentinos HALPERIN, ZAVALA, STEINFELD y ROITMAN, y por los profesores colombianos J. Efrén OSSA G., William SALAZAR L., José Fernando TORRES y JESÚS LLANO R. –con diferencias de grado–, entre varios, con arreglo a la cual –siguiendo una fórmula ya clásica de factura del señalado profesor de la Universidad de París, JOSEPH HEMARD–, “El siniestro”, en el seguro de responsabilidad civil, “es el ataque mismo, judicial o extrajudicial” dirigido por el tercero contra el asegurado¹⁰ y ¹¹.

Frente a esta teoría, salta a simple vista, el único hecho que activa la responsabilidad del asegurado y consecuencialmente la del asegurador, *stricto sensu*, es la reclamación, ora judicial, ora extrajudicial, formulada por el tercero damnificado de cara al asegurado o al asegurador, cuando se reconoce la existencia de una acción directa¹². Por ello, es por

¹⁰ JOSEPH HEMARD, *Théorie et Pratique des Assurances Terrestres*, t. II, Paris, Sirey, 1925, p. 196, núm. 556, autor que agrega que “El daño que el asegurado entiende cubierto resulta de todo ataque dirigido contra él por un tercero. Poco importa que este ataque sea fundado” (p. 196).

Criterio análogo, por su parte, es el expresado por el profesor alemán ERNS BRUCK, a juicio de quien “En el seguro de responsabilidad civil el siniestro se verifica cuando el tercero formula su pretensión respecto del contratante”. (*Lineamenti generali delle legislazione germanica sulla assicurazioni private*, Roma, 1935, p. 57).

¹¹ Hay que precisar, por su importancia, que la teoría de la reclamación, por razones estrictamente de concepción y de mecánica del régimen que le es propio, se ha impuesto, en lo pertinente, en aquellos países que, como Colombia, se han matriculado en el sistema que –a modo de mera alternativa– reconoce eficacia a las cláusulas de estirpe contractual orientadas a delimitar temporalmente el riesgo asegurable, conocidas en el argot internacional como estipulaciones o cláusulas *claims made basis* o simplemente *claims made*, por oposición al sistema tradicional u ordinario, cimentado en la modalidad de *ocurrence basis* (*loss occurrence*), en forma tal que en el seguro de responsabilidad civil, en aquellas naciones en las que expresamente tiene cabida el indicado sistema, ciertamente reciente, pueden subsistir ambas modalidades de aseguramiento: la tradicional y la novísima en referencia.

Lo anterior quiere significar que en determinados países, en concreto en los que la tesis de la reclamación no ha sido admitida con carácter general, pueden concurrir, doctrinal y legislativamente, dos concepciones del siniestro. Una con énfasis en el hecho dañoso o en el surgimiento del débito de responsabilidad (sistema ordinario o general); otra en la reclamación, particularmente en la aludida modalidad fruto de la delimitación del riesgo o de la cobertura en su dimensión temporal (sistema extraordinario o particular, *claims made*).

Es menester tener claro este aspecto, a fin de no darle más valor del que efectivamente tiene a la tesis de la reclamación, de indiscutible vigencia genética en la modalidad en cita, es cierto, aun cuando carente de ella en el sistema clásico, salvo que para los seguros tradicionales de responsabilidad civil el sistema ahijado sea el de la reclamación –como en Francia–, caso en el cual no habrá diferencia alguna, sino una llana reiteración. No así, empero, tratándose de sistemas jurídicos en los que categóricamente en el seguro de responsabilidad civil el siniestro, en los indicados seguros tradicionales de R.C., lo constituye el evento dañoso o la deuda de responsabilidad civil, según el matiz adoptado.

En síntesis, hay que advertir que la teoría primigenia de la reclamación, combatida en algunas latitudes, como se ha dicho, ha adquirido acogida frente al nuevo sistema –que también ha sido blanco de críticas que han impedido su adopción, en todo caso más residual y acotado de cara al sistema ordinario, clásico o general, el que se seguirá gobernando por la tesitura que, con anterioridad a la inclusión de estas nuevas cláusulas, imperaba, las que no están llamadas, *per se*, a desplazarlo del todo (fenecimiento o erradicación), simplemente a atenuarlo, se insiste, en ciertos tipos aseguraticios del ramo de responsabilidad civil, pero no en todos. Habrá, entonces, una coexistencia funcional, sujeta a las reglas propias de cada régimen, conforme a cada caso en particular.

¹² En efecto, “[...] esta doctrina sostiene que el siniestro se configura cuando la víctima presenta una

lo que si no media la reclamación en comento, no habrá siniestro, así haya acontecido, en efecto, el evento previsto en el contrato, con las consecuencias dañosas de rigor para el damnificado, por vía de ejemplo el accidente automovilario en el seguro de automóviles –o automotores–. De ahí que aún existiendo daño, de una parte y, de la otra, responsabilidad civil del asegurado por el daño irrogado a un tercero, no habrá siniestro, en tanto en cuanto éste o sus causahabientes, según el caso, decidan reclamar.

De lo precedentemente anotado, se desprenden pues dos consecuencias significativas para los fines de la exposición de esta opinión:

La primera –según lo advierten los hermanos MAZEAUD y TUNC–, que no basta para que el asegurador devenga obligado que el asegurado sea responsable por la realización del hecho dañoso, ya que es menester, además, que “[...] a víctima reclame la reparación”¹³, momento a partir del cual, técnica y jurídicamente, puede hablarse de un ‘verdadero daño’ respecto del asegurado –como lo apellida LORDI–¹⁴, toda vez que con antelación al reclamo éste nada debe, de lo que se colige que no puede entenderse ocurrido el siniestro, así el daño, en forma efectiva y material, haya sido experimentado por el tercero damnificado.

Sin reclamación –nos lo recuerdan–, ni hay daño para el asegurado, ni hay realización del riesgo asegurado¹⁵, ni tampoco obligación para el asegurador, en la medida en que el

reclamación en contra del asegurado tendiente a obtener la reparación. Si entendemos que conforme a esta tesis el siniestro equivale a reclamación, éste tiene que producirse durante la vigencia del contrato de seguro. Muchos estudiosos han considerado que la doctrina clásica francesa liderada por HEMARD y, con base en el artículo 30 de la ley de 13 de julio de 1930, seguida por SUMIEN así como por PICARD y BESSON, sostiene que el siniestro se configura con la reclamación de la víctima contra el responsable.

En principio, PICARD y BESON afirman que el siniestro no está constituido por el hecho generador del daño o la realización misma del daño causado al tercero afectado, como puede creerse en un primer momento, sino por la reclamación amigable o judicial, fundada o no, hecha al asegurado por un tercero. Añaden, además, que el siniestro no es el daño sufrido por la víctima, sino el daño causado al asegurado por su deuda de responsabilidad, para concluir que sólo el ataque judicial o extrajudicial constituye para el asegurado la fuente de daños. No obstante, los mismos autores advierten que ‘es necesario reconocer que esta concepción del siniestro debe ser contenida dentro de ciertos límites y que ciertas reservas deben ser adoptadas’. Reservas que, tratándose del período de vigor de la garantía, hacen evidente una profunda contradicción en esta teoría, que terminan desdibujándola y colocándola en el terreno de la ocurrencia [...]” (JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS, *El seguro de responsabilidad*, op. cit., pp. 190-191).

¹³ HENRI y LÉON MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*, t. III., vol. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, p. 171, quienes redondean su planteamiento diciendo que, a partir del reclamo de la víctima, “sea amistosa o judicial [...] el asegurador está obligado a garantizar al asegurado”.

¹⁴ “Para el asegurado”, como lo expresa el profesor italiano LUIGI LORDI, “[...]el verdadero siniestro no es el hecho por el cual el debe responder [...] En rigor, para el asegurado causante del daño el siniestro, el verdadero daño, solamente se produce cuando es llamado en juicio por el damnificado”. (*Le obbligazioni commerciali*, II, Milán, Società Editrice Libreria, 1936, p. 900).

Para los partidarios de esta posición, incluido el propio autor LORDI, antes de la reclamación, la incertidumbre, definitoria de todo contrato de seguro, es manifiesta, tanto en lo relativo al *an –incertus an–*, como en el *quantum*.

¹⁵ Como lo puso de relieve el profesor mexicano JOAQUÍN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, “el riesgo no se realiza, sino cuando el asegurado se ve conminado, judicial o extrajudicialmente, al pago de la indemnización que deba [...]”. (*Derecho mercantil*, México, Porrúa, 1964, p. 211).

De igual manera, el autor ibérico LUIS BENÍTEZ DE LUGO, estimó que “[...]el riesgo previsto en el contrato no se considera realizado por el hecho de la ocurrencia del accidente, sino por la reclamación amigable o judicial, fundada o no, del tercero lesionado. Hasta ese momento no hay más que un riesgo para el asegurado y, mientras

asegurado –como lo dice HALPERIN– no ha experimentado aún ninguna ‘necesidad’, ya que no ha sido objeto de ataque o reclamo alguno¹⁶.

Y la segunda –como lo ha dicho HEMARD y como lo han repetido múltiples doctrinantes, principalmente galos–, que esta teoría es absolutamente compatible con la idea según la cual puede concebirse el siniestro, aún sin responsabilidad de parte del asegurado, puesto que la pertinencia o impertinencia del ataque del tercero damnificado es indiferente para los efectos del seguro¹⁷, en particular de la cobertura otorgada por el seguro de responsabilidad civil, cual es la de cubrir –como lo acotan PICARD y BESSON– los daños sufridos por el asegurado y no los experimentados –qué paradoja– por el tercero damnificado¹⁸.

Lo anterior explica, a juicio de los autores que defienden la tesis del reclamo por parte del tercero damnificado, que el asegurador deba responder por los gastos del proceso instaurado contra su asegurado, aún cuando sea infructuosa, infundada o temeraria, incluso, la acción instaurada contra él¹⁹.

no exista ningún procedimiento o reclamación, la garantía del asegurado está en potencia, pero no en acto por falta de responsabilidad perseguida”. (*Tratado de seguros*, vol. II, Madrid, Reus, 1955, p. 611).

¹⁶ Para este doctrinante, compenetrado con la teoría de la necesidad del profesor alemán A. MANES, la reclamación es el siniestro “[...] porque recién en este momento nace la necesidad”. (*Seguros, op. cit.*, p. 849).

Del mismo modo, recordando a nuestro querido colega el Dr. EDUARDO STEINFELD, si “[...] no hay un reclamo extrajudicial o judicial contra el autor del daño no se produce el caso previsto [...], no funciona la cobertura, no hay siniestro, lo cual es perfectamente posible y ocurre frecuentemente. Se ocasiona un daño y el tercero no reclama. En consecuencia, acá no hay siniestro [...]”, ya que precisamente “[...] el reclamo es el siniestro”. (“Concepto del siniestro en el seguro de responsabilidad civil y las defensas oponibles por el asegurador”, en *Revista de Derecho de Seguros*, núm. 6, año 2, 1973, La Plata, pp. 97 y 98). Años más tarde, con motivo de las VII Jornadas Nacionales de Derecho de Seguro y Conferencia Internacional organizadas en Santiago del Estero por la dinámica Sección Argentina de AIDA, el mismo autor ratificó su postura. (“Análisis de normas aplicables al seguro de responsabilidad civil”, en *Revista Mercado Asegurador*, Buenos Aires, 1996, pp. 56 y ss.).

Para el profesor HORACIO ROITMAN, no obstante reconocer la validez de los planteamientos de la teoría del nacimiento del débito en lo relativo al “[...] nacimiento de la obligación”, señala que “[...] no habiendo reclamación, aunque haya responsabilidad, no hay siniestro”. (*El seguro de responsabilidad civil, op. cit.*, pp. 125 y 126).

De igual forma, el Dr. ALONSO SOTO entiende que “[...] el siniestro no se produce hasta que se entable la reclamación contra el asegurado”. (*El seguro de la culpa*, Madrid, Montecorvo, 1977, p. 58).

¹⁷ De acuerdo con lo expresado por HEMARD, “Bien puede existir un siniestro sin responsabilidad, como una responsabilidad sin siniestro”. (*Théorie et Pratique des Assurances Terrestres, op. cit.*, p. 197).

¹⁸ Tan destacados autores franceses, en desarrollo de lo preceptuado específicamente por la Ley de su país, entienden que la prenotada concepción del siniestro, “[...] tiene la ventaja de tomar en consideración, no la responsabilidad del asegurado, sino el recurso –o reclamo– de responsabilidad[...]”, circunstancia que explica “[...] que el asegurador cubra el daño sufrido por el asegurado y no el sufrido por la víctima”. (*Les Assurances Terrestres. Le Contrat D’Assurance*, t. I, Paris, L.G.D.J., 1982, p. 531).

Es de señalar, sin perjuicio de anotaciones que efectuaremos en su oportunidad, que en Francia –al igual que en otras naciones influidas por su legislación y por su doctrina, v. gr. Colombia hasta el año 1990– el seguro de responsabilidad civil giró alrededor del asegurado, figura prevalente de la relación triangular de responsabilidad, lato *sensu*, a diferencia de otros regímenes en el que el tercero damnificado es el protagonista o, por lo menos, el coprotagonista, según el caso, pero no el extra o simplemente un espectador, cuando es quien reviste, nada menos, que la calidad de víctima del daño.

¹⁹ Con todo, no sobra advertir que esta tesis, como las demás, tiene importantes detractores. Es así como

4.4. Teoría del surgimiento del débito o deuda de responsabilidad.

En consonancia con el principio basilar del *neminem ledere*, al mismo tiempo que con la función preventiva ínsita en el seguro de responsabilidad civil (*alterum non laedere*)²⁰, los que se alinean en la llamada ‘teoría del débito de responsabilidad’, entre otros los profesores italianos VITERBO, DONATI, SALANDRA, ASCARELLI, SOTGIA, LEONE, MESSINEO, ROTONDI y STROBEL; los alemanes HAGEN y BORMANN, la francesa YVONE LAMBERT F., la griega STELLA BAKAS-TSIRIMONAKI; los españoles URÍA, SÁNCHEZ CALERO, DE ÁNGEL YAGÜES, TIRADO SUÁREZ, MANSILLA, y VEIGA COPO; los argentinos MORANDI, STIGLITZ, BARBATO, SPAYER, SOTO y MEILIJ; el chileno CONTRERAS, los peruanos VILLA ZAPATA y MEZA CARVAJAL, y en Colombia el Dr. MIGUEL GONZÁLEZ y los autores JAVIER TAMAYO JARAMILLO, ANDRÉS ORDÓÑEZ, JUAN MANUEL DÍAZ-GRANADOS, ARTURO GÓMEZ DUQUE y NICOLÁS URIBE –a la vez que nosotros mismos–, entre varios, estiman –y estimamos– que el siniestro se configura cuando nace dicho débito, es decir cuando surge la responsabilidad en cabeza del asegurado en relación con el tercero damnificado, momento que no es otro que el de la materialización del hecho –o evento– dañoso propiamente dicho, por el cual se obliga la responsabilidad del asegurado y consecuentemente, a raíz del acto, la del asegurador (responsabilidad correlativa de tipo patrimonial)²¹.

El sólo hecho de que el daño se haya producido en cabeza del tercero damnificado, es más que suficiente para que en forma simultánea surjan dos débitos, razón de ser del seguro de responsabilidad civil. El primero, de naturaleza autónoma, a cargo del agente del daño, que es precisamente –en el seguro– el asegurado. Y el segundo, de índole derivativa –o consecuencial–, que es el que, afectando –o vinculando– al

el profesor Abel VEIGA COPO, por vía de elocuente ejemplo, sostiene que una cosa es el momento a partir del cual surge el crédito indemnizatorio y, otra muy distinta, es el mecanismo a través del cual dicho crédito puede hacerse efectivo. La reclamación, según el criterio del destacado profesor español, corresponde al segundo de los elementos y, en esa medida, no puede ser vista como detonante del siniestro en el seguro contra la responsabilidad civil (*Los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro. op.cit.*, p.348).

²⁰ Acerca de la anunciada función –o dimensión– preventiva de la responsabilidad civil, tema de palpitante interés (*in crescendo*) y de grandilocuencia jurídica –más de la que *prima facie* pareciera–, véase nuestra monografía: *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el Derecho privado*, Bogotá: Universidad Javeriana y Editorial Temis, 2013.

²¹ Al respecto, el Dr. Juan Manuel DÍAZ-GRANADOS afirma que “[...] la tesis en cuestión sostiene que el siniestro se configura cuando ocurre el hecho dañoso. En otras palabras, el siniestro se asimila al momento en que surge la obligación de responsabilidad civil en cabeza del asegurado, con independencia del momento en que se produzca la reclamación. La tesis del hecho dañoso cuenta con un sinnúmero de seguidores en la doctrina nacional e internacional, apoyados en textos legales que vinculan la noción de riesgo al hecho generador de la responsabilidad civil. Propugnan por una unión muy estrecha de las dos instituciones, de suerte que el seguro proteja al asegurado cuando surja la responsabilidad, es decir, en el momento en que acaezca el hecho y que dicha protección del seguro lo acompañe todo el tiempo durante el cual el agente del hecho esté expuesto a dicha responsabilidad. Nuestro ordenamiento legal, desde la versión inicial del Código de Comercio, y luego con la reforma de la ley 45 de 1990, acogió en mayor o menor grado esta tesis. Así, el artículo 1131, modificado por la ley citada, dispone que se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, es decir, al responsable [...]” (*El seguro de responsabilidad, op. cit.*, pp. 186-187).

asegurador, asume el definido rol del siniestro (surgimiento de una prototípica deuda de responsabilidad).

Por consiguiente –como lo argumentan con leves matices los profesores DONATI, SALANDRA, GASPERONI, SOTGIA, ROTONDI, URÍA y SÁNCHEZ CALERO–, cuando se consolida el hecho o la eventualidad dañosa en este seguro, aflora, *ministerio legis*, una deuda para el asegurado causante del daño de claro contenido patrimonial (pasivo) y, por ende, para el asegurador que, *ab initio*, se comprometió a mantenerlo indemne (seguro de daños)²², en el entendido, claro está, de que el riesgo asegurado –como lo enfatiza el profesor MORANDI– se haya materializado en las condiciones previstas en el contrato, es decir sin desbordarlo, pues de lo contrario, es natural, no puede hablarse con propiedad de una deuda respecto del asegurador, en razón de que el seguro tiene límites preestablecidos, tanto por la ley, como por los propios contratantes²³.

²² Para el primero de tan insignes juristas, cofundador de la querida Asociación Internacional de Derecho de Seguros, AIDA, esa es la tesis que cuenta con su respaldo “[...] porque responde a la causa –del– contrato [...]”, es aquella “[...] que identifica el siniestro con el surgimiento de la deuda de responsabilidad [...]”, el que surge directamente *ex lege*, bien del mismo evento que produce el daño al tercero, bien del incumplimiento de la responsabilidad contractual”. (DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1956, p. 349).

Por su parte, sin perjuicio de reconocer que luego del siniestro es menester iniciar un ‘proceso de concreción’ del daño experimentado por el tercero damnificado, el profesor Vittorio SALANDRA puntualiza que, en su “[...] opinión, en efecto, se puede considerar ocurrido el siniestro en el momento en que se produce el hecho dañoso al tercero que entraña una responsabilidad para el asegurado[...]”. (“Obbligo d’informazione e disinteressamento dell’assicuratore”, en *Rivista Assicurazioni*, Parte II, Roma, 1942, p. 191). De igual modo, tan reconocido exponente de la ciencia italiana del Derecho de Seguros, con antelación a la expedición del Código Civil del año 1942, había ya manifestado que independientemente del procedimiento de concreción en referencia, “[...] el débito de responsabilidad debe considerarse inmediata y automáticamente surgido del hecho dañoso [...]”. Por ello, “[...]el hecho del asegurado[...]que produce el daño es pues la raíz de su obligación y, por reflejo, la del asegurador”. (“Il termine di decorrenza della prescrizione dell’azione contro l’assicuratore della responsabilità civile”, en *Rivista Assicurazioni*, 1938, Parte II, Roma, p. 140).

De manera análoga, para el profesor NICOLA GASPERONI, “[...] en el seguro de responsabilidad civil el siniestro se verifica cuando surge el daño para el tercero, daño que hace nacer la responsabilidad en cabeza del asegurado y, además, la obligación del asegurador[...]”. (“Assicurazioni di responsabilità civile”, en *Assicurazioni Private*, Roma, Giuffrè, 1971, p. 463).

A su turno, para el profesor SERGIO SOTGIA, “Si la obligación del asegurador se individualiza en la liberación del asegurado de las consecuencias de su responsabilidad civil, es evidente que el nacimiento del derecho del asegurado no se puede concebir sino en el momento en el cual surge la necesidad de esta liberación[...]; el siniestro debe entonces identificarse con el hecho dañoso sufrido por el tercero”. (“L’assicurazione della responsabilità civile nel Codice e nelle polizze”, en *Rivista Assicurazioni*, Parte I, Roma, 1950, pp. 142 y 143).

A su vez, para el gran comparatista italiano, MARIO ROTONDI –quien no distingue con tanta precisión como otros colegas suyos entre la causa del daño y su efecto patrimonial–, el siniestro en el seguro de responsabilidad civil se evidencia “[...] en el surgimiento de una deuda en el patrimonio del responsable asegurado[...]”. (“Considerazioni sui concetti di sinistro e di rischio nell’assicurazione sulla responsabilità civile”, en *Rivista Assicurazioni*, Parte I, Roma, 1953, p. 337).

Y finalmente para el reputado profesor Rodrigo URÍA, “Consistiendo el riesgo que cubre este seguro en la posibilidad de que el asegurado incurra en responsabilidad civil, el evento dañoso se producirá en el momento mismo que surja para el asegurado la obligación de responder civilmente, porque al quedar gravado su patrimonio con esa obligación experimentará el daño consiguiente”. (*Derecho mercantil*, Madrid, Aguirre, 1975, p. 536).

²³ Refiriéndose a este punto, el ilustre profesor argentino Juan Carlos F. MORANDI, memoró que en el seguro de responsabilidad civil “[...] el evento cubierto es la responsabilidad civil del asegurado [...] que surge [...] del ‘hecho’ que produce el daño al tercero y esto siempre que este último ocurra dentro de los márgenes del ‘riesgo cubierto’ y del campo ‘delimitado’ por las circunstancias causales, temporales y

El siniestro, en síntesis, se configura cuando irrumpe una deuda de responsabilidad que vincule al asegurado, causante del perjuicio irrogado por el tercero damnificado, como

espaciales establecidas en el contrato, dando nacimiento a la obligación del asegurador siempre y cuando antes del siniestro no se hayan tipificado algunos de los hechos impositivos que afecten el derecho del asegurado”. (“El seguro de responsabilidad civil y la acción directa de la víctima”, *Op. Cit.*, p. 404).

Es lo que acontece, ciertamente, en todo tipo de seguros, dado que no existe, como se anotó en su momento, una simetría absoluta entre el riesgo en su estado puro –o extracontractual o asegurable– y el enmarcado en la esfera del contrato –riesgo contractual o asegurado–. Por esta razón es por lo que el distinguido profesor español EVELIO VERDERA Y TUELLS aclaró que “[...] el riesgo sólo se transforma en siniestro en sentido jurídico, cuando se produce el hecho descrito concurriendo las circunstancias causales, temporales y locales convenidos por las partes”. (“La cláusula «claims made» ante la jurisprudencia del Tribunal Superior Español. Una primera revisión”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid: Musini, 1994, p. 104).

respuesta a la materialización de un hecho o evento dañoso (antecedente causal)²⁴ y ²⁵.

²⁴ Por ello es por lo que se afirma en la doctrina aseguraticia internacional, con frecuencia, que “[...]solamente el hecho dañoso –causado por el asegurado e imputable a él– es el que pone en movimiento la garantía otorgada por el asegurador”. (PANAYOTIS SCOUFIS, “Le sinistre en droit allemand en matière d’assurance de responsabilité”, en *Revue Générale des Assurances Terrestres*, París, 1962, p. 161). En una línea muy similar, aun cuando con más énfasis en el efecto que en la causa propiamente dicha, la profesora –también– griega STELLA BAKAS-TSIRIMONAKI, resalta que “[...] la deuda de responsabilidad del asegurado, que es el objeto fundamental de la garantía, nace en el mismo momento del hecho dañoso[...]”. (“Les principes généraux du droit hellénique de l’assurance”, en *Revue Internationale du Droit Comparé*, 1985, núm. 1, p. 94).

En sentido análogo, el profesor argentino Gustavo RAUL MEILLI, puso de relieve que, “En realidad, la deuda nace con el hecho dañoso, cuando éste resulta imputable a la responsabilidad del asegurado[...]”, de tal suerte que “[...] el siniestro tiene lugar cuando a causa de un suceso dañoso contemplado en el contrato de seguro, nace para el asegurado una deuda de responsabilidad, es decir la obligación de reparar el perjuicio causado”. (*Seguro de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 72 y 75). Años antes, en compañía del esclarecido profesor y querido colega Nicolas BARBATO (q.e.p.d.), ambos doctrinantes habían arribado a la misma conclusión. (*Tratado de derecho de seguros*, Rosario, Zeus Editora, 1975, p. 324).

Desde esta misma óptica, la profesora de la Universidad de Lyon Yvone LAMBERT FAIVRE, en el pasado abanderada de una teoría minoritaria denominada ‘teoría analítica’ que –en esencia– sostenía que el concepto de siniestro variaba en función del tipo de garantía o cobertura otorgada por el asegurador (deuda de responsabilidad, gastos e intereses), ahora manifiesta que “La deuda de responsabilidad del asegurado es el objeto fundamental y esencial de la garantía”. Por tanto, “[...] la deuda de responsabilidad del asegurado –es decir, vista desde el lado activo el crédito de indemnización de la víctima– que es el objeto de la garantía principal del seguro y la realización del daño –el accidente en el sentido común del término– es lo que constituye el siniestro”. (*Droit des Assurances*, op. cit., pp. 368 y 369). La posición anterior de la profesora LAMBERT, superada luego por la propia autora, fue consignada en posterior edición de su ilustrativa obra, ya citada (5ª ed., París, Dalloz, 1982, pp. 333 y ss.).

A su vez, para el brillante y siempre recordado y admirado profesor, don Fernando SÁNCHEZ CALERO, uno de nuestros insustituibles faros, “[...] es la producción del hecho del que nace la deuda de responsabilidad, el que determina el siniestro”. (*Comentarios al Código de Comercio, Ley de Contrato de Seguro*, Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1984. MANSILLA, p. 543), opinión ésta compartida, en territorio ibérico, por el ex-dirigente de UNESPA, don FELIX MANSILLA, quien estimaba que, “[...] el siniestro surge tan pronto como nace la obligación de indemnizar a cargo del asegurado, en el mismo instante en que éste despliega las premisas de las que la ley extrae la citada consecuencia: incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la conducta debida en la responsabilidad contractual, o acción u omisión negligente prejudicial para un tercero en la extracontractual [...]”. (“Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de producción del siniestro”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la empresa*, Madrid, Musini, 1994., p. 218).

Criterio muy afín –a los ya expuestos– es el expresado por el Doctor Daniele DE STROBEL, según el cual “El evento material que origina el daño coincide con el surgimiento del débito de responsabilidad civil”, de lo que se deriva que este autor italiano “[...] adhiera a la opinión que identifica el siniestro con el surgimiento del débito[...]”. (*L’assicurazione di responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 1992, pp. 155 y 157. Y el delineado por los analíticos profesores argentinos Claudio SPAYER y H. Miguel SOTO, a cuyo tenor “[...] recién en el momento en que nace la responsabilidad civil se produce el siniestro, ya que así como no hay responsabilidad civil sin ‘daño’ tampoco existe siniestro, en el seguro de la responsabilidad civil, sin débito de responsabilidad del asegurado”. (“El seguro como instrumento eficaz para la prevención y reparación del ‘daño ambiental’ y de los ‘daños particulares’ derivados del mismo”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros AIDA-CILA*, núm. IX, 1996, Bogotá, p. 138).

Análogo planteamiento, en general, es el realizado por los doctrinantes de responsabilidad civil –o Derecho de daños–, excepción hecha de la generalidad de los juristas franceses, en atención a que en Francia, desde el año 1930, existe un texto jurídico diverso. Es el caso, *ad exemplum*, del profesor argentino JORGE BUSTAMANTE ALSINA, quien examinando las ‘garantías colectivas’ y en particular el seguro de responsabilidad civil, anota que “La garantía del asegurador surge recién cuando existe la responsabilidad individual del asegurado”. (*Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 540).

²⁵ Como se observa, en esta tesis llamada del ‘débito de responsabilidad’, en sentido general, se presentan moderados y sutiles matices, sin que ello suponga una alteración de la esencia o sustrato medular de la postura

En este orden de ideas, con el propósito de esclarecer más aún el alcance de esta interesante postura, importa distinguir, en el más riguroso y ortodoxo de los sentidos, dos hechos que, *prima facie*, son iguales, pero que distan el uno del otro —y que comúnmente son equiparados—: el evento y el siniestro.

En efecto: el evento, examinado en su dimensión causal, es el hecho que activa la responsabilidad del agente del daño, por vía de ilustración el accidente automovilístico que origina una lesión orgánica en el tercero damnificado. Y el siniestro, en cambio, el resultado —patrimonial— concebido desde una óptica obligacional, o sea el surgimiento de una deuda de responsabilidad, fruto del daño antecedente en cuestión, invariablemente necesario (*ratio* de todo seguro de daños)²⁶.

Al igual que con la teoría que antecede —una de las más acogidas con la que analizamos ahora—, de la doctrina del nacimiento del débito de responsabilidad, por su parte, también se derivan importantes consecuencias:

La primera, consistente en que el hecho —o evento— dañoso imputable al asegurado, tiene una doble virtualidad obligacional, pues genera tanto una obligación para el responsable

que se sostiene, aun cuando hay que reconocer que una es más rigurosa que la otra, por lo menos bajo un prisma estrictamente científico. Ello no lo podemos desconocer.

La diferencia de presentación estriba, fundamentalmente, en la determinación del hecho activador de la responsabilidad del asegurador. Para algunos, ese hecho consiste en el evento dañoso propiamente dicho (acto material o físico). Así, para referirnos a un caso concreto, para nuestro respetado y apreciado colega peruano, Walter VILLA ZAPATA, Presidente de la Sección Peruana de AIDA, “[...] el siniestro ocurre cuando se produjo el daño. El siniestro coincide con el hecho dañoso”. (“La responsabilidad civil en el contrato de seguro”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. VIII, Bogotá, 1995, p. 147). Y para otro sector —en nuestro entender más riguroso—, en el surgimiento de responsabilidad, en sí mismo considerado (efecto o reflejo).

La divergencia, en consecuencia, se ubica en un plano causal, sin que en el fondo existan disimilitudes sustantivas o definitivamente irreconciliables. Otra cosa distinta, en puridad, es que sea más aconsejable referirse a una que otra, como se manifestó, por lo menos en la órbita científica o académica.

Al fin y al cabo, pregonar que el débito o deuda de responsabilidad es el siniestro, supone encadenar dicho surgimiento, como producto que es, a un hecho antecedente (*prius*): el evento generatriz de tal responsabilidad, en modo alguno espontánea, como quiera que ella será el resultado de la materialización de un evento previo y determinante, vale decir dotado de virtualidad jurídica. Como lo expresa nuestro querido y admirado colega argentino RUBEN STIGLITZ en estructurado estudio —en el que consignó su ostensible antipatía por las cláusulas de delimitación de la cobertura en el seguro de R.C: *claims made*—, es conveniente entrelazar ambos aspectos, en la medida en que es “[...] siniestro[...] no sólo el suceso, sino la deuda de responsabilidad que deriva del mismo”. (“Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Estado de situación en Argentina”, en *Revista Española de Seguros*, núm. 89, Madrid, 1997, p. 111).

²⁶ Según lo enseña el profesor C. VITERBO, objetando el criterio material asignado al hecho dañoso por los germanos HAGEN y BORNEMANN, precursores de la teoría del débito —en su estado aproximativo—, entre otros autores que no escinden ambas fenomenologías, “El siniestro no es, en efecto, el suceso dañoso que provoca el incidente, ni la coyuntura misma; estas son únicamente las causas del siniestro. En nuestro ramo de seguro el siniestro está constituido por el surgir de la responsabilidad en la persona del asegurado[...] Insisto, pues, en repetir: siniestro, es decir condición para que aparezca la obligación del asegurador frente al asegurado, es el surgir de la responsabilidad del asegurado frente al tercero, como consecuencia inmediata y directa del suceso dañoso que lesiona a este último”. (*El seguro de responsabilidad civil*, Buenos Aires: Depalma, 1944, p. 122).

del mismo (el asegurado frente al damnificado), como un débito para el asegurador respecto del asegurado, en la medida en que ha surgido una deuda de responsabilidad que es menester honrar ²⁷.

Y la segunda, que la demanda, el reclamo o la petición del damnificado, como prefiera denominársele, es el medio en virtud del cual se concreta, ulteriormente, un derecho cuya existencia es anterior, pero que en ese momento –si se dan las condiciones necesarias– se torna exigible, de suerte tal que para los militantes de esta postura el reclamo –al igual que una eventual condena judicial– no tiene asignado un valor constitutivo, sino simplemente declarativo.

La reclamación, así concebida, se entiende que es un mero procedimiento orientado a ejercer un derecho ya consolidado, procedimiento éste, por adjetivo e instrumental, ayuno de efectos jurídico-patrimoniales para el asegurador, por cuanto este profesional ya estaría vinculado con anterioridad, habida cuenta de que su responsabilidad se activa, se insiste, no con el reclamo, sino con el surgimiento de la deuda en cabeza del responsable del daño, nada menos que su asegurado. Y sabido es que su compromiso es mantenerlo indemne, motivo por el cual si el responsable del perjuicio debe desde el mismo instante de la materialización del evento dañoso –así la manifestación del daño sea posterior–, el asegurador, reflejamente, también deberá, con total prescindencia de actos subsiguientes, uno de ellos: la eventual reclamación. Lo contrario atentaría contra la *realitas* y haría depender la existencia del mismo, de suyo ontológica, de un hecho ulterior: el reclamo, que no tiene, por sí mismo, virtualidad jurídica, ni causalidad material.

En compendio, de la mano fiable del maestro, don Fernando SÁNCHEZ CALERO, solvente defensor de la tesisura *sub examine*, como se sabe de amplia difusión y acogimiento legislativo, jurisprudencial y doctrinal –tanto que *stricto sensu* podríamos tildar de dominante, sin desconocer por ello la valencia de otras posturas–, “Si se admite que el nacimiento de una deuda que grava el patrimonio del asegurado ha de considerarse como un daño, en cuanto disminuye el valor de su patrimonio neto, y que el riesgo asumido por el asegurador es precisamente el de cubrir el ‘nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato’ (art. 73), habremos de concluir que es la producción del hecho del que nace la deuda de responsabilidad, el que determina el siniestro... Desde esta perspectiva, nos parece que ha de concluirse que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil coincide con el nacimiento de la deuda generada por el hecho dañoso”.

“Tesis que se ha visto confirmada, en definitiva, por la doctrina establecida por nuestro Tribunal Supremo el cual ha declarado que ‘el legislador español, en materia de responsabilidad civil, de entre los sistemas determinantes de indemnización de su hecho motivador, que en esencia es el riesgo del nacimiento, es decir, el acto médico que resulta equivocado, que es en definitiva el que constituye el siniestro y comporta en consecuencia

²⁷ Huelga manifestar que correlativamente a la floración de las indicadas obligaciones, es obvio, surgen sendos derechos de crédito. Uno en favor del tercero damnificado (*ex lege*), soporte jurígeno y funcional de una futura reclamación de su parte en contra del asegurado o asegurador (acción directa). Y otro radicado en cabeza del asegurado responsable, frente a su asegurador (*ex contractu*).

la obligación de indemnizar, de tal modo que ésta surge meramente de aquél (sentencia del 20 de marzo 1991)²⁸.

4.5. Teoría del proceso, hecho, fenómeno o evento complejo.

Por último, como complemento a las enunciadas teorías, a modo de pretendida conciliación o sumatoria de las tesis predominantes, también se ha esbozado una postura que se ha denominado, en general, como ‘teoría del evento complejo’ –también del ‘hecho’, ‘fenómeno’ o ‘proceso complejo’, cuyo cometido, como se anticipó, es el de agrupar lo más determinante de algunas de ellas, en especial de las teorías de la reclamación, de la liquidación de la deuda y del surgimiento del débito de responsabilidad, en orden a superar los inconvenientes que, en la *praxis*, ellas registran. En concreto, esta tesitura “[...] sostiene que si la responsabilidad se configura en forma compleja (causa, daño, reclamación, liquidación, pago), lo mismo podría acontecer con el siniestro en el seguro de responsabilidad civil [...]”²⁹. Con todo, en veces esta teoría se integra, por parte de ciertos exponentes, con la articulación privativa de dos de las citadas teorías –o por lo menos con su real esencia–.

Es así como se ha señalado por parte de sus defensores, entre ellos los profesores europeos EHREMBERG, DURANTE, DALCQ, FONTAINE, MONETTE, DE VILLE y ANDRE, CARTON DE TOURNAI, DUBUISSON, GARRIGUES, LOPEZ COBOS, REGLERO CAMPOS, KINTOS, FERNANDEZ REUTER, etc., y por los profesores colombianos OSSA G. –en el pasado, antes de la expedición del nuevo Código de Comercio de 1971–, HINESTROSA y NAVAS –con anterioridad a la reforma del año 1990–, que el siniestro en el seguro de responsabilidad civil, atendida la etiología y la proyección del daño, no está integrado por un sólo hecho o evento: reclamo o débito de responsabilidad, como quiera que la realización del riesgo en este seguro, por el contrario, es producto de un proceso complejo, como tal integrado por la sumatoria de varios eslabones, vale decir por el desdoblamiento de variados momentos relevantes para efectos del surgimiento de responsabilidad respecto del asegurado y del asegurador.

Expresado en otros términos –siguiendo a los profesores FONTAINE y GARRIGUES–, en esta teoría el siniestro, concebido como un proceso, es el resultado de una “[...] cristalización progresiva” de diferentes eventos, “[...] susceptibles de durar varios meses, o varios años”³⁰. Por ello es el resultado de una secuencia fáctica –‘sucesión de hechos’–

²⁸ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Ley de contrato de seguro*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 1145 y 1146).

²⁹ DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. *El seguro de responsabilidad*, op. cit., p. 194.

³⁰ FONTAINE, Marcel. *Droit des Assurances*, Bruselas: Bruylant, 1975, p. 155.

Para el profesor Joaquín GARRIGUES, como se anunció partidario de esta posición que juzga ‘intermedia’ y por tanto ‘razonable’ –ante la diversidad doctrinal y legislativa reinantes en la materia–, “En el seguro de responsabilidad civil el riesgo es un hecho complejo que se integra por el daño al tercero, por la responsabilidad del causante y por la reclamación del tercero[...] La simple causación de un daño no será siniestro en sentido técnico, sino que será sólo el primer acto de un ‘iter’ jurídico que termina con el resarcimiento del daño, a condición de que la ley imponga responsabilidad a su autor[...] El siniestro en el seguro de responsabilidad civil es un siniestro que no se produce en un sólo hecho, sino en una sucesión de hechos”. (*Contrato de seguro terrestre*, Madrid, Aguirre, 1982, pp. 372 y 375).

que demuestra que, en el seguro de responsabilidad civil, para efectos del surgimiento de la responsabilidad del asegurado y del asegurador, en forma consecencial, debe desarrollarse –o llevarse a cabo– un proceso articulado y ‘plurifásico’ –como lo llama el autor LÓPEZ COBO–, por oposición a un hecho ‘instantáneo’ –como lo califica el profesor DALCQ–³¹.

No puede aludirse entonces a univocidad o unidad siniestral, en atención a que como lo consideraba el acucioso profesor FERNANDO REGLERO CAMPOS (q.e.p.d), “...en el seguro de responsabilidad civil, a diferencia de lo que sucede con la prácticamente totalidad de modalidades de daños, no puede hablarse, en puridad, de ‘siniestro’ con un sentido unívoco...., porque el siniestro está constituido por un complejo entramado de presupuestos y circunstancias de carácter fáctico y jurídico que, desde una perspectiva puramente conceptual impiden referenciarlo a un hecho o circunstancia concreta o a un momento determinado”³².

Dicha cadena de eventos, expresión del *iter* o ‘proceso siniestral’, en particular, está conformada por el hecho, por la culpa y por el perjuicio de carácter económico, aunados, en un plano operativo, a la reclamación del tercero damnificado y a la correspondiente individualización del daño (liquidación), componentes sin los cuales –dicen sus

³¹ En este último sentido, el estudioso profesor belga ROGER DALCQ –quien fuera nuestro recordado profesor en la Universidad de Lovaina–, observó que, en el seguro que detiene nuestra atención “[...] el riesgo no es algo instantáneo. Muy por el contrario, es producto de la realización de un proceso –acto originario del daño, reclamación, resolución amistosa o judicial– que puede tardar varios años”. (“Les Assurances de Responsabilité. Question Générales”, en *La Loi du 25 Juin 1.992 sur le Contrat D’Assurance Terrestre*, Coloquio, Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 190).

En la misma línea argumentativa, el profesor belga PAUL-HENRY DELVAUX, anota que “[...] el siniestro se realiza, en materia del seguro de responsabilidad civil, por la sucesión, enmarcada dentro de un período más o menos largo, de diferentes eventos igualmente indispensables[...]”. (Les Assurances de Responsabilité. Question Spéciales”, en *La Loi du 25 Juin 1.992 sur le Contrat D’Assurance Terrestre*, op. cit., p. 209.

Cfr. R. CARTON DE TOURNAI y P. VAN DER MERSCH, *Précis des Assurances Terrestres en Droit Belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 105.

³² REGLERO CAMPOS, Fernando. *El seguro de responsabilidad civil*, op. cit., p. 635.

sostenedores–, en puridad, no puede hablarse de responsabilidad y, de contera de siniestro. Al fin y al cabo, entienden que ellos son inescindibles³³ y ³⁴.

³³ En este sentido, el profesor italiano Aldo DURANTE, aun cuando reconoce que la más válida de las teorías tradicionales es aquella que “[...] identifica el siniestro con el hecho lesivo”, prefiere adherir a la del hecho o proceso complejo, por estimar que el siniestro en este seguro efectivamente obedece a un ‘evento complejo’, y no a un sólo hecho, por trascendente que sea. Por ello afirma que, “En realidad, es el hecho del asegurado el que genera su responsabilidad, pero a su vez esto no es un concepto abstracto, desprovisto de contenido, sino más bien una obligación concreta, que se cumple únicamente con la reclamación del perjudicado [...], y después de haberse afirmado –o asegurado– la existencia del daño injusto y su entidad. Debe pues existir el hecho, la culpa, el perjuicio económico, requisitos que coexisten y que son inescindibles, al punto que sin uno de ellos no se completará el fenómeno[...]; en conjunto, ellos constituyen el siniestro[...]. Por tanto, no basta para que se considere configurado el siniestro, el solo evento, porque si no se ha afianzado la responsabilidad –an– y la cuantía –quantum– (elementos que presuponen la reclamación, a lo menos extrajudicial), nada deberá el asegurador”. (*L'Assicurazione di Responsabilità Civile*, Milán: Giuffrè, 1959, p. 170).

Comparte similar criterio, el profesor griego Bassilios D. KIANOTOS, quien considera correcta la tesis que “[...] sostiene que la realización del riesgo comprende el hecho dañoso, la verificación del daño y el ejercicio de la prestación resarcitoria por parte del tercero”. De allí que este autor no vacile, a continuación, en sostener que en este seguro “[...] la realización del riesgo es extendida –o extensa–, pues comprende una serie de hechos específicos[...].” (“Realizzazione estesa del rischio e Contratto d’assicurazione della responsabilità nel diritto greco”, en *Revista Assicurazioni*, Parte I, Roma, 1985, pp. 70 y 71).

En un plano análogo, el profesor colombiano Fernando HINESTROSA F., erudito jurista nacional –en la más diáfana de las acepciones–, en su oportunidad expresó –al amparo del texto original del artículo 1131 del Código de Comercio de 1971, objeto de ulterior modificación en el año 1990– que, “[...] el siniestro en el caso del seguro de responsabilidad es un fenómeno de por sí complejo, variado, oscilante, temporal y geográficamente[...] el hecho –suceso o accidente– en sí no significa siniestro; sin embargo, es el primer paso en el camino para la configuración del siniestro en cuanto se refiere al seguro, para el cual el siniestro no se da sino una vez establecida la responsabilidad con la determinación de una obligación líquida a cargo del asegurado, si –es– posible ya pagada por él[...]. En términos más fluidos podría decirse que el siniestro comienza a hacerse sentir, su presencia se inicia con el acaecimiento externo[...].” (*El Seguro de Responsabilidad Civil. Aspectos Procesales*, Conferencia pronunciada dentro del Foro que, convocado por la Unión de Aseguradores Colombianos FASECOLDA, se llevó a cabo en Bogotá, acerca del ‘Seguro de Responsabilidad Civil’, en abril de 1978, pp. 13, 16 y 17).

También es menester traer a colación el pensamiento inicial del eximio tratadista patrio, el profesor OSSA G., hacedor de lo que es hoy, en buena parte, el Derecho colombiano de seguros. Nos referimos al criterio expresado por tan excepcional e inolvidable Maestro, con antelación a la expedición del Código de Comercio (año 1971), vale decir reinando una preceptiva disímil: el Código de Comercio Terrestre de 1887. Dicha postura, cimentada en doctrinas diferentes a las individuales del surgimiento de la responsabilidad o de la reclamación, a las que de paso expresamente no adhiere, es la siguiente: “[...] la integración del siniestro, en los seguros de responsabilidad civil, no puede basarse tan sólo en el daño, porque éste es apenas uno (quizá el más importante, pero no el único) de los elementos de la responsabilidad[...]. Todo lo cual nos induce a concebir el siniestro, en los seguros de responsabilidad civil, como un proceso –que puede integrarse en segundos, en días, en meses o en años– que tiene una iniciación (con la culpa) y un fin (con el daño), entre los cuales media una relación causal. Agotado este proceso, puede considerarse ocurrido el siniestro”. (*Tratado elemental de seguros*, Bogotá, Lerner, 1963, pp. 536 y 537).

³⁴ Empero, hay que registrar que existen distinguidos autores que, prescindiendo de la señalada fase de liquidación, entienden configurado el siniestro con anterioridad en este seguro, más concretamente a través de la sumatoria de las clásicas teorías del surgimiento del débito y de la reclamación, vale decir cuando convergen el hecho dañoso y su ulterior reclamo. Es el caso de nuestro inquieto y estudioso colega argentino, Raúl FERNÁNDEZ REUTER (q.e.p.d.), a la sazón miembro activo de la Asociación Argentina de Derecho de seguros, puesto que sin enrolarse en la “[...] corriente que identifica al siniestro con el reclamo, pero tampoco en la antagónica que afirma su identidad con el hecho generador[...].”, considera que “[...] el siniestro es un concepto complejo, compuesto por dos elementos: el hecho y el reclamo. Y sólo podremos hablar de siniestro una vez que se hayan reunido ambos”. (*El siniestro en el seguro de responsabilidad profesional*, op. cit., p. 159).

Y también del brillante y respetado profesor mexicano Arturo DÍAZ BRAVO, tan cercano a nosotros, quien en su enjundiosa estudio sobre ‘La responsabilidad civil por contaminación del entorno y su aseguramiento’, luego de

Tal proceso –a juicio de los doctrinantes belgas Felix MONETTE, Albert DE VILLE y ROBERT ANDRE– es el resultado de la conjunción de varios riesgos en particular que, al unirse, originan una categoría única: el siniestro³⁵.

Como resultado de lo apuntado, si bien sus propugnadores reconocen que el evento o hecho generador –o generatriz– de responsabilidad es decisivo para los efectos de la determinación del surgimiento del débito del asegurado y por reflejo del asegurador, no dejan de reconocer que otros son igualmente relevantes dentro del citado ‘proceso siniestral’³⁶, por manera que no proceden a estratificarlos o priorizarlos y, menos, a asignarle a uno de ellos la paternidad exclusiva de la obligación del asegurador.

5. VALORACIÓN CRÍTICA Y ANALÍTICA DE LAS PRINCIPALES TEORÍAS

Expuestas las teorías más difundidas en el Derecho comparado, en general, cumple examinar cuáles han sido algunas de las censuras que la doctrina ha formulado respecto a ellas, justamente como vívida muestra del alcance y de la dinámica del polémico debate que nos ocupa.

5.1. Teoría del reembolso.

Múltiples, en efecto, han sido las críticas que los distintos sectores de la doctrina de seguros le han formulado a esta teoría, hoy por hoy en franca y sostenida crisis, pese a

estudiar las teorías de la ‘causación del daño’ y de la ‘reclamación’, enseñó que, “Aunque parezca paradójico, encuentro atendibles los dos corrientes, pero creo que en este caso no es posible adoptar una con exclusión de la otra, so pena de incurrir en posturas unilaterales que son incompatibles con la auténtica estructura del seguro sobre la responsabilidad civil, máxime en los casos de efectos diferidos de tal responsabilidad, como puede ocurrir en la de productos y en la resultante de contaminación [...] He ahí las razones por las que considero que en el seguro sobre la responsabilidad civil el siniestro está configurado, necesariamente, por dos acontecimientos: la causación del daño y la reclamación del damnificado, de tal manera que la falta de uno cualquiera de ellos acarrearía la inexistencia del siniestro”, publicado en *Estudios sobre la Responsabilidad civil mediambiental y su aseguramiento*, op. cit., pp. 50 y 51.

³⁵ Felix MONETTE, Albert DE VILLE, y Robert ANDRE, Para estos autores el “[...] riesgo en el seguro de responsabilidad civil se descompone en cuatro riesgos diferentes”, lo que los conduce a manifestar que el supraindicado proceso puede conformarse a través de “[...] la comisión de la culpa (siniestro-culpa) o la realización del daño (siniestro daño) o la formulación de una reclamación (siniestro-reclamación) e, incluso, con el establecimiento de la responsabilidad (siniestro-total)”. *Traité des Assurances Terrestres*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1949, p. 235.

Criterio –algo– parecido, aun cuando de menor espectro el proceso seleccionado, expuso el profesor belga Bernard DUBUISSON, al indicar que, en su “[...] opinión, no se puede hablar de siniestro en responsabilidad civil, antes de que todas las condiciones de la responsabilidad se reúnan: hecho generador, vínculo causal y daño”. (*Assurance de la Responsabilité Civile: Couverture Dans le Temps*, Louvain La Neuve, Université Catholique de Louvain, 1997, p. 8).

³⁶ Acerca de este punto, el autor español Claudio LÓPEZ COBO, desarrollando el alcance del referido ‘proceso siniestral’, anota que “La responsabilidad, como formulación puramente teórica, nace cronológicamente en el hecho generador. El hecho generador es un elemento esencial, pero por sí sólo, por ejemplo sin reclamación, no constituye siniestro”. (*Los límites temporales del seguro de responsabilidad civil general*, Madrid: Nacional de Reaseguros S. A., 1995, p. 39).

que en el pasado reinó con proceloso ímpetu. Por ello, en puridad, hoy se le asigna un valor fundamentalmente histórico³⁷. Las más agudas réplicas son entonces las siguientes:

a') Desconoce la naturaleza preventiva inherente al seguro de responsabilidad civil -haciendo apología de la postura meramente reparatoria-³⁸, toda vez que pretender que el asegurado sea quien deba pagar la indemnización correspondiente, desvirtúa el objeto medular del seguro en referencia -y en general de todo seguro-, cual es mantener indemne al asegurado, como se ha dicho en varias ocasiones, deber éste de indemnidad que supone, precisamente, evitar que éste deba desembolsar suma alguna por el daño patrimonial que él ha originado y que, por contragolpe o reflejo, se ha gestado también en su patrimonio.

b') Impone al asegurado, en contravía de la teleología moderna del seguro, el pesado e irrazonable lastre de obtener recursos financieros para que proceda al resarcimiento de los perjuicios irrogados al tercero damnificado.

c') Lesiona abiertamente los intereses del tercero damnificado, puesto que subordina la efectividad de su derecho de crédito a la solvencia del victimario, situación a todas luces contraria a los principios que hoy inspiran el seguro de responsabilidad civil, en donde la víctima, en la actualidad, goza de importantes prerrogativas, al punto que es el centro de atención de las modernas legislaciones. No en balde es el sujeto vulnerado material y patrimonialmente en virtud de la realización del hecho dañoso, activador del débito de responsabilidad en cabeza del asegurado responsable.

5.2. Teoría de la reclamación

La teoría de la reclamación, que ha gozado de amplio respaldo, conforme se indicó, ha sido también objeto de críticas maduras, entre varias:

a') No está acorde con los principios informadores de la responsabilidad civil que propenden, en lo pertinente, por el resarcimiento de un daño, cuando éste irrumpe y

³⁷ Como bien lo pone de presente el entusiasta autor peruano en su esquemática y documentada monografía, Dr. Luis Alberto MEZA CARBAJAL, acerca del tema en estudio, la teoría del reembolso “[...] tiene un valor histórico pues actualmente no puede aceptarse que corresponda al seguro de la responsabilidad una función tan limitada en la protección patrimonial del asegurado[...]”. (El siniestro en el seguro de la responsabilidad civil, Lima: Editora Jurídica Grijley, 1995, pp. 105 y 106), opinión que es del todo precisa, dada la evolución registrada por el seguro en comentario, centro de gravedad de la responsabilidad civil, con todo lo que ello envuelve. Al fin y al cabo, como su teleología es prevalentemente tuitiva (la del seguro), acorde con principios tan relevantes como el *pro damnato* y el *favor victimae*, entre otros más que campean en el Derecho moderno, no se concebiría, hoy por hoy, un seguro de esta tipología que descansa en un esquema de reembolso.

Flaco favor entonces se hace con la exigencia a cuyo tenor: pague primero y reclame después, a sabiendas de que una inmensa mayoría de asegurados -de carne y hueso- carecen de los recursos suficientes para ello; sería como avalar una especie de círculo vicioso, en claro desmedro de potísimos derechos. De ahí que en la actualidad existan útiles instrumentos como el de la acción directa respecto a los cuales no tendría ningún valor la argumentación del consabido reembolso, exigencia que, bien miradas las cosas, en principio, podría lucir ineficaz en la esfera negocial (abusividad), por lo menos cuando se esté de cara a un asegurado convencional y medio, por oposición a cierto tipo de asegurados calificados por su situación jurídica y por estatus financiero, lo que podría matizar la referida mención.

³⁸ Cfr. DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. III, op. cit., p. 347, e ISSAC HALPERIN, *Seguros*, op. cit., p. 849.

menoscaba el patrimonio de una persona. De allí que sostener que la reclamación sea el siniestro en un típico seguro de daños, se ha dicho, no está en armonía con ellos, sobre todo si se entiende que la reclamación que el tercero le formula al asegurado, en sí misma considerada, no es constitutiva de daño alguno de índole patrimonial para el asegurado.

Si hay daño, hay que identificarlo con antelación, razón por la cual no es aconsejable conferirle poder constitutivo a un hecho jurídico desprovisto de tales atributos, incluso incierto: la reclamación.

b') El concepto de daño y, por contera de siniestro no puede dejarse a la decisión o al arbitrio unilateral de un tercero: la víctima, quien podrá decidir si ejerce o no sus derechos y además cuándo lo hace, lo que equivale a afirmar que de él dependerá que exista o no siniestro, haciendo a un lado el fundamento de la responsabilidad en su dimensión resarcitoria: el daño, concepto ajeno a la reclamación, hecho jurídico que, en rigor, no causa un daño en el patrimonio del asegurado.

Por este motivo se ha indicado que la teoría de la reclamación no está en consonancia con la realidad fáctica, pues aún acontecido un daño, aún materializado un ostensible perjuicio económico en cabeza del perjudicado por el cual debe responder el asegurado causante, se señala que se debe esperar hasta que se formule el reclamo, importante para efectos de la exigibilidad de los derechos del tercero damnificado –o sus causahabientes–, pero no para la configuración de sus derechos, ya latentes.

c') Al igual que la tesis precedente, hace más énfasis en el aspecto reparador y no preventivo, característico del seguro de responsabilidad contemporáneo.

d') Expone al asegurado a serios inconvenientes derivados de la ausencia de cobertura, concretamente cuando la reclamación se formula por fuera del marco de la vigencia material del seguro original, situación en modo alguno infrecuente, habida consideración de que si la reclamación fuera realmente constitutiva del siniestro, habría que concluir –salvo malabares propios de la gimnasia intelectual– que el riesgo se materializó por fuera de la misma, lo que equivaldría a negar responsabilidad para el asegurador en contra de los intereses del asegurado y del damnificado, así fuera aquel responsable, dificultad ésta que se supera acudiendo al expediente del surgimiento del débito de responsabilidad, para lo cual no es menester hacer referencia a reclamación alguna, a condición, claro está, de que el evento dañoso, causa generatriz del perjuicio, haya tenido lugar durante la vigencia en comento (dimensión causal), con independencia de su manifestación física tardía o posterior³⁹.

³⁹ Como agudamente lo recuerda la profesora ibérica María de los Ángeles CALZADA CONDE, “En la práctica es el hecho dañoso, y no la reclamación, el que debe ocurrir dentro del período asegurado para que el caso de considere incluido en la garantía del seguro. Lo contrario llevaría a admitir, de un lado, que el seguro tendría que cubrir aquellos casos en que el contrato se ha concertado con posterioridad a la realización del hecho dañoso y negar, de otro, la cobertura de supuestos en los que el hecho dañoso se realiza dentro del período asegurado, pero en los que el tercero reclama con posterioridad a la extinción del contrato, y tanto un resultado como otro son inaceptables”. (*El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Pamplona: Thomson Aranzadi, 2006, pp. 161 y 162).

e') Acarrea serios inconvenientes de cara a los deberes o cargas que, en sana lógica, debe observar el asegurado y que la Ley, en general impone, por vía de ejemplo el aviso del siniestro. Si en efecto, como se dice tajantemente por sus defensores, la realización del riesgo, vale decir del siniestro, se integrara con la reclamación, tendría que esperar el asegurado, consciente del daño por él irrogado, a que el tercero damnificado formule su reclamo. Sin duda no, motivo por el cual debe entenderse que el asegurado debe informar el acaecimiento del hecho o evento dañoso, originario del débito de responsabilidad, dentro del término de ley –o convencional cuando lo favorece o cuando la ley guarde silencio al respecto–, contado a partir de su conocimiento, real o presunto.

f') La reclamación, como bien lo memoró el estudioso autor argentino, DOMINGO LÓPEZ SAAVEDRA, “tampoco sería sinónimo de siniestro porque en muchos casos y la experiencia profesional nos lo demuestra, el reclamo del tercero es infundado y concluye con una sentencia que lo rechaza y determina la no responsabilidad del asegurado –cuando no es desistido o llevado adelante....”⁴⁰.

5.3. Teoría del surgimiento del débito

La teoría del surgimiento del débito o de la deuda de responsabilidad, no obstante, su generalizada aceptación, ha sido igualmente blanco de observaciones. Las principales son:

a') Se centra en una parte del siniestro, importante sí, pero no la única. De allí que desconozca otras fases integradoras e igualmente decisivas, entre ellas la reclamación ulterior, etc.

b') No responde al proceso de gestación, maduración y manifestación del daño en todos los seguros de responsabilidad civil, en la medida en que, tratándose de los llamados daños tardíos, diferidos o prolongados, cobija únicamente al hecho generador o generatriz, dejando de lado las etapas subsiguientes que dicen relación con su consolidación y cognoscibilidad.

c') Alude a la existencia de un débito de responsabilidad a cargo del asegurador, fundándolo en un presunto daño que carece de realidad jurídico-patrimonial, como quiera que para ese momento (acaecimiento del hecho o evento dañoso y simultáneo surgimiento del débito de responsabilidad), prescindiendo de otros eslabones de la cadena siniestral o simplemente de la reclamación –según se adopte una u otra tesis–, no habrá perjuicio que resarcir, simple y llanamente, por inexistencia del mismo.

En síntesis, la sola materialización del hecho dañoso por parte del agente del daño (asegurado), no trae consigo un perjuicio concreto de contenido económico, ni para el asegurado responsable, ni menos para el asegurador. Será menester para ello, esperar una respuesta o reacción positiva (acción) del tercero damnificado o sus causahabientes.

d') Genera el ‘apreciable’ inconveniente de fomentar o ‘autorizar’ la presentación de reclamaciones innecesarias al asegurador con antelación a la formulación del reclamo del

⁴⁰ LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo. *Ley de seguros. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 606.

tercero damnificado, o sea sin que este último demuestre una real ‘necesidad’ insatisfecha emanada del daño experimentado.

5.4. Teoría del evento o proceso complejo

Por último, la teoría del hecho o del proceso complejo, también ha sido materia de críticas. Las más indicativas son las siguientes:

a) No responde con claridad al interrogante que se plantea a través de la formulación de la pregunta: ¿cuándo se entiende realizado el siniestro? Decir que por numerosos hechos, todos encadenados entre sí, merced a su significación, no es satisfactorio, ni deseable, por cuanto desvía la atención del problema nuclear que se pretende resolver⁴¹.

Además, resulta bastante cómoda, casi plástica, y en cierto modo facilista, en atención a que involucra, *in complexu*, el plexo doctrinal existente sobre el particular, sin asumir, *recta via*, un verdadero y definido compromiso intelectual.

Así las cosas, *ex professo*, esta teoría tiene un poco de cada una de las que en forma individual se han edificado en la escena doctrinal, las que más allá de su pertinencia, tienen la indiscutible bondad de explicar un fenómeno jurídico mediante la selección de una sola senda y no de todas las que se han trazado previamente, a modo de conciliación. No en balde ella es el producto de la sumatoria de los momentos relevantes que tipifican a las precitadas tesis: el hecho generador de responsabilidad (hecho dañoso); la reclamación y la liquidación del perjuicio irrogado.

b) Incorpora, *stricto sensu*, conceptos extraños a la existencia de la responsabilidad a cargo del asegurado y, por ende, del asegurador, como lo es el atinente a la liquidación del débito, procedimiento importante para la concreción material del perjuicio, como soslayarlo, pero irrelevante para efectos de la determinación del surgimiento de responsabilidad (existencia jurídica)⁴².

Expresado en otros términos, la liquidez del débito cobija el aspecto meramente cuantitativo del mismo, pero no se refiere a su existencia, la cual hunde sus raíces en hechos materializados con antelación: bien como corolario del surgimiento de responsabilidad derivada del acaecimiento del hecho o evento dañoso, bien de la reclamación formulada por el tercero damnificado –para los sostenedores de esta última postura–.

c) Dilata –o retarda–, innecesariamente, la floración de responsabilidad del asegurador, pues la hace depender de un conjunto de hechos posteriores al surgimiento riguroso del deber de prestación a cargo del asegurador, por vía de ejemplo la ya aludida liquidación

⁴¹ Por esta circunstancia la profesora CALZADA CONDE manifiesta, con plena razón, que frente a la teoría del evento o ‘supuesto de hecho’ complejo, “[...] el concepto de siniestro[...] pierde su significación típica y con ello su valor práctico: un siniestro entendido como compuesto de la realización de varios hechos que, además, no se producen normalmente de forma simultánea, sólo puede provocar confusiones inútiles”. (*El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Op. Cit., p. 167).

⁴² Como lo precisa con toda claridad el profesor DONATI, esta teoría –incluida sus variantes–, tiene el serio inconveniente de “[...] no atender a la existencia del débito, el que preexiste, sino a su exigibilidad”. (*Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. III, op. cit., p. 348).

del perjuicio, operación que atañe a una fase ulterior al nacimiento de la obligación de la entidad aseguradora, cual es su exigibilidad (*ius exigendi*), como se acotó, de proyección subsiguiente, la cual puede tardar un apreciable tiempo, justamente por la conocida dilación, tardanza y congestión judiciales, en franca contravía de caros principios tutelares.

d) Distorsiona el concepto funcional asignado al siniestro, habida cuenta de que cargas tan relevantes como la referente a su información o aviso oportuno, no podrán cumplirse cabalmente como lo demanda este tipo aseguratorio, en orden a que su venero, vale decir el siniestro entendido como sumatoria de eventos enlazados, no se estima materializado, así se haya consolidado, como se sabe, el hecho o evento dañoso, ya que es necesario esperar a que la cadena siniestral tenga lugar, proceso que, en veces, tratándose de determinados seguros de responsabilidad civil y en particular de específicos daños, puede tardar un tiempo más o menos considerable (meses, años, lustros o décadas).

6. NUESTRA OPINIÓN

Aun cuando somos testigos de la perplejidad del tema en cuestión, , aunada a los argumentos sugestivos de algunas de las opiniones en examen, adherimos decididamente a la teoría del surgimiento débito, por considerar que es la más consistente con la ontología, con los principios que la informan y, sobre todo, con la naturaleza arquetípica del seguro de responsabilidad civil (techo ideológico), sin desconocer, naturalmente, la complejidad de tema y sin demeritar los calificados esfuerzos realizados por otros doctrinantes, especialmente de cara a la teoría de la reclamación, así como su ilustrada argumentación que, aun cuando importante, como no reconocerlo, no nos convence –o seduce–, por lo menos en lo tocante con la definición del hecho que configura el siniestro.

Desde luego que a ella le asignamos un definido papel, pero en otro plano diferente: el relativo al proceso de exigibilidad de la prestación asegurada, que cobija el singular tópico de la prescripción. Otro tanto hay que mencionar de la teoría del proceso complejo, aun cuando no reviste –lo anotamos con nuestro acostumbrado respeto por las ideas ajenas– la misma consistencia y entidad de su homóloga (la de la ‘reclamación’), además que por erigirse, *mutatis mutandis*, en una especie de *totum revolutum*.

Para nosotros, como se ha anticipado, efectivamente el siniestro se consolida en el seguro que nos ocupa en el momento en que irrumpe el débito –o deuda– de responsabilidad en cabeza del asegurado, detonante del deber de prestación del asegurador, quien con antelación, precisamente con el concurso volitivo del tomador o contratante, había demarcado el riesgo materia del negocio jurídico en cuestión: la responsabilidad del asegurado, *in potentia*.

Y ello es así, dado que el señalado débito de responsabilidad, por su parte, a nuestro juicio aflora como consecuencia inmediata del acaecimiento del hecho o evento dañoso (hecho generatriz) imputable al asegurado que, es, justamente, el sujeto o el agente del daño.

Un mismo evento, por tanto, tiene asignadas dos misiones capitales en este seguro (hecho bifronte). La primera, consistente en la generación de responsabilidad para el responsable

del daño irrogado al tercero damnificado –*ex contractu* o *ex lege*, según las circunstancias de cada caso–, el que correlativamente genera un derecho de crédito en su favor. Y la segunda, referente a la gestación reflejo o consecuencial de una obligación de estirpe contractual, cuyo sujeto pasivo es el asegurador que, a su vez, se traduce en el activador de la responsabilidad del reasegurador, un prototípico seguro de daños, concretamente de deuda, orientado a proteger el patrimonio del asegurador-cedente (asegurador directo), vulnerable, *per se*, por la realización eventual del riesgo asegurado (el menoscabo de índole patrimonial).

Como se aprecia, la que se genera es pues una típica responsabilidad en cadena, causal e invariablemente conectada con el hecho o evento dañoso, *ratio* de todas las obligaciones que de él fluyen –ora directa, ora indirectamente–, tanto en el ámbito contractual, como en el extracontractual, de suerte que si se prescindiera del aludido hecho dañoso, es lógico, las ulteriores responsabilidades desaparecerían, en la medida, se insiste, en que el fundamento causal de los deberes de prestación a cargo del asegurado, del asegurador y del reasegurador, de una u otra manera, hunde sus raíces en el hecho jurídico en comento⁴³.

Es así entonces que el efecto ‘dominó’ tiene plena vigencia en el seguro de responsabilidad civil, puesto que la realización del hecho dañoso (evento generador), trae consigo la floración simultánea de varias obligaciones, así su naturaleza o su fuente sean disímiles, en un momento dado. La del asegurado, efectivamente, surge de un contrato sustantivo celebrado con el damnificado incumplido (responsabilidad contractual) o de la responsabilidad extracontractual, en caso de que no los ligue una relación de carácter negocial. Y la del asegurador, sin distingo alguno, nace de un negocio jurídico trabado

⁴³ En este sentido, es absolutamente diáfano el criterio expuesto por el estudioso profesor de la Universidad de Perugia, Adriano DE CUPIS, según el cual “Aunque en algunos casos el resarcimiento corresponda a una persona distinta del autor del hecho dañoso –como en el seguro, especificamos nosotros–, ello es SIEMPRE consecuencia del daño ocasionado con violación del derecho y como sanción de tal violación”. (*El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1975, p. 583). (Las mayúsculas no pertenecen al autor).

Es que como agudamente lo resume el analítico profesor nacional, JAVIER TAMAYO JARAMILLO, “Mientras no haya daño, no cabe hablar de responsabilidad”, todo al margen de la dimensión preventiva, claro está, pues no está extraditada del terreno de la moderna responsabilidad civil, *stricto sensu*. (*De la responsabilidad civil*, t. II, Bogotá, Temis, 1986, p. 1. De ahí que la sola referencia a la responsabilidad civil, con la salvedad de la dimensión preventiva en mención, suponga la presencia o intervención de un daño, puesto que como lo reseña con precisión y agudeza el también profesor colombiano, SANTOS BALLESTEROS, Jorge. “En términos generales, la responsabilidad consiste en la obligación de reparar el daño que una persona le causa a otra injustamente” (Instituciones de responsabilidad civil, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, Bogotá: Javegraf, 1996, p. 30), de lo que hay que concluir, *a contrario sensu*, que mediando un daño imputable: el experimentado por el tercero damnificado, deben generarse las consecuencias jurídicas de rigor, tanto para el asegurado (agente del daño), como para el asegurador.

Retardar, diferir o subordinar la floración de responsabilidad a un momento divergente y de suyo ulterior al del acaecimiento del daño en cita, soporte genético y funcional de la responsabilidad, así lo entendemos, traiciona el efecto connatural a todo daño que devenga imputable: su reparación, por supuesto coligado con los elementos restantes tipificadores de la misma (factores de atribución de responsabilidad).

En el sentido apuntado, pero circunscrito el comentario privativamente al seguro de responsabilidad civil, el doctrinante griego PANAYOTIS SCOUFIS, pone de presente que “Es imposible imaginar una obligación del asegurador[...] si no ha existido previamente un hecho dañoso”. “Le sinistre en droit allemand en matière d’assurance de responsabilité”, en *Revue Generale des Assurances Terrestres*, Paris, 1962, p. 160.

con el tomador o contratante, en el que el damnificado es un tercero relativo, como tal no parte integrante del mismo.

Así las cosas, en nuestro entender es más sensato coligar o entrelazar los prenotados deberes de prestación, habida cuenta de que a través de esta comunión se preserva incólume el genuino sentido de la responsabilidad civil –o responsabilidad por daños, como algunos la denominan– y, por contera, no se distorsiona el cometido basilar del seguro de responsabilidad civil: mantener indemne al asegurado, haciéndose cargo el asegurador del resarcimiento de los daños experimentados por el tercero damnificado o por sus causahabientes, destinatarios de la prestación asegurada (función de indemnidad y función indemnizatoria).

Por lo demás, en orden a obviar equívocos –ciertamente frecuentes en un sector de la doctrina internacional–, es menester enfatizar que las aducidas prestaciones, como corresponde, tienen un claro contenido patrimonial, incluida, claro está, la que atañe al asegurador –y por reflejo al reasegurador–, en consideración a que el surgimiento del hecho dañoso, en sí mismo visualizado, conlleva consecuencias de evidente sustrato patrimonial, no sólo para el asegurado responsable (agente del daño), sino también para el propio asegurador, quien no se puede sustraer de su compromiso, particularmente de su responsabilidad, pretextando el simplista –y vacío– argumento de que con antelación a la reclamación del tercero o, incluso, con anterioridad a la liquidación de su perjuicio, no existe ningún débito que él deba honrar. Cómo si su obligación, es cierto, no estuviera coligada a la suerte que corra el asegurado, en este caso su conducta y su patrimonio, sujeto que debe desde el mismo instante de la generación del evento o hecho dañoso a él imputable, al margen de actuaciones subsiguientes.

El surgimiento del débito, por tanto, no debe considerarse como huérfano de consecuencias patrimoniales, por cuanto el perjuicio irrogado en el patrimonio del tercero, causa generadora del daño radicado en cabeza del asegurado (agente del daño), de plano origina una disminución o alteración patrimonial intrínseca de entidad objetiva, como bien lo corrobora la doctrina nacional e internacional más autorizada al respecto⁴⁴, en la medida

⁴⁴ El profesor italiano GUGLIELMO LEONE, con motivo de un detenido estudio realizado en torno al concepto del daño en el contrato de seguro, puso de presente que efectivamente “[...] el asegurador sufre una disminución, en virtud del surgimiento del débito de responsabilidad civil o del débito asegurativo. Por ello, el daño en sentido asegurativo, en el seguro de responsabilidad civil, no es el daño originado por el asegurado al tercero damnificado, daño que encuadra en el concepto de daño resarcible, sino el daño que el asegurado sufre en virtud de la disminución de sus medios patrimoniales, derivada del surgimiento, a su cargo, del deber de resarcimiento respecto al tercero”. (“Il concetto di danno nel contratto d’assicurazione contro i danni”, en *Rivista Assicurazioni*, Parte I, Roma, 1963, p. 496).

Para el profesor DONATI, en forma por demás sintética, “No hay duda que el surgimiento del débito –al que tan ilustre profesor le asigna el carácter de siniestro– se traduzca en una disminución del patrimonio neto”. (*Tratato del diritto delle assicurazioni private*, vol. III, *Op. Cit.*, p. 349).

Como bien lo reconoce con tino el profesor SÁNCHEZ CALERO, en el seguro que nos interesa, “[...] el daño viene dado por el efectivo nacimiento de una deuda de resarcimiento que incrementa el pasivo del asegurado[...]”, careciendo de relevancia la “[...] circunstancia de que hasta un momento posterior no se produzca la determinación del contenido del daño y de su cuantía[...]”, porque esa determinación está en la fase de la liquidación del daño, esto es, de la deuda de resarcimiento o de responsabilidad.” (*Ley de contrato de seguro*, *Op. Cit.*, p. 544).

El daño, añade el profesor MORANDI, para el asegurado “...existe como disminución potencial de su situación patrimonial en el momento en que surge la deuda de resarcimiento a causa de la responsabilidad frente al

en que la generación de un perjuicio, desde tiempos inmemoriales, es fuente de una obligación jurídica de carácter dinerario que se traduce en su indemnización, reparación o resarcimiento –según se prefiera, siempre que concurren los restantes factores de atribución de responsabilidad⁴⁵, más allá –como se dijo– de que ulteriormente se pueda identificar, con precisión, su real alcance cuantitativo (proceso de valoración y liquidación del daño, propiamente dicho).

7. SUMARIA PROYECCIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO.

Examinada la realidad de este complejo –y enrevesado– tema en el Derecho comparado y aseguraticio en general, sucintamente cumple analizarlo de cara al Derecho colombiano, en función del contenido del artículo 1131 del Código de Comercio.

Efectivamente, de conformidad con este precepto, tanto en su versión original, como en la nueva: año 1990, el legislador patrio textualmente se ocupó de reglar lo relativo a la “Configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil”, a cuyo tenor: “Configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. En el seguro de

tercero”. (*El seguro de responsabilidad civil y la acción directa de la víctima*, op. cit., p. 405). En este mismo sentido, el profesor Camilo VITERBO, observa con tino que dicha “[...] deuda es un daño en cuanto sobre el deudor pesa la amenaza de tenerla que pagar” (*El seguro de la responsabilidad civil*, p. 112).

Al fin y al cabo, una deuda de responsabilidad, en un todo de acuerdo con lo manifestado por el acucioso profesor colombiano JAVIER TAMAYO JARAMILLO, reviste carácter patrimonial. Por ello, este estudioso tratadista no duda en afirmar que, “[...] tratándose de un seguro patrimonial, el siniestro no se produce mientras el asegurado no experimente una pérdida en su patrimonio, así se trate de una simple deuda indemnizatoria frente a la víctima, que deba ser declarada judicialmente, pues en este caso la sentencia es meramente declarativa. El ingreso de una deuda al patrimonio[...] es una pérdida patrimonial, así ella no se haga exigible sino después de una sentencia”. (*La responsabilidad civil derivada de productos defectuosos y su aseguramiento*, ponencia presentada dentro del marco del V Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros del CILA, Madrid, septiembre 1997, Memorias, Subsección Cuarta).

En sentido similar, los profesores argentinos NICOLAS BARBATO y GUSTAVO RAÚL MEILLI, puntualizaron que “[...] la aparición de una deuda en el patrimonio de un asegurado constituye por sí misma un daño, aunque el acreedor demore en exigir su cumplimiento”. (*Tratado de derecho de seguros*, Rosario, Zeus Editora, 1975, p. 324). Otro tanto acontece con lo precisado por el talentoso profesor español JUAN BATALLER GRAU en su reciente e importante obra, quien es de la opinión de que “...en los seguros de patrimonio la indemnización abonada por el asegurador sí que está vinculada al daño sufrido por el asegurado” (*Tratando sobre el contrato de seguro*), Universidad de Valencia, 2024, p. 258.

En conclusión, para no hacer este relato doctrinal muy denso, traigamos a colación el pensamiento de los profesores STIGLITZ, quienes sostienen con acierto que, “La aparición de una deuda importa una disminución en el patrimonio neto, un daño. El responsable está obligado al resarcimiento desde el momento mismo de la infracción dañosa a un deber jurídico. Desde este momento hay una amenaza al patrimonio del asegurado, pues justamente el suceso ilícito dañoso indica el momento en que nace el crédito resarcitorio en favor del damnificado[...]. El nacimiento de una deuda de responsabilidad importa una merma en el patrimonio, pues aumenta su pasivo y constituye, por tanto, un daño que es precisamente lo que el asegurado ha querido cubrir al contratar el seguro”. (*Seguro contra la responsabilidad civil*, Op. Cit., pp. 258 y 259).

⁴⁵ Exacto, al respecto, es el ya citado principio capital del *neminem ledere* (dimensión resarcitoria), como perentorio, a su vez, el legislador comparado que lo desarrolla. Así, sólo para contemplar un disiente ejemplo, los Códigos Civiles de Chile, Colombia y Ecuador, contienen el siguiente precepto que afianza lo acotado: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido” (art. 2341, Colombia).

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

Así las cosas, en lo que atañe a su exégesis, es menester precisar que en Colombia, ante la claridad que fluye del primer apartado de este artículo, por más que se acuda a sugestivas teorías y tesis de raigambre doctrinal, creemos, de nuevo con respeto, que no es dable desconocer que el siniestro aflora cuando irrumpe en el cosmos el hecho externo imputable al asegurado, o sea el hecho o evento dañoso, en sentido lato, evaluado bajo un prisma causal.

Es decir que el legislador colombiano, en lo que toca con la demarcación del momento en que el siniestro se entiende configurado, se identificó con la teoría del hecho o evento material, como se recordará, manifestación de la teoría del nacimiento del débito de responsabilidad.

Y decimos manifestación, por cuanto nuestra ley hace más énfasis en el daño irrogado por el asegurado, que en su corolario, que es el surgimiento de una deuda, aunque hay que reconocer que en el fondo, bien entendida, la fenomenología es una misma: en un caso se mira más al hecho motivador, y en el otro a la secuela inmediata o mediata que se genera: el impacto en el patrimonio del asegurado, lo que de paso explica porque el seguro de responsabilidad civil se considere el arquetipo de los seguros patrimoniales.

Esta es la tesitura que en nuestro entorno han acogido, entre varios, los profesores TAMAYO JARAMILLO, ORDOÑEZ, BOTERO, DÍAZ GRANADOS, GÓMEZ DUQUE, URIBE y el grupo de maestros de la promoción de la Maestría en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana, años 1991-1992 (*La modernización de la actividad aseguradora en Colombia*), y a la que nos sumamos, respetando profundamente otras lecturas y pareceres, lo renovamos.

Y esta es, por lo demás, la posición de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la que en la presente centuria, en diversas ocasiones, ha expresado que el siniestro se patentiza con el surgimiento de una deuda de responsabilidad. Es el caso, por vía de ejemplificación, de dos sentencias del 10 de febrero de 2005, en las cuales la Corte Suprema se inclinó paladinamente por la teoría del surgimiento del débito.

Es así como señaló, en relación con el otorgamiento de un seguro de responsabilidad de los que hemos rotulado como tradicional o convencional, por oposición al cimentado en el sistema *claims made*, que “[...] *de acuerdo con la orientación legislativa vigente en materia del seguro de responsabilidad civil, ocurrido el siniestro, es decir, acaecido el hecho del cual emerge una deuda de responsabilidad a cargo del asegurado, causante del daño irrogado a la víctima –art. 1131 del C. de Co.–, surge para el perjudicado el derecho de reclamarle al asegurador de la responsabilidad civil de aquél, la indemnización de los perjuicios patrimoniales experimentados...*”.

En términos más sintéticos, manifestó la Corte, en tal ocasión, que “[...] *el surgimiento de una deuda de responsabilidad [...] es lo que determina el siniestro, en esta clase*

de seguro [...]”, idea esta última que fue reiterada en otra providencia suya, proferida en la misma fecha.

En fin, en una tercera sentencia del 29 de junio de 2007, ratificada posteriormente (4 de noviembre de 2021), en la que la Sala Civil se ocupó del asunto de la prescripción en el seguro de la responsabilidad civil, se refrendó la tesis del surgimiento del débito en el Derecho nacional. Al respecto la Corte, en lo toral, afirmó que en este tipo asegurativo, “...*el siniestro....*” *se configura con el acaecimiento del “...hecho externo imputable al asegurado, detonante del aludido débito de responsabilidad....*”.

Y esta es, ya para terminar, la tendencia legislativa contemporánea, lo que explica que lozanas legislaciones de la presente centuria, sin perjuicio de adscripciones explícitas de finales de la anterior, como es el caso de España, según su *communis opinio*, se hayan enrolado a la teoría del surgimiento del débito como constitutivo del siniestro en el seguro de la responsabilidad civil –según se esbozó–, verbigracia las de Perú, Chile y Uruguay, esta última vigente desde el mes de noviembre del año 2018, en la que se contemplan dos formas de contratación del seguro de responsabilidad civil: la primera, “...en base a ocurrencias”, y la segunda “en base a reclamos” (art. 78). Y en relación con el aseguramiento basado en la referida modalidad de ocurrencia, se alude, respecto al asegurado, al “...hecho del que *nace su eventual responsabilidad*”.

De esta forma, en términos muy latos, queda pues pincelado el cuadro general de la configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil ordinario o tradicional colombiano, base previa para que pueda entenderse, de mejor manera, el no menos ríspido y controversial tema circunscrito al sistema alternativo y extraordinario comúnmente conocido como ‘*claims made*’, no por controversial menos relevante en la industria nacional e internacional, puesto que ambos sistemas, en lo aplicable, coexisten legítimamente en el mercado, así tengan fundamentos diversos y mecánicas propias.

No en vano, ellos responden a realidades y dinámicas que no pueden ser soslayadas, sino por el contrario atendidas, siempre con la mirada hacia el asegurado y, en especial, hacia la víctima, urgida de cabal, sostenida y equilibrada protección, todo como corolario de la trascendencia que en la hora de ahora, a manera de conveniente giro copernicano, se le reconoce al tercero: el damnificado -o víctima-, ese que, por decenios, estaba prácticamente invisibilizado -relegado o marginado- y que el seguro y el Derecho de daños, habida cuenta de la paradigmática y acentuada función social atribuida al moderno seguro de la responsabilidad civil, justicieramente supieron rescatar y también visibilizar, amén que rehumanizar, prueba de lo cual, entre varias conquistas y resonantes logros, acordes con el ‘nuevo orden contractual’ y con la dignidad humana (*nova*), es la acción directa, la que se enseñoorea, por potísimas razones, en buena parte de naciones del orbe –con una que otra inexplicable resistencia⁴⁶.

⁴⁶ Vid. JARAMILLO J., Carlos Ignacio. “La nueva dimensión social del contrato y la protección de la persona y su dignidad en la posmodernidad. Del contrato clásico al neoclásico”, en *Trilogía contractual*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2023, pp.1 y ss., y “La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles: su proyección en América Latina- Radiografía de una lenta conquista”–, en coautoría con el Profesor Juan Manuel DÍAZ-GRANADOS, publicado en *Derecho de seguros* (Carlos Ignacio JARAMILLO J.), T.IV, Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2013, pp. 491 y ss.

Infinitas gracias, distinguidos y respetados colegas y dignatarios, renovando la inmensa, mejor irrestricta e incontenible alegría de compartir con ustedes en este memorable y magno Congreso, y en la dorada y siempre venerada Salamanca —la nuestra, la de todos, y la de UNAMUNO—.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN HIDALGO, Joaquín “El seguro de responsabilidad civil hoy: aspectos jurídico-prácticos; los programas internacionales”, en *Aspectos sustantivos y procesales del contrato de seguros*, Memorias del XXV Encuentro Nacional, Medellín, ACOLOSE y AIDA, 2007.
- BAKAS-TSIRIMONAKI, Stella. “Les principes généraux du droit hellénique de l’assurance”, en *Revue Internationale du Droit Comparé*, núm. 1, 1985.
- BARBATO, Nicolas *Tratado de derecho de seguros*, Rosario, Zeus Editora, 1975.
- BARBATO, Nicolas y MEILIJ, Gsuatvo Raúl. *Tratado de derecho de seguros*, Rosario, Zeus Editora, 1975.
- BATALLER GRAU, Juan, LATORRE CHINER, Nuria y ALAVARRÍA IGLESIA, Jesús, *Derecho de los seguros privados*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BATALLER GRAU, Juan. *Tratando sobre el contrato de seguro*, Universidad de Valencia, 2024.
- BENÍTEZ DE LUGO, Luis. *Tratado de seguros*, vol. II, Madrid, Reus, 1955.
- BRUCK, Erns, *Lineamenti generali delle legislazione germanica sulla assicurazioni private*, Roma, 1935.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto. *El seguro privado ante nuevos horizontes*, Madrid, Magisterio Español, 1964.
- CALZADA CONDE, María de los Ángeles “El siniestro en el seguro de responsabilidad civil”, en *Estudios empresariales y financieros*. Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, t. II, Madrid, 1982.
- . *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Pamplona, Thomson Aranzadi, 2006.
- CARTON DE TOURNAI, R. y VAN DER MERSCH, P., *Précis des Assurances Terrestres en Droit Belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1970.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. *Derecho de seguros*. Thomson Reuters, Santiago, 2014.

- DALCQ, Roger. “Les Assurances de Responsabilité. Question Générales”, en *La Loi du 25 Juin 1.992 sur le Contrat D'Assurance Terrestre*, Coloquio, Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Bruylant, 1993.
- DE CUPIS, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1975.
- DE STROBEL, Daniele. *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 1992.
- DELVAUX, Paul-Henry. Les Assurances de Responsabilité. Question Spéciales”, en *La Loi du 25 Juin 1.992 sur le Contrat D'Assurance Terrestre*, Bruylant, 1993.
- DEMOGUE, R. Dos sentencias del Tribunal de Milán, año 1934, en *Rivista Assicurazioni*.
- DÍAZ BRAVO, Arturo. “La responsabilidad civil por contaminación del entorno y su aseguramiento”, en *Estudios sobre la responsabilidad civil medioambiental y su aseguramiento*, Madrid, Mapfre, 1997.
- DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel, “Las cláusulas “claims made” en el derecho colombiano”, en *Liber Amicorum en Homenaje al Maestro J. Efrén Ossa*, Vol. II, Universidad Javeriana, CILA-AIDA y Editorial Temis, Bogotá, 2024.
- . *El seguro de responsabilidad*, Universidad Javeriana y Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.
- DONATI, Antigono. *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, vol. III, Milán, Giuffrè, 1956.
- DUBUISSON, Bernard, *Assurance de la Responsabilité Civile: Couverture Dans le Temps*, Louvain La Neuve, Université Catholique de Louvain, 1997.
- DURANTE, Aldo. *L'Assicurazione di Responsabilità Civile*, Milán, Giuffrè, 1959.
- FERNANDEZ REUTER, Raúl. *El siniestro en el seguro de responsabilidad profesional*.
- FERRARINI, Sergio. “Assicurazioni marittima de responsabilità e rapporti tra assicuratore e terzo, en *Rivista Assicurazioni*, Roma, 1950.
- FONTAINE, Marcel *Droit des Assurances*, Bruselas, Bruylant, 1975.
- GARRIGUES, Joaquin. *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, Aguirre, 1982.
- GASPERONI, Nicola. “Assicurazioni di responsabilità civile”, en *Assicurazioni Private*, Roma, Giuffrè, 1971.
- HALPERIN, Isaac. *Seguros exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091*, vol. II, Buenos Aires, Depalma, 1983.

HEMARD, Joseph. *Théorie et Pratique des Assurances Terrestres*, t. II, Paris, Sirey, 1925.

HINESTROSA, Fernando. El Seguro de Responsabilidad Civil. Aspectos Procesales, Conferencia pronunciada dentro del Foro que, convocado por la Unión de Aseguradores Colombianos FASECOLDA, se llevó a cabo en Bogotá, acerca del ‘Seguro de Responsabilidad Civil’, en abril de 1978.

IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extra-contractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

JARAMILLO J. Carlos Ignacio. *Derecho de Seguros*, T.IV, Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2014.

---. *La configuración del siniestro en el seguro de responsabilidad civil. Testimonio de una encendida y áspera polémica en el Derecho nacional y comparado*. Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2011.

---. “La nueva dimensión social del contrato y la protección de la persona y su dignidad en la posmodernidad. Del contrato clásico al neoclásico”, en *Trilogía contractual*, Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2023.

---. *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el Derecho privado*, Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2013.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio y DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel “La acción directa en el seguro voluntario de responsabilidad civil y en el seguro obligatorio de automóviles: su proyección en América Latina- Radiografía de una lenta conquista”, en *Derecho de seguros* (CARLOS IGNACIO JARAMILLO J.), T.IV, Universidad Javeriana y Editorial Temis, Bogotá, 2013.

KIANTOS, BASILIOS D. “Realizzazione estesa del rischio e Ccontratto d’assicurazione della responsabilità nel diritto greco”, en *Revista Assicurazioni*, Parte I, Roma, 1985.

LAMBERT FAIVRE, Yvone. *Droit des Assurances*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 1982.

LAMBERT FAIVRE, Yvonne. *Droit des Assurances*, Paris, Dalloz, 1990

LEONE, Guglielmo. “Il concetto di danno nel contratto d’assicurazione contro i danni”, en *Rivista Assicurazioni*, Parte I, Roma, 1963.

Les Assurances Terrestres. Le Contrat D’Assurance, t. I, Paris, L.G.D.J, 1982.

LOPEZ COBO, Claudio. *Los límites temporales del seguro de responsabilidad civil general*, Madrid, Nacional de Reaseguros S. A, 1995.

LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo *Ley de seguros. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2007.

- LORDI, Luigi, *Le obbligazioni commerciali*, II, Milán, Società Editrice Libreria, 1936.
- MANSILLA, FÉLIX. “Ámbito temporal de la cobertura aseguradora en el seguro de responsabilidad civil, en relación con el momento de producción del siniestro”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la empresa*, Madrid, Musini, 1994.
- MAZEAUD, Henri y LÉON y TUNC, Andre, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*, t. III., vol. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963.
- MEILIJ, Gustavo Raul. *Seguro de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Depalma, 1992.
- MEZA CARBAJAL, Luis Alberto. El siniestro en el seguro de la responsabilidad civil, Lima, Editora Jurídica Grijley, 1995.
- MONETTE, Felix, DE VILLE, Albert, y ANDRE, Robert. *Traité des Assurances Terrestres*, t. I, Bruxelles, Bruyland, 1949.
- MORANDI, Juan Carlos F. “El seguro de responsabilidad civil y la acción directa de la víctima”.
- OLIVENCIA, Manolo. “Seguros de caución, crédito, responsabilidad civil y reaseguro”, en *Estudios empresariales y financieros*. Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, vol. I, Madrid, 1982.
- OSSA G., J. Efrén. *Tratado elemental de seguros*, Bogotá, Lerner, 1963.
- PANAYOTIS, Scoufis. “Le sinistre en droit allemand en matière d’assurance de responsabilité”, en *Revue Generale des Assurances Terrestres*, Paris, 1962.
- REGLERO CAMPOS, Fernando. “El seguro de responsabilidad civil”, en *Tratado de la responsabilidad civil*, Aranzadi-Thomson, T.I, Pamplona.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. *Derecho mercantil*, México, Porrúa, 1964.
- ROITMAN, Horacio. *El Seguro de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Lerner Ediciones, 1974.
- ROTONDI, Mario. “Considerazioni sui concetti di sinistro e di rischio nell’assicurazione sulla responsabilità civile”, en *Revista Assicurazioni*, Parte I, Roma, 1953.
- SALANDRA, Vittorio. “Il termine di decorrenza della prescrizione dell’azione contro l’assicuratore della responsabilità civile”, en *Rivista Assicurazioni*, Parte II, Roma, 1938.
- SALANDRA, Vittorio. “Obligo d’informazione e disinteressamento dell’assicuratore”, en *Rivista Assicurazioni*, Parte II, Roma, 1942.

- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Comentarios al Código de Comercio, Ley de Contrato de Seguro*, Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1984.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Ley de contrato de seguro*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, Bogotá, Javegraf, 1996.
- SCOUFIS, Panayotis, “Le sinistre en droit allemand en matière d’assurance de responsabilité”, en *Revue Générale des Assurances Terrestres*, París, 1962.
- SIGNORINO BARBAT, Andrea. *Los seguros de responsabilidad civil*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2017.
- SOTGIA, Sergio, “L’assicurazione della responsabilità civile nel Codice e nelle polizze”, en *Rivista Assicurazioni*, Parte I, Roma, 1950.
- SOTO, Alonso. *El seguro de la culpa*, Madrid, Montecorvo, 1977.
- SPAYER, Claudio y SOTO, H. Miguel. “El seguro como instrumento eficaz para la prevención y reparación del ‘daño ambiental’ y de los ‘daños particulares’ derivados del mismo”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros AIDA-CILA*, núm. IX, Bogotá, 1996.
- STEINFELD, Eduardo. “Análisis de normas aplicables al seguro de responsabilidad civil”, en *Revista Mercado Asegurador*, Buenos Aires, 1996.
- STEINFELD, Eduardo. “Concepto del siniestro en el seguro de responsabilidad civil y las defensas oponibles por el asegurador”, en *Revista de Derecho de Seguros*, núm. 6, año 2, 1973, La Plata
- STIGLITZ, Rubén. “Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Estado de situación en Argentina”, en *Revista Española de Seguros*, núm. 89, Madrid, 1997.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De la responsabilidad civil*, t. II, Bogotá, Temis, 1986
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *La responsabilidad civil derivada de productos defectuosos y su aseguramiento*, ponencia presentada dentro del marco del V Congreso Ibero-Latinoamericano de Derecho de Seguros del CILA, Madrid, septiembre 1997.
- TAPIA HERMIDA, Alberto. *Guía del contrato de seguro*, Thompson Reuters, Pamplona, 2018.
- URIA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, Madrid, Aguirre, 1975.
- URIBE LOZADA, Nicolás, “Análisis Técnico-Jurídico de la modalidad de cobertura por reclamación o “Claims Made” en los seguros de responsabilidad civil

a la luz del ordenamiento jurídico colombiano”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, AIDA-CILA, No. 44, Universidad Javeriana, Bogotá, 2016.

VEIGA COPO, Abel. Los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro. pp. 317-33).

VEIGA COPO, Abel. *Los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro*. p.348).

VEIGA COPO, ABEL. *Tratado del contrato de seguro*, Civitas y Thomson Reuters, T.II, Pamplona, 2017

VERDERA Y TUELLS, Evelio. “La cláusula «claims made» ante la jurisprudencia del Tribunal Superior Español. Una primera revisión”, en *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid, Musini, 1994.

VILLA ZAPATA, Walter “La responsabilidad civil en el contrato de seguro”, en *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, núm. VIII, Bogotá, 1995.

VITERBO, Camilo. *El seguro de responsabilidad civil*, Buenos Aires, Depalma, 1944.

**LA CONSTRUCCIÓN DE CONFIANZA
EN LOS SEGUROS DE RIESGOS CIBERNÉTICOS**

DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS*

BUILDING TRUST IN CYBER RISK INSURANCE.
CHALLENGES AND PROSPECTS

*ADRIANA SOFÍA SALES PORTO***
*DIANA CATALINA NOVOA RUBIANO****

Fecha de recepción: 16 de abril de 2025
Fecha de aceptación: 05 de mayo de 2025
Disponible en línea: 30 de junio de 2025

Para citar este artículo/To cite this article

SALES PORTO, Adriana Sofía & NOVOA RUBIANO, Diana Catalina. *La construcción de confianza en los seguros de riesgos cibernéticos. Desafíos y perspectivas*, 62 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 109-126 (2025). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris62.ccsr>

doi:10.11144/Javeriana.ris62.ccsr

* Trabajo de reflexión, ganador del concurso ACOLDESE 2024, sobre los seguros de riesgos cibernéticos. Expuesto en el 32º Encuentro Nacional e Internacional ACOLDESE.

** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana y Especialista en Derecho de Seguros de la Universidad de Salamanca, España. Maestría en curso en Derecho de Daños de la Universidad de Girona, España. Correo electrónico: salesportoadriana@gmail.com

*** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho de Seguros y Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Correo electrónico: dianacatalinanovoa@gmail.com. Cuenta con más de 8 años de experiencia en el sector de seguros y reaseguros.

RESUMEN

Recientemente, mucho se ha discutido acerca de los seguros de riesgos cibernéticos, más en realidad, no se tiene total claridad acerca de estos que implican concretamente. Este tipo de seguros, están encaminados a proteger de las consecuencias financieras y operacionales de los incidentes cibernéticos, buscando la protección de los costosos impactos de las amenazas cibernéticas y de eventos de seguridad a los que puede verse expuesto el asegurado (tanto persona natural como jurídica). Sin embargo, para que estos seguros sean efectivos, es necesario que se cuente con la confianza, por parte de los asegurados, como de las aseguradoras. Sólo de esta forma, las necesidades de los clientes serán atendidas de manera adecuada, y sólo así las compañías de seguros podrían cumplir con sus amparos, en caso de un incidente cibernético.

El presente trabajo de reflexión abordará la importancia de los seguros de riesgos cibernéticos, evaluando su importancia en el actual panorama de la ciberseguridad, destacando, como es de vital importancia que exista confianza entre las aseguradoras y sus clientes, enfatizando en la necesidad de transparencia, colaboración y compromiso mutuo, a efectos de garantizar la efectividad, y el éxito de los seguros de riesgos cibernéticos.

Palabras claves: Riesgos cibernéticos, seguros cibernéticos, seguros.

ABSTRACT

There has been much discussion recently about cyber risk insurance, but in reality, there is little clarity about its specific implications. This type of insurance is aimed at protecting against the financial and operational consequences of cyber incidents, seeking to protect against the costly impacts of cyber threats and security events to which the insured (both individuals and legal entities) may be exposed. However, for this insurance to be effective, it is necessary to have the trust of both insured parties and insurers. Only in this way will customers' needs be adequately addressed, and only then will insurance companies be able to fulfill their coverage in the event of a cyber incident. This reflection paper will address the importance of cyber risk insurance, assessing its significance in the current cybersecurity landscape. It highlights the vital importance of trust between insurers and their clients, emphasizing the need for transparency, collaboration, and mutual commitment to ensure the effectiveness and success of cyber risk insurance.

Keywords: Cyber risks, cyber insurance, insurance.

SUMARIO: Introducción – Confianza digital y seguridad cibernética. – Análisis de los seguros cibernéticos, y sus riesgos – desafíos en la construcción de confianza. – Desafíos de los seguros de riesgos cibernéticos. –Aseguramiento de los riesgos cibernéticos. perspectivas . – Conclusiones. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas sobre los cuales recientemente más se ha empezado a estudiar, y profundizar a nivel global, es el análisis de los seguros de riesgos cibernéticos. Lo anterior, debido al creciente aumento de ataques cibernéticos, a la conciencia en la importancia de la ciberseguridad, en la creciente regulación en el ámbito de la protección de datos y de la ciberseguridad, y en la evolución del mercado de seguros.

Lo primero a señalar al respecto, es que los seguros de riesgos cibernéticos, son productos relativamente nuevos, a comparación de los seguros más tradicionales. Y aunque no exista con claridad una fecha exacta en la cual se empezaron a asegurar los riesgos cibernéticos, se sabe que, debido a la alta dependencia en la tecnología de la información, se empezaron a desarrollar los primeros productos de seguro cibernético, buscando respuestas a las preocupaciones respecto de seguridad en la información de las empresas y de la sociedad en general, los cuales buscaban combatir incidentes cibernéticos.

Estos productos de seguros de riesgos cibernéticos inicialmente se centraban en la cobertura de responsabilidad por divulgación de datos personales – como era el tema de infracciones de seguridad y de violaciones de privacidad –, pero los mismos posteriormente evolucionaron, y ahora abarcan una amplia gama de riesgos.

Hoy en día, se ha empezado a brindar otras coberturas, a efectos de poder comprender riesgos como los costos de recuperación de datos, los costos de respuesta a incidentes, por las pérdidas de ingresos por interrupciones de negocios, y por la responsabilidad civil derivada de violaciones de datos, etc.

Así las cosas, se han diseñado los seguros de riesgos cibernéticos, como unas pólizas concebidas, para proteger y/o salvaguardar de las consecuencias financieras y operacionales de los incidentes cibernéticos, buscando la protección de los costosos impactos de las amenazas cibernéticas y de eventos de seguridad a los que puede verse expuesta una empresa.

Precisamente, como el seguro de riesgos cibernéticos se ha vuelto cada vez más relevante, al ser latentes diariamente las amenazas cibernéticas, que se ha aumentado el énfasis en desarrollar este tipo de seguros, a efectos de poder proteger financiera y tecnológicamente a las personas y empresas que los necesiten.

Es así como, el seguro de riesgos cibernéticos se ha vuelto cada vez más importante en la era digital en la que vivimos, toda vez que a medida que la tecnología ha avanzado, así mismo han progresado las amenazas cibernéticas en frecuencia y sofisticación. Precisamente por ello, se busca contar con medidas efectivas para prevenir y/o mitigar esos riesgos, brindando una capa adicional de protección financiera, buscando salvaguardar la seguridad de los datos y las operaciones comerciales.

Sin embargo, para que estos seguros de riesgos cibernéticos sean efectivos, es necesario que se cuente con la confianza, tanto por parte de los clientes que adquieren las pólizas, como de las aseguradoras que las ofrecen. Solo de esta forma, las necesidades de los

clientes serán atendidas de manera adecuada, y solo así las compañías de seguros podrían cumplir con sus amparos, en caso de un incidente cibernético.

Por lo anterior, por medio del presente escrito de reflexión, pasaremos a explicar, la importancia de los seguros de riesgos cibernéticos, evaluando su importancia en el actual panorama de la ciberseguridad, destacando, como es de vital importancia que exista confianza entre las aseguradoras y sus clientes, enfatizando la necesidad de transparencia, colaboración y compromiso mutuo, a efectos de garantizar la efectividad, y el éxito de los seguros de riesgos cibernéticos.

CONFIANZA DIGITAL Y SEGURIDAD CIBERNÉTICA

Lo primero que sería de relevancia precisar, a efectos de poder entender con mayor claridad los seguros cibernéticos, es el que se comprende por cibernético. Precisamente, en palabras de la doctora Andrea SIGNORINO BARBAT, se señala:

“Como cibernético designamos todo lo relacionado con la tecnología computacional interdisciplinaria usada para la extensión de las capacidades humanas.

(...)

Hoy en día, lo cibernético se caracteriza por ser todo lo que se relaciona con la tecnología computacional, especialmente, pero no únicamente, con Internet.

(...)

En especial el tema ha sido analizado con respecto al sistema bancario que sufre muchas pérdidas por estos motivos, pero asimismo, se está hablando fuertemente en el mundo del seguro de estos peligros que acechan, dentro y fuera de la empresa aseguradora.

El tema de los Ciber Riesgos va mucho más allá de la acción de un hacker y se relaciona con actividades informáticas ilegales para sustraer, alterar, modificar, manipular, inutilizar o destruir información o activos, como ser dinero, bonos o bienes inmateriales, información, de las compañías o usuarios afectados, utilizando para dichos propósitos medios electrónicos o dispositivos electrónicos.”¹

Es así como, se entiende que por la palabra cibernético, se abarcan todos los aspectos afines con la tecnología digital, y los entornos digitales, que permiten extender las capacidades humanas.

Ya teniendo clara la noción de lo que se podría entender por cibernético, es forzoso continuar con el análisis de los riesgos cibernéticos, destacando que, para hacerles frente a los mismos, son de vital importancia dos conceptos principales, los cuales son la confianza digital, y la seguridad cibernética.

¹ SIGNORINO BARBAT, Andrea, *Ciber riesgos: Su dimensión social, funcional y ética*, 51 Rev.Ibero-Latinoam. Seguros, 35-56 (2019). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris51.crsd>

Para poder hablar de confianza digital, primero se debe precisar que se entiende por confianza. Al respecto, algunas de las definiciones que se tienen de confianza en la Real Academia Española², son: “(i). Seguridad que alguien tiene en sí mismo, (ii). En quien se puede confiar, y (iii) Que posee las cualidades recomendables para el fin a que se destina”. Para efectos de este texto, se entenderá la palabra confianza, como la seguridad que puede tener una persona, respecto de ciertas cualidades puntuales, respecto de otra persona u otra situación.

Cuando se habla de confianza digital, se deben hablar de aspectos como lo son, la protección de la privacidad, seguridad en las transacciones, o en la seguridad de datos.

Por el contrario, cuando se hace referencia a la por seguridad cibernética, se deben entender todo este conglomerado de prácticas, técnicas, medidas diseñadas para poder proteger contra amenazas cibernéticas. Precisamente, esta seguridad informática, se originó, para poder tomar medidas para

“la protección de infraestructura, software y hardware, contrarrestando las posibles amenazas mediante internet, y para desarrollar estrategias de contraataque. Esta perspectiva implicó la creación de sinnúmero de normas y sanciones para mitigar los delitos a través de esta red.

(...)

Por otro lado, la ciberseguridad alude al:

Conjunto de herramientas, políticas, conceptos de seguridad, salvaguardas de seguridad, directrices, métodos de gestión de riesgos, acciones, formación, prácticas idóneas, seguros y tecnologías que pueden utilizarse para proteger los activos de la organización y los usuarios en el ciberentorno. [...] La ciberseguridad garantiza que se alcancen y mantengan las propiedades de seguridad de los activos de la organización y los usuarios [disponibilidad, integridad, autenticidad, confidencialidad, etc.]³”

En la era digital en la que actualmente vivimos, la aplicación del término de confianza digital termina siendo de gran relevancia, toda vez que lleva consigo, la fiabilidad y seguridad de las transacciones e interacciones en línea de cada uno de sus usuarios. En virtud de lo anterior, proponemos 3 alternativas, que pudieran ser de vital importancia, al momento de analizar la confianza digital y su aseguramiento. Estas son:

1. Se podrían aumentar, o iniciar campañas, a efectos que las organizaciones nacionales e internacionales, inviertan en seguridad cibernética, buscando poder proteger la confianza digital de los usuarios y sus clientes. Para ello, se podría empezar, por implementar tecnologías como cifrados de datos, autenticaciones

² Rae Confianza: Diccionario Esencial de la lengua española, ‘Diccionario esencial de la lengua española’. Disponible en: <https://www.rae.es/desen/confianza>.

³ OSPINA DÍAZ, Milton Ricardo, & SANABRIA RANGEL, Pedro Emilio. (2020). *Desafíos nacionales frente a la ciberseguridad en el escenario global: un análisis para Colombia*. Revista Criminalidad, 62(2), 199-217. Epub November 26, 2020. Retrieved March 31, 2024, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082020000200199&lng=en&tlng=es.

multifactoriales, firewalls, brindando capacitaciones, y teniendo sistemas de detección de intrusos.

2. Así mismo, se podría optar por incentivar a las organizaciones y a los gobiernos, a efectos que pudieran empezar a implementar paulatinamente regulaciones, y estándares de cumplimiento, encaminados a proteger la confianza digital.
3. Otra alternativa, y frente a la cual se le dará mayor énfasis a lo largo del presente escrito, es el poder empezar a implementar cada vez más los seguros cibernéticos, toda vez que podrían funcionar como una capa adicional en la protección financiera, contra las consecuencias adversas de los incidentes cibernéticos. Sin lugar a duda, son dos conceptos estrechamente interrelacionados entre sí.

Precisamente, para garantizar que los usuarios puedan confiar en la privacidad, integridad y seguridad de sus datos y actividades digitales, se ha optado por el aseguramiento de la confianza en lo digital.

Se ha optado por dicho aseguramiento, toda vez que los usuarios deben estar en la posibilidad de confiar en que sus datos financieros y personales estén protegidos, y ante el crecimiento de los riesgos cibernéticos, lo anterior cada vez se torna más difícil.

En relación con lo anterior, para que se pueda hablar de seguros cibernéticos, efectivamente tiene que existir una confianza de parte de los consumidores, y de parte de los inversionistas y socios comerciales, siendo ahora de relevancia, el entrar a profundizar acerca de la confianza digital, y la seguridad cibernética.

Así las cosas, la seguridad cibernética, y el aseguramiento, son dos de los principales aspectos en la actualidad del entorno digital, los cuales se complementan e interrelacionan entre sí. Precisamente, debido a esta colaboración, es que así mismo se termina teniendo un enfoque preventivo y reactivo, para poder estar preparados en caso de algún incidente cibernético, y poder mitigar así los daños, englobado lo anterior, en una gestión de riesgos.

ANÁLISIS DE LOS SEGUROS CIBERNÉTICOS, Y SUS RIESGOS – DESAFÍOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE CONFIANZA

En la actual era digital, los riesgos cibernéticos, son una amenaza latente para todas las personas y/o empresas (independientemente de su sector o tamaño). Una de las respuestas más acertadas para poder combatir dichos riesgos, es el optar por protegerse, por medio de seguros cibernéticos, los cuales son productos que además de hacerle frente, entre muchos otros riesgos, a las violaciones de datos, interrupciones de negocios, y a los daños a la reputación, así mismo llevan a un mayor análisis de los productos, y tendencias en el mercado asegurador.

Puntualmente, se puede decir, que estos son unos productos, encaminados a brindar una cobertura financiera, legal, y de asistencia, a las empresas y/o personas naturales, que busquen salvaguardarse de los nuevos y cada vez más frecuentes, ataques cibernéticos.

Así mismo, estos seguros ayudan a los asegurados, a poder mitigar, o cubrir el impacto financiero derivado de hacerle frente a un ataque cibernético. Adicionalmente, podrían ser de utilidad, al momento de entrar a ayudar a proteger o restaurar la reputación, y la confianza de los clientes después de un ataque. Otro de los puntos por medio de los cuales los seguros cibernéticos son de gran ayuda en la actualidad, es precisamente, porque al momento de la suscripción del seguro, son las mismas aseguradoras, las que, a efectos de cumplir con los requisitos regulatorios, y proporcionar cobertura adecuada para dichos riesgos cibernéticos, revisan las regulaciones y las normas de vanguardia que potencialmente pudiesen proteger la privacidad, y la seguridad, de los sistemas informáticos de sus clientes.

Adicionalmente, otro punto importante a destacar, es que los seguros cibernéticos, ofrecen una serie de beneficios a los interesados en asegurarse, como lo son, una mejoría en la gestión del riesgo, puesto que las personas y las empresas, logran identificar y evaluar sus riesgos cibernéticos, implementando medidas para mitigarlos si buscan el aseguramiento. Lo anterior, conlleva una tranquilidad y confianza intrínseca, al saber que en caso de algún desafortunado ataque cibernético, estarían financieramente protegidos. Aunado a todos estos beneficios, en caso de un inminente riesgo cibernético, con la protección del seguro de riesgo cibernéticos tienen, asimismo, acceso a expertos, y a una asistencia de especialistas, para poder responder al ataque y minimizar el daño.

Se podría decir, entonces, que gran parte del crecimiento de este mercado, se ha dado, no solo por el crecimiento de los ataques cibernéticos, sino también, por la creciente conciencia, respecto de la importancia de poder estar protegido contra estos riesgos. De dicha manera, se ve cómo claramente se tiene una demanda de parte de los posibles tomadores y/o asegurados, respecto de querer protegerse frente a riesgos, como podrían ser las violaciones de datos, daños a la reputación, o interrupciones del negocio. Pero se cuestiona, ¿existe una oferta correspondiente y proporcional, de parte de las compañías de seguros?

La respuesta que hemos podido encontrar respecto de dicho interrogante, es que, precisamente, de parte de las diferentes compañías de seguros, si existiría una oferta, y un interés, en poder asegurar los riesgos cibernéticos, al ser un mercado en constante crecimiento, con una alta demanda, al ser productos especializados y específicos, destinadas para las necesidades de diferentes empresas y sectores. Sin embargo, no se puede desconocer, que existe una gran desconfianza en la materia, que no permite que sean tan competitivas, por los costos, y complejidades que dicho ramo trae consigo.

Si bien las compañías de seguros están constantemente adaptando sus ramos y productos, a efectos de poder satisfacer las diferentes y cambiantes necesidades del mercado, los seguros de riesgos cibernéticos, presentan sin duda, un desafío, puesto que deben ser seguros, más flexibles, y personalizados a sus clientes. Adicionalmente, una de las complejidades que podría traer consigo este aseguramiento, es el hecho que, no es posible cuantificar y evaluar, por la constante evolución de la materia, los riesgos cibernéticos, y ello es realmente lo que genera incertidumbre de parte de las compañías de seguros, de brindar estas coberturas.

Debido a lo anterior, es que las compañías de seguros han empezado a implementar alianzas estratégicas con empresas de tecnología, y consultoras de seguridad, a efectos de poder mejorar su capacidad para evaluar, entender, y mitigar los riesgos cibernéticos, así como también poder ofrecer servicios adicionales de gestión de incidentes y evaluaciones de seguridad.

Sin embargo, para que estos seguros de riesgos cibernéticos sean efectivos, es necesario que se cuente con la confianza, tanto por parte de los clientes que adquieren las pólizas, como de las aseguradoras que las ofrecen. Solo de esta forma, las necesidades de los clientes serán atendidas de manera adecuada, y solo así las compañías de seguros podrían cumplir con sus amparos, en caso de un incidente cibernético.

Precisamente entonces, unos de los latentes desafíos que se encuentran hoy en día respecto de los seguros de riesgos cibernéticos, es que este tipo de pólizas, además de ser costosas, en especial para las empresas con un alto riesgo de ataque, así mismo son complejas de entender (en gran parte por su novedad), lo cual puede llevar a que no se elijan las coberturas adecuadas y atinentes para hacerle frente al riesgo cibernético, y así mismo, puede terminar ocurriendo, que ciertos riesgos se crean cubiertos, pero en realidad estén excluidos.

Algunos desafíos a la hora de construir confianza por parte del cliente asegurado son:

- Como el panorama de amenazas cibernéticas, está siempre en constante evolución, los riesgos cubiertos por una póliza de seguro cibernético pueden llegar a cambiar con el tiempo. Precisamente por eso, se debe estar revisando constante y regularmente la póliza, actualizándola si es necesario, a efectos de poder garantizar que esté totalmente protegido contra las nuevas amenazas.
- El punto anterior, será también de relevancia, a la hora de comprender las exclusiones que pueden limitar la cobertura de este tipo de productos, puesto que por lo general, y como todavía no se tienen completamente diseñados estas pólizas —en parte también por la naturaleza cambiante de las mismas— genera que ciertos tipos de ataques, o daños a la reputación de la empresa, o de costos asociados a la interrupción del negocio, o que pérdidas que no estén totalmente respaldadas se encuentren excluidas.
- Así mismo, si bien tendrían confianza en la compañía aseguradora, y en el negocio aseguratorio, y por eso mismo buscan asegurarse, deberán propender por comparar diferentes pólizas de riesgos cibernéticos, encontrando así, la que mejor se adapte a las necesidades deseadas.
- A efectos de minimizar también el impacto financiero, en caso de que ocurra un ataque cibernético, no se deberían confiar únicamente del hecho de que tengan una póliza contratada. Por el contrario, es importante que se implementen diferentes medidas de seguridad, que logren reducir este riesgo.
- No se debe desconocer, que las primas de los seguros de riesgos cibernéticos, son, por regla general, bastante elevadas, por lo que deberían optar por ellas, las personas que tengan un alto riesgo de ataque. Por el contrario, los costos de estas pólizas, pueden llegar a no ser justificables, si ya cuentan con medidas de seguridad cibernética robustas, o si tienen un bajo perfil de riesgo.

- Así mismo, no se debe desconocer, que en caso de un ataque cibernético, las compañías de seguros, estarían en la facultad de subrogarse en los derechos del asegurado, a efectos de poder reclamar daños y perjuicios a los responsables del ataque.

Así mismo, algunos de los desafíos a la hora de construir confianza por parte de las aseguradoras son:

- Se debe partir de la buena fe del contrato de seguro. Precisamente por ello, se debe tener la confianza de parte de las compañías de seguros, frente a que sus clientes, sean transparentes al momento de efectuar la declaración del riesgo, de conformidad con el artículo 1058 del Código de Comercio, partiendo de la base de una colaboración y un compromiso mutuo, a efectos de poder garantizar el éxito y la efectividad de los seguros de riesgos cibernéticos.
- Precisamente como las compañías conocen que no siempre sus clientes asegurados declaran con exactitud el riesgo que buscan trasladar, o a veces estos mismos no conocen a ciencia cierta la magnitud de sus riesgos, se genera al momento de establecer esta relación de confianza, una especie de cautela, a la hora de asegurar los riesgos cibernéticos, lo que genera el cobro de primas más altas, para compensar la incertidumbre.
- Como estos productos de seguros de riesgos cibernéticos son muy nuevos, uno de los desafíos en la construcción de confianza de parte de las aseguradoras, también es la falta de datos históricos confiables, y la dificultad para desarrollar modelos de riesgo precisos, que puedan ser utilizados para la determinación de primas de seguro adecuadas.
- Aunque son latentes los desafíos en la evaluación del riesgo, y en el desarrollo de productos, las compañías de seguros están adaptando sus ofertas para poder satisfacer las necesidades cambiantes del mercado, pudiendo proporcionar cobertura efectiva contra las amenazas cibernéticas. Un inconveniente que se puede presentar frente este aspecto, es precisamente que los costos derivados y relacionados con la respuesta a incidentes cibernéticos, representan gastos elevados para las compañías de seguros, lo cual les puede ser perjudicial, si no tienen los recursos adecuados para gestionar eficazmente las reclamaciones.
- Así mismo, las aseguradoras en esta construcción de confianza, se tienen que enfrentar al riesgo que les presenten reclamaciones fraudulentas, por lo que es importante que las empresas, logren implementar medidas, a efectos de poder prevenir el fraude, y solo se le presenten reclamaciones legítimas.
- De la mano con el punto anterior, se puede también afirmar, que con el aumento en la gravedad y frecuencia de los ataques cibernéticos, las compañías de seguros estarían expuestas a un número mayor de reclamaciones y pérdida financieras, lo que conllevaría que las mismas terminen siendo un poco más cautelosas y prevenidas al ofrecer coberturas por riesgos cibernéticos.
- Adicionalmente, otro factor que puede influir en la disposición de ofrecimiento de seguros de riesgos cibernéticos, es el marco legal, y la regulación

del país, analizando los avances, y filosofías que se tengan respecto de la seguridad cibernética, y la privacidad de datos.

DESAFÍOS DE LOS SEGUROS DE RIESGOS CIBERNÉTICOS

A medida que las amenazas cibernéticas evolucionan en complejidad y alcance, los seguros de riesgos cibernéticos, se enfrentan a una serie de desafíos importantes. Por un lado, la continua y creciente sofisticación de los ataques cibernéticos trae consigo nuevos desafíos, y riesgos para las aseguradoras, en términos de evaluación y gestión de riesgos. Así mismo, el continuo crecimiento del mercado de seguros de riesgos cibernéticos presenta para las compañías de seguros, oportunidades para expandir la oferta de productos, y de servicios, logrando así, satisfacer la demanda de los clientes, en materia de protección cibernética.

Como se precisó en líneas anteriores, uno de los principales retos para las aseguradoras al momento de tener confianza al momento de expedir estas pólizas de seguros de riesgos cibernéticos, es la evaluación precisa de dichos riesgos. Ello se debe, dado que no se tienen datos históricos confiables, no ayudado por el hecho, que estos riesgos están en constante evolución, no pudiendo entonces las compañías poder calcular adecuadamente el riesgo (ni la exposición total al mismo), y así mismo, calcular una prima de seguro, que logre reflejar con precisión, la probabilidad y magnitud de los incidentes cibernéticos.

A pesar de los desafíos, el mercado de seguros de riesgos cibernéticos, genera así mismo, oportunidades significativas para la innovación. Esto por cuanto que, las aseguradoras están constantemente, desarrollando nuevos productos y servicios, que se puedan adaptar, cada vez más, a las necesidades específicas de las diferentes industrias y personas, siendo estos, más flexibles y personalizados. Además, con cada vez más frecuencia, las aseguradoras están explorando nuevas tecnologías y de enfoques analíticos, para poder mejorar la evaluación de riesgos cibernéticos, proporcionando soluciones, que sean cada vez más, eficaces y rentables.

ASEGURAMIENTO DE LOS RIESGOS CIBERNÉTICOS. PERSPECTIVAS

Después de explorar los desafíos, oportunidades, y el papel crucial de la confianza que existe alrededor de los seguros de riesgos cibernéticos, podemos concluir los siguientes puntos:

1. Resulta de gran importancia presentar estudios de casos, y ejemplos prácticos de cómo las empresas han utilizado los seguros de riesgos cibernéticos para mitigar los riesgos y recuperarse de incidentes cibernéticos.
2. Así mismo, se encontró que el desarrollo de un área técnica con profesionales expertos en riesgos cibernéticos, es necesario en las Compañías Aseguradoras para

la suscripción, la ejecución de las pólizas, y en el momento de las reclamaciones, determinar el siniestro.

3. La tecnología avanza muy rápido, por lo tanto, contar con monitoreo permanente es muy importante, a efectos de poder estar a la vanguardia de los diferentes riesgos cibernéticos, para así también poder identificar los cambios y modificaciones en las coberturas y condiciones de cada póliza.
4. Se debe implementar, y fortalecer la seguridad cibernética de las aseguradoras y de los asegurados, en la revisión constante de las políticas, sistemas y programas, a través del oficial de cumplimiento.
5. Se puede empezar a incluir una sección dedicada a evaluar la efectividad de los seguros de riesgos cibernéticos en la protección contra amenazas cibernéticas. Esto podría incluir análisis de reclamaciones pasadas, estudios de casos de incidentes cibernéticos, y cómo fueron manejados con la ayuda de seguros cibernéticos, así como encuestas de satisfacción de clientes y retroalimentación de la industria.
6. También es importante discutir los desarrollos tecnológicos emergentes que podrían impactar el mercado de seguros de riesgos cibernéticos, y cómo estas tecnologías podrían afectar tanto los riesgos cibernéticos, como las soluciones de seguro.
7. Se destaca como es importante el trabajo en equipo, como la unión de Gobiernos, compañías aseguradoras y reaseguradoras, entidades no gubernamentales, asociaciones nacionales e internacionales en la seguridad cibernética y fortalecimiento de los seguros cibernéticos.
8. El tiempo nos traerá mayor virtualidad en el trabajo y diferentes aspectos de la vida, tanto a las empresas como a las personas, por lo que los seguros cibernéticos tendrán mayor demanda y por lo tanto, las aseguradoras deberán estar más preparadas en el desarrollo constante de estos productos.
9. Al no tener los riesgos cibernéticos fronteras, la regulación de ciberseguridad y de riesgos cibernéticos se proyecta que va a desarrollarse más, hasta convertirse en estándares globales.
10. Si bien las aseguradoras tradicionales no tienen mucha experiencia en la gestión de riesgos cibernéticos, estas están constantemente en evolución, y con la intención de también poder asegurar este otro nuevo mercado. Para poder entonces entrar a evaluar de manera precisa las primas y la gestión de las reclamaciones, se deberán apoyar de modelos de riesgos precisos.
11. Los términos y condiciones de las pólizas de seguro cibernético pueden ser complejos y difíciles de entender, lo que puede generar disputas entre los asegurados y las aseguradoras. Se debe optar por lograr obtener siempre claridad en los textos, con un lenguaje claro, sencillo, y fácil de entender.
12. A medida que el mercado madure, se espera que las primas se estabilicen y la cobertura se amplíe, lo que facilitará que cada vez más empresas obtengan la protección que necesitan contra los riesgos cibernéticos.

Así las cosas, consideramos que las Compañías Aseguradoras por normatividad, deben cumplir con la obligación de seguridad cibernética, por lo que ya deben contar actualmente con esta área, sin embargo, la contratación de profesionales expertos en ciberseguridad y riesgos informáticos, sería de gran beneficio para las Compañías, para el estudio de los siniestros, el monitoreo y la suscripción.

Es inminente, que todas las personas, bien sean naturales o jurídicas, estarán o ya han estado expuestas a riesgos cibernéticos, por lo tanto, la no inversión en este producto seguros cibernéticos, es un gran error. Estos clientes, que buscan asegurar dichos riesgos, deberán tener la confianza, no solo de las medidas de seguridad cibernética ya implementadas por ellos, sino también, de los productos asegurativos que pudieron haber contratado.

De la mano con lo anterior, las compañías de seguros, estarían desaprovechando una gran oportunidad, y un gran mercado, de no estar ofreciendo y/o implementado estos seguros de riesgos cibernéticos, al ser, hoy en día, de los productos más necesarios para todas las personas conectadas digitalmente. De su parte, se debe tener confianza en el modelo de negocio que manejan, en los datos históricos que han podido recolectar en sus investigaciones, y en el hecho de que se presente un ataque cibernético puntual, puedan contar con todas las herramientas necesarias, para poderlo atender.

Así mismo, para que las aseguradoras sientan confianza digital en los seguros de riesgos cibernéticos y puedan ofrecer cobertura de manera efectiva, es importante implementar estrategias que mejoren la seguridad cibernética y la transparencia en la gestión de riesgos. Una de las formas por medio de las cuales podrían llegar a ello, puede ser el implementar sistemas de monitoreo continuo y alerta temprana para detectar posibles amenazas cibernéticas y responder rápidamente a incidentes.

De la mano con los puntos anteriores, se ve también cómo la promoción de campañas en pedagogía del valor de adquirir seguros cibernéticos es indispensable.

CONCLUSIONES

En un mundo cada vez más interconectado, y dependiente de la tecnología digital, los seguros de riesgos cibernéticos han surgido como una herramienta esencial para mitigar las crecientes amenazas cibernéticas que enfrentan las organizaciones y los individuos. A lo largo del presente texto, hemos venido explorado los desafíos y oportunidades en el mercado de seguros de riesgos cibernéticos, así como el papel crítico de la confianza en esta relación.

La evolución tecnológica seguirá dando pasos muy grandes, con el desarrollo de la inteligencia artificial, el metaverso, entre otros, lo que indefectiblemente nos llevará a la necesidad de seguir desarrollando este producto de seguro de riesgos cibernéticos a través de sus diferentes coberturas y amparos.

Desde la evaluación precisa de los riesgos cibernéticos, hasta la innovación en productos y servicios, las aseguradoras continúan adaptándose y evolucionando para satisfacer

las necesidades cambiantes de los clientes en materia de protección cibernética. Al mismo tiempo, los clientes también juegan un papel crucial al implementar medidas de seguridad cibernética sólidas, tratando de mantener una relación de confianza con sus aseguradoras.

A medida que avanzamos hacia el futuro, es fundamental que todas las partes involucradas en la protección contra amenazas cibernéticas trabajen juntas de manera colaborativa y proactiva. La educación y la concientización sobre seguridad cibernética, el aprovechamiento de tecnologías emergentes y la adaptación continua a las tendencias del mercado son aspectos clave para garantizar la efectividad y el éxito de los seguros de riesgos cibernéticos.

El trabajo constante con profesionales especializados en ciberseguridad, ingenieros capacitados en el desarrollo constante en las diferentes amenazas que pueden surgir con el desarrollo tecnológico, es de vital importancia. En especial, en el momento de la suscripción de los seguros de riesgos cibernéticos, con el trabajo mancomunado de estos profesionales expertos será fundamental.

También es necesario implementar el monitoreo constante por parte de las aseguradoras, a través de los profesionales especialistas o empresas de ingeniería, a las empresas o personas aseguradas para fortalecer sus herramientas actuales de la ciberseguridad y reducir los incidentes.

Así mismo, es necesario impulsar la capacitación a nuevos profesionales expertos en la ciberseguridad y los riesgos informáticos, pues hoy en día son pocos, y las amenazas aumentan diariamente.

La confianza de las aseguradoras en abrir esta línea de producto de los seguros cibernéticos, sin duda alguna se logra con la capacitación, y con el contar con profesionales expertos en ciberseguridad y riesgo informático, revisando las coberturas, exclusiones y condiciones generales, así como la suscripción, monitoreo y asesoramiento a los asegurados, por lo que motivamos a las aseguradoras que inicien en el desarrollo de estos nuevos productos.

En última instancia, al centrarnos en la confianza mutua, la transparencia y el compromiso con la seguridad cibernética, podemos construir un futuro más seguro y resiliente en el ciberespacio para todos.

Los seguros cibernéticos son una herramienta importante para proteger a las empresas de los riesgos cibernéticos, sin embargo, hoy en día, estos productos no logran satisfacer a cabalidad las necesidades de protección que actualmente se está demandando en el mercado.

Aunque existen algunos desafíos, como el costo y la complejidad, los beneficios de los seguros cibernéticos pueden superar significativamente estos retos. Se espera que el mercado de seguros cibernéticos siga creciendo y evolucionando en los próximos años, ofreciendo a las empresas una mayor variedad de opciones y precios más competitivos.

BIBLIOGRAFÍA

- 2023 Cyber Insurance Market Update. (2023). Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=ju0KtELoFDU>
- BENITO OSMA, Félix (2022). *El contrato de seguro en un mercado digital*, 56 Rev. Ibero-Latinoam. Seguros, 45-72. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris56.csmd>
- BENITO OSMA, Félix (2022). *La digitalización en el mercado de seguros*, 57 Rev. Ibero-Latinoam. Seguros, 199-230. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris57.dmds>
- BOUSAKR, N. (2020). *Beazley lanza una línea de seguros de líneas financieras y cibernéticas en Colombia. Property & Casualty* 360.
- CAMPOY, A. J., Malfatti, M. A., Malfatti, M. S. L., & Rumstain, T. D. C. (2020). *Contrato de seguro. La obligación de información y agravación del riesgo cibernético*. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, 29(52). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris52.csoi>
- CAMPOY, Adilson José; Malfatti, Marcio Alexandre; Malfatti, Michelle Sampaio Lopes & Rumstain, Thaís de Cássia. (2020). *Contrato de seguro-La obligación de información y agravación del riesgo cibernético*, 52 Rev. Ibero-Latinoam. Seguros, 131-144. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris52.csoi>
- Coberturas de responsabilidad civil en las pólizas de riesgos cibernéticos frente a un evento de fuga de datos o "data breach" en Colombia* tesis de maestría <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/63887/Coberturas%20de%20responsabilidad%20civil%20en%20las%20p%20c3%b3lizas%20de%20riesgos%20cibern%20c3%a9ticos%20frente%20a%20un%20evento%20de%20fuga%20de%20datos%20o%20e2%80%9cd%20breach%20e2%80%9d%20en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- COLE, N. (2023) *23 eye-opening Cybersecurity Insurance Statistics* (2023), Network Assured. Available at: <https://networkassured.com/security/cybersecurity-insurance-statistics/>.
- ERKAN-BARLOW A, Wells-Dietel BP. 2024. The Current State of Cyber Insurance and Regulation in the Context of Investment Efficiency and Moral Hazard: A Literature Review. *Journal of Insurance Regulation*. October 2023:1-27. Accessed February 28, 2024.
- FREEMAN, R. (2022). *What is Cyber Security Insurance?* Retrieved from https://www.youtube.com/watch?v=Bw_GK1R3Gis
- GONZÁLEZ, E. J. (2021). Seguro contra riesgos cibernéticos. In *CE Noticias Financieras* (Spanish ed.). ContentEngine LLC, a Florida limited liability company.

- GONZÁLEZ, E. J. (2021). Seguro contra riesgos cibernéticos. In *CE Noticias Financieras* (Spanish ed.). ContentEngine LLC, a Florida limited liability company.
- GONZÁLEZ, E. J. (2021). Seguro contra riesgos cibernéticos. In *CE Noticias Financieras* (Spanish ed.). ContentEngine LLC, a Florida limited liability company.
- How cybersecurity insurance works (2018) YouTube. Available at: <https://www.youtube.com/watch?v=J79WqSbdoYw>.
- Institute of Risk Management. (2022). Cyber group how the insurance industry thinks about Systemic Cyber Risk. Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=MgutgZKYjgs>
- INSTRUCTIVO PARA LIQUIDAR Y AJUSTAR SINIESTROS QUE AFECTEN LA COBERTURA DE PÉRDIDAS PROPIAS EN LOS SEGUROS DE RIESGOS CIBERNÉTICOS EN COLOMBIA tesis de maestria https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/63920/Tesis%20Trabajo%20de%20Grado__Joseph%20McLean_versi%c3%b3n%20final%20aprobada.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- RODRÍGUEZ-MÁRQUEZ, M.P. 2021. “Ciberseguridad en la justicia digital: recomendaciones para el caso colombiano” *Rev. UIS Ing.*, vol. 20, no. 3, pp. 19-46, 2021, doi: 10.18273/revuin.v20n3-2021002
- MONTERROSSO CASADO, E. (2019). *Inteligencia artificial y riesgos cibernéticos: responsabilidades y aseguramiento*. Tirant lo Blanch.
- NAVA, R. (2016, Nov 16). *Apuntan aseguradoras a riesgos cibernéticos*. *El Norte* Retrieved from <https://www.proquest.com/newspapers/apuntan-aseguradoras-riesgos-ciberneticos/docview/1847735592/se-2>
- DORIA ARCILA, N. (2012). Riesgos cibernéticos ya se pueden asegurar. *Portafolio*.
- DORIA ARCILA, N. (2012). *Riesgos cibernéticos ya se pueden asegurar*. Portafolio, Retrieved from <https://www.proquest.com/trade-journals/riesgos-ciberneticos-ya-se-pueden-asegurar/docview/1235693827/se-2>
- OSPINA DÍAZ, Milton Ricardo & SANABRIA RANGEL, Pedro Emilio. (2020). *Desafíos nacionales frente a la ciberseguridad en el escenario global: un análisis para Colombia*. *Revista Criminalidad*, 62(2), 199-217. Epub November 26, 2020. Retrieved March 31, 2024, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1794-31082020000200199&lng=en&tlng=es.
- PIMIENTA ANAYA, M. y SUAREZ VANEGA, L. (2023). *Riesgos cibernéticos en Colombia: un estudio de la percepción y su impacto en la seguridad*. Universidad Cooperativa de Colombia, Posgrado, Maestría en Gestión de Tecnologías de Información, Bucaramanga.

- PREVITI, L. (2023). *Public-private collaboration in the cybersecurity system: reflections from the European and Italian strategy*. REGAP: Revista Galega de Administración Pública, 1(65), 105–123.
- Rae Confianza: Diccionario Esencial de la lengua española, ‘Diccionario esencial de la lengua española’. Available at: <https://www.rae.es/desen/confianza>.
- SALDÍVAR, B. (2020). Seguro de riesgos cibernéticos toma relevancia por Covid-19. In *CE Noticias Financieras* (Spanish ed.). ContentEngine LLC, a Florida limited liability company.
- SÁNCHEZ BARRIOS, M., JIMÉNEZ NAHARRO, F., & SÁNCHEZ MONTAÑÉS, C. (2018). La transferencia de los riesgos cibernéticos en empresas internacionales con alto nivel de capitalización bursátil. *Revista de Pensamiento Estratégico y Seguridad CISDE*, 3(1), 67–90.
- SARAIVA LIMA, H. J. (2022). Nuevas tecnologías, protección de datos personales y el seguro. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 31. <https://doi.org/10.11144/javeriana.ris57.ntps>
- SARAIVA LIMA, H. J. M. (2020). Seguros cibernéticos. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 29(53). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris53.seci>
- SARAIVA LIMA, Henrique José. Nuevas tecnologías, protección de datos personales y el seguro, 57 *Rev.Ibero-Latinoam.Seguros*, 249-270 (2022). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris57.ntps>
- SIGNORINO BARBAT, A. (2020). Ciber riesgos: Su dimensión social, funcional y etica. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 28(51). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris51.crsd>
- SIGNORINO BARBAT, A. (2022). Los seguros cibernéticos: Alcance frente a los Ciber Riesgos. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 31. <https://doi.org/10.11144/javeriana.ris57.scaf>
- SIGNORINO BARBAT, Andrea. (2019). Ciber riesgos: Su dimensión social, funcional y ética, 51 *Rev.Ibero-Latinoam. Seguros*, 35-56. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris51.crsd>
- SOBRINO, W. (2018). Los seguros de ‘cyber risk’ (A propósito del ciberataque mundial de fecha 12 de mayo de 2017). *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 26(47). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris47.lscr>
- SOBRINO, Waldo. (2017). Los seguros de ‘cyber risk’. (A propósito del ciberataque mundial de fecha 12 de mayo de 2017), 47 *Rev.IberoLatinoam.Seguros*, 137-164. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris47.lscr>

- TAPIA HERMIDA, Alberto J. (2021). La responsabilidad civil derivada del uso de la inteligencia artificial y su aseguramiento, 54 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 107-146.
- TORO-ÁLVAREZ, M. M. (2013). El control del cibercrimen. Análisis exploratorio de sentencias y medidas de supervisión. Revista Logos Ciencia & Tecnología, 15(2), 162-173. <https://doi.org/10.22335/rlct.v15i2.1768> (ESTADOS UNIDOS)
- Una encuesta de AIG revela que hay más gerentes responsables de tomar decisiones sobre seguros preocupados por las amenazas cibernéticas que por otros riesgos importantes: Desarrolla la primera aplicación móvil de gestión de riesgos cibernéticos, lanza otras herramientas para complementar la solución de seguros CyberEdge y para satisfacer la demanda de información sobre amenazas cibernéticas. In *Business Wire en Español*. Business Wire.
- Understanding the (cyber) insurance business. (2023b). Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=L-1vjCPZ91Y>
- VARELA, C. (2023). Riesgo cibernético y ciberseguros. Revista Fasecolda, (190), 84–89. Recuperado a partir de <https://revista.fasecolda.com/index.php/revfasecolda/article/view/911>
- VISBAL, M. (2021). Un seguro de Riesgos Cibernéticos es la solución absoluta al problema? *Expansión (Mexico City, Mexico)*.
- What is Cybersecurity Insurance? (2021). Retrieved from <https://www.youtube.com/watch?v=lnHZkiNdqsI>

**SESGOS EN LOS MODELOS ALGORÍTMICOS
DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL DENTRO DEL SECTOR
ASEGURADOR: LA NECESARIA ADOPCIÓN DE PRINCIPIOS
ÉTICOS PARA GARANTIZAR EL RESPETO A DERECHOS
HUMANOS DE LOS ASEGURADOS**

*BIASES WITHIN ARTIFICIAL INTELLIGENCE ALGORITHMIC
MODELS IN THE INSURANCE SECTOR: THE NEED FOR
ETHICAL PRINCIPLES TO ENSURE THE PROTECTION OF
POLICYHOLDERS' HUMAN RIGHTS*

*BENJAMÍN CHONG-CASTILLO**

Fecha de recepción: 15 de abril de 2025

Fecha de aceptación: 15 de mayo de 2025

Disponible en línea: 30 de junio de 2025

Para citar este artículo/To cite this article

CHONG-CASTILLO, Benjamin. *Sesgos en los modelos algorítmicos de inteligencia artificial dentro del sector asegurador: La necesaria adopción de principios éticos para garantizar el respeto a derechos humanos de los asegurados*, 62 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 127-138 (2025). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris62.smai>

[doi:10.11144/Javeriana.ris62.smai](https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris62.smai)

* Abogado enfocado en Responsabilidad Civil, Derecho Digital y Gobernanza de Internet. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y convalidación en Colombia por la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Con diplomados en Seguros por la Comisión Nacional de Protección de los Usuarios de Servicios Financieros (México), en Riesgo Cibernético en Seguros por el Instituto Nacional de Seguros de Colombia, en Derecho de las TICS por la Academia Mexicana de Derecho Informático y Perito en Hechos de Tránsito Terrestre por el Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídica y Criminológicas (México). Maestrando en Derecho Comercial y Financiero de la Universidad Santo Tomas (Colombia). Miembro de AIDA – Sección Colombia. Correo electrónico benjaminchongcastillo@gmail.com

RESUMEN

Este artículo analiza si la adopción de principios éticos contenidos en la CONPES 4144 de 2025 puede constituir una vía efectiva para garantizar equidad, transparencia y rendición de cuentas en el uso de inteligencia artificial (IA) en el sector asegurador colombiano frente a los sesgos que pueden ocasionar los modelos algorítmicos. La investigación se desarrolla desde un enfoque analítico, bajo una perspectiva jurídico-normativa y ética, mediante revisión documental de políticas públicas, estándares internacionales y literatura académica. El marco conceptual se basa en los principios de gobernanza algorítmica, no discriminación y explicabilidad, aplicados a contextos altamente regulados.

Palabras clave: Algoritmos, Discriminación, Ética, Inteligencia artificial, Seguro, Transparencia

ABSTRACT

This article analyzes whether the adoption of ethical principles contained in CONPES 4144 of 2025 can be an effective way to guarantee equity, transparency and accountability in the use of artificial intelligence (AI) in the Colombian insurance sector in the face of the biases that algorithmic models may cause. The research is developed from an analytical approach, under a legal-normative and ethical perspective, through a documentary review of public policies, international standards and academic literature. The conceptual framework is based on the principles of algorithmic governance, non-discrimination and explainability, applied to highly regulated contexts.

Key words: Algorithms, Discrimination, Ethics, Artificial intelligence, Insurance, Transparency

SUMARIO:

1. Introducción.
2. Seguros algorítmicos.
3. Discriminación algorítmica.
4. Implicaciones del CONPES 4144 de 2025 para el sector asegurador.
5. Conclusiones.
6. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El uso de la inteligencia artificial se ha expandido de manera significativa en los últimos años. Este rápido avance, se manifiesta tanto por la cantidad de recursos que se le dedican como en los resultados que esta tecnología está produciendo (Furman & Seamans, 2019, p. 161); incluso, dicho crecimiento ha permeado en diversos ámbitos, tanto del sector público¹ como del privado².

No obstante, las bases legales para su desarrollo y aplicación aún se encuentran en constante estudio y análisis por parte de los legisladores a nivel global³. Si bien es cierto, han existido importantes avances en la formulación de políticas públicas^{4,5}, orientadas a facilitar e impulsar su adopción en un marco de diseño ético, continua la preocupación por garantizar que la implementación de la inteligencia artificial se desarrolle en un entorno seguro y equitativo para todos.

En el sistema financiero y particularmente en el sector asegurador, la adopción de la inteligencia artificial como parte de los procesos de transformación tecnológica de

¹ El Banco de Desarrollo de América Latina y el Caribe en diversos artículos ha elaborado medidas y estrategias frente a la adopción de inteligencia artificial, que sirvan de recomendación a los gobiernos de la región latinoamericana. Vid. CAF–Banco de Desarrollo de América Latina. (2021). *Experiencia: Datos e Inteligencia Artificial en el sector público*, CAF., pp. 140-235; CAF–Banco de Desarrollo de América Latina. (2021, 15 de septiembre). *Inteligencia artificial para modernizar los Estados de América Latina*. Recuperado el 9 de abril de 2025, de <https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/inteligencia-artificial-para-modernizar-los-estados-de-america-latina/>; Guio Español, A., & Sylvan, E. (2023, 17 de mayo). *IA: ¿Qué deben hacer los gobiernos de América Latina?*. Recuperado el 9 de abril de 2025, de <https://www.caf.com/es/blog/inteligencia-artificial-que-deben-hacer-los-gobiernos-de-america-latina/>

² Se prevé que “*el PIB Mundial aumentará en un 14% en 2030 como resultado de la aceleración del desarrollo y la adopción de la IA*” por lo que las empresas deben “*actuar con rapidez si quieren aprovechar las oportunidades*” que la innovación y diferenciación mediante IA pueden generar. Vid. PriceWaterhouseCoopers. (2017). *Sizing the prize: What’s the real value of AI for your business and how can you capitalise?* Recuperado el 13 de abril de 2025, de <https://www.pwc.com/gx/en/issues/analytics/assets/pwc-ai-analysis-sizing-the-prize-report.pdf>

³ Con excepción de la Unión Europea que referente a determinados sistemas de inteligencia artificial, ya emitió la Ley de Inteligencia Artificial vigente desde el 1 de agosto de 2024 y aplicable en su totalidad a partir del 2 de agosto de 2026. Vid. Unión Europea. (2024). *Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de marzo de 2024 por el que se establecen normas armonizadas sobre inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*. Diario Oficial de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689>

⁴ Por lo que respecta a la región de Latinoamérica y el Caribe existen esfuerzos de creación de documentos tipo softlaw y políticas públicas que pretenden ser guías orientadoras para una regulación de la inteligencia artificial. En algunos países como Brasil y Chile ya avanzan en proyectos legislativos sobre IA, tomando como referencia la Ley de la UE y los principios basados en derechos humanos. Vid. Dialzara. (2024). *AI Regulation in Latin America: Strategies, Policies and Compliance*. Recuperado el 7 de abril de 2025, de <https://dialzara.com/blog/ai-regulation-in-latin-america-strategies-policies-compliance>

⁵ Durante la primera Cumbre Regional de Parlamentarios sobre Inteligencia Artificial y la Agenda de América Latina, se propusieron guías para la creación de marcos normativos en América Latina, priorizando la ética y los derechos humanos en el diseño de políticas públicas. Vid. UNESCO. (2024, 16 de agosto). *Paving the Way: UNESCO informs AI regulation in Latin America*. Recuperado el 11 de abril de 2025, de <https://www.unesco.org/en/articles/paving-way-unesco-informs-ai-regulation-latin-america>

las aseguradoras, no ha sido la excepción. Las compañías de seguros están utilizando sistemas basados en inteligencia artificial para mejorar la atención a sus clientes, innovar sus productos y optimizar sus procesos, algunas de ellas evolucionando hacia modelos de negocio insurtech o creando nuevas empresas que se enfoquen a ello. Sin embargo, pese a los beneficios y ventajas potenciales que tiene la incorporación de la inteligencia artificial en las aseguradoras, también puede generar impactos adversos, como riesgos y perjuicios, tanto para los asegurados como para la estabilidad del mercado asegurador.

Lo anterior, tiene mayor relevancia si se considera que actualmente no existe una regulación integral en materia de seguros que regule el actuar de las compañías frente a la implementación adecuada de estas tecnologías⁶. Dicha ausencia normativa puede conllevar riesgos significativos, tal como la reproducción de sesgos por parte de los modelos algorítmicos en los que se fundamenta las decisiones automatizadas en el uso de sistemas basados en IA. Para contrarrestar, minimizar y, en la medida de lo posible, prevenir los sesgos derivados del uso de modelos algorítmicos, resulta indispensable la adopción de principios éticos que garanticen la protección efectiva de los derechos humanos de los asegurados, principalmente aquellos relacionados con el derecho a la igualdad, la no discriminación y el acceso a la información sobre el tratamiento automatizado de sus datos personales.

En ese sentido, este artículo analiza si la adopción de los principios éticos para el desarrollo y uso responsable de sistemas basados en inteligencia artificial, a través de las líneas de acción contenidas en la Política Nacional de Inteligencia Artificial (CONPES 4144 de 2025), puede constituir una vía efectiva para lograr la mitigación de los riesgos asociados a la reproducción de sesgos dentro del sector asegurador colombiano, fomentando una aplicación de la inteligencia artificial más equitativa, transparente y sujeta a mecanismos de rendición de cuentas orientada a salvaguardar los derechos de los consumidores.

2. SEGUROS ALGORÍTMICOS

La transformación digital en el sector asegurador, como se ha mencionado previamente, implica no solo la incorporación de herramientas tecnológicas como los sistemas basados en inteligencia artificial dentro los procesos operativos de las aseguradoras, sino también conlleva un cambio estructural en las compañías orientado a que la adaptación tecnológica conduzca a una verdadera evolución organizacional⁷.

⁶ Si bien es cierto, la Ley de Inteligencia de Artificial de la UE en su apartado Capítulo III: Sistema de IA de alto riesgo abarca “los sistemas de inteligencia artificial utilizados para la evaluación de riesgos y la fijación de precios en seguros de vida y salud”, esta regulación aún no es aplicable sino hasta agosto de 2026 y aún no se enfoca en todo el sector asegurador. Sin embargo, es un gran comienzo para orientar a la compañía de seguros sobre cómo deben ir abordando esta tecnología.

⁷ “El concepto de «transformación digital» está en la agenda de muchos CEO y Consejos de Administración. Pero aparte de la palabra de moda, a menudo no está claro lo que significa realmente; los servicios

En este contexto, las compañías aseguradoras han modificado progresivamente su manera de entender y gestionar el riesgo. Uno de los cambios más significativos es la transición de un modelo tradicional de fijación de primas basado en promedios y categorías estáticas, hacia un esquema de tarifas personalizadas, sustentado en el análisis de datos telemáticos⁸.

Los datos telemáticos⁹ son aquellos que se obtienen mediante dispositivos capaces de recopilar, almacenar y procesar información en tiempo real sobre variables dinámicas asociadas al comportamiento de personas, objetos o entornos, lo que permite una evaluación más integral, precisa y actualizada del riesgo. A partir de esta información, las aseguradoras pueden elaborar perfiles de riesgos a nivel individual, regional o sectorial. Esto les permite establecer baremos de acceso a determinados seguros, productos o coberturas; definir precios ajustados de primas; e incluso aplicar variaciones de deducibles y coaseguros. Todo ello mediante sistemas algorítmicos capaces de tomar decisiones automatizadas, sin necesidad de intervención humana directa por parte de personal de las aseguradoras.

No obstante, si bien esta automatización puede ser benéfica para los asegurados en términos de tarificaciones más justas y personalizadas, también plantea desafíos relevantes y vinculados con la equidad y la accesibilidad. Esto es así, dado que el procesamiento de datos se basa en grandes volúmenes de información que, al ser recopilados en contextos o condiciones con prejuicios y sin una supervisión humana suficiente, pueden ocasionar la exclusión o desfavorecimiento sistemático de determinados grupos poblacionales.

financieros han interpretado a menudo la «transformación digital» sólo como una forma de proporcionar acceso a algunos productos a través de canales digitales, en línea o móviles. La transformación digital es mucho más que eso: es un cambio en los modelos de negocio de la empresa. Es esencialmente poner al cliente en el centro de atención y utilizar las plataformas digitales para construir un nuevo modelo empresarial y operativo en torno a él. Dicha transformación implica a todas las dimensiones del negocio, como productos, procesos, personas, socios y plataformas” Vid. NICOLETTI, B. (2020). *Insurance 4.0: Benefits and Challenges of Digital Transformation*. Palgrave Macmillan, p. 6.

⁸ Por su parte, empresas de tecnología consideran que “la industria de los seguros siempre ha hecho un uso extensivo de datos y algoritmos”. Vid. IBM. (s.f.). ¿Qué es la IA en los seguros? Recuperado el 7 de abril de 2025, de <https://www.ibm.com/es-es/think/topics/ai-in-insurance>

Sin embargo, es importante aclarar que previo a la telemática, el sector asegurador se basaba en una estadística clásica, con variables estáticas y segmentaciones rígidas, esto es, no existía un aprendizaje ni personalización granular.

⁹ Los dispositivos telemáticos miden diversos elementos de interés para los suscriptores. Así mismo, el nivel de datos recopilados generalmente refleja el tipo de tecnología telemática empleada y la disposición de los asegurados a compartir datos personales. Vid. National Association of Insurance Commissioners (2023). Telematics. Recuperado el 8 de abril de 2025, de <https://content.naic.org/insurance-topics/telematics>

En consecuencia, los seguros algorítmicos^{10, 11} podrían convertirse en replicadores o amplificadores de desigualdades preexistentes, especialmente si los modelos de evaluación de riesgos que los sustentan no han sido diseñados bajo criterios suficientemente inclusivos, auditables, éticos y transparentes¹². Si bien es cierto no existe una definición estándar o consensuada en la literatura jurídica respecto al seguro algorítmico, es importante entenderlo como una forma de gestión en que las compañías aseguradoras incorporan algoritmos y sistemas basados en inteligencia artificial, para la toma de decisiones automatizadas en diversas etapas del ciclo asegurador, tales como la tarificación, selección de riesgos, suscripción y gestión de siniestros a fin de optimizar la eficiencia y precisión de las compañías¹³.

3. DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

La automatización en la evaluación, cálculo, personalización y, en general, en la gestión de las aseguradoras, además de las ventajas ya expuestas, también plantea riesgos significativos de discriminación algorítmica. Este tipo de discriminación, entendida como el tratamiento desfavorable e injustificado¹⁴ hacia una persona o grupo determinado con base en decisiones automatizadas generadas a partir de datos procesados, tiene su origen en el diseño, entrenamiento o implementación de modelos algorítmicos de inteligencia artificial.

Un ejemplo de discriminación algorítmica en el sector asegurador, lo advierte claramente MUÑOZ PAREDES (2020), al considerar que una de las mayores

¹⁰ Desde esta perspectiva, el seguro algorítmico no constituye un nuevo tipo de contrato de seguro, sino más bien una evolución del seguro tradicional que utiliza a la tecnología para optimizar determinados procesos internos. En ese contexto el uso intensivo de algoritmos, especialmente en la fijación de primas, puede generar “un mal uso de los datos” así como “un trato discriminatorio entre los asegurados” ya que pueden utilizar criterios incorrectos pese a que las aseguradoras “cuentan actualmente con muchas más fuentes de datos y, por tanto, con más recursos para determinar con mayor exactitud el perfil de riesgo” Vid. MUÑOZ PAREDES, M. L. (2020, 27 de julio). *Algoritmos y seguro: la fijación de la prima atendiendo a factores ajenos al riesgo*. *Almacén de Derecho*. Recuperado el 12 de abril de 2025, de <https://almacendederecho.org/algoritmos-y-seguro-la-fijacion-de-la-prima-atendiendo-a-factores-ajenos-al-riesgo>

¹¹ En contraste, el término “algorithmic insurance” también se ha comenzado a utilizar para referirse a productos de seguro específicamente diseñados a cubrir los daños ocasionados por decisiones automatizadas erróneas de sistemas algorítmicos, particularmente aquellos basados en aprendizaje automático. Un ejemplo claro y representativo es el artículo *Algorithmic Insurance*, en el que se propone un nuevo modelo de seguro destinado a mitigar los riesgos derivados de la creciente autonomía de los algoritmos en sectores sensibles como la salud, las finanzas o la justicia. Cfr. Bertsimas, D., & Orfanoudaki, A. (2021). *Algorithmic Insurance*. *Cornell University arXiv*, 2106.00839, 1-32.

¹² En el caso de este artículo se trata de seguros gestionados algorítmicamente y no de seguros contra riesgos algorítmicos.

¹³ GUILLÉN, M., NIELSEN, J. P., AYUSO, M. & PEREZ-MARIN, A. M. (2019). The use of telematics devices to improve automobile insurance rates. *Risk Analysis*, 39(3), pp. 664-668.

¹⁴ La discriminación gira en torno a un tratamiento injusto como consecuencia de la toma de decisiones algorítmicas automatizadas y las formas en que estos algoritmos enquistan la discriminación de diversos colectivos. VID. ITURMENDI, José M. (2023). La discriminación algorítmica y su impacto en la dignidad de la persona y los derechos humanos. Especial referencia a los inmigrantes. *Revista Deusto de Derechos Humanos*, 12, pp. 259 y ss.

preocupaciones respecto a la contratación de seguros con el uso del big data y de las tecnologías a él asociadas consiste en que, en ocasiones, se permite la fijación de primas en función de factores ajenos al riesgo asegurado, lo que puede traducirse en una discriminación encubierta.

Sin embargo, para comprender este fenómeno y proponer soluciones que lo prevengan o mitiguen, es necesario identificar qué tipos de sesgos o prejuicios pueden estar presentes en los datos o sistemas. Para ello, es importante considerar que la discriminación no siempre se origina en el diseño del algoritmo; en muchos casos, se encuentra en los datos que alimentan el sistema, es decir, en la fase de entrenamiento del sistema basado en inteligencia artificial. Por ello, los sesgos pueden clasificarse en i) estructurales y ii) algorítmicos.

Por su parte, los sesgos estructurales corresponden a prejuicios humanos incorporados a los datos de entrenamiento del algoritmo, que reflejan desigualdades históricas, sociales o culturales presentes en la sociedad¹⁵. Aunque técnicamente el algoritmo funcione bien, puede codificar, reproducir e incluso amplificar dichas desigualdades, afectando especialmente a grupos históricamente vulnerables o marginados.

Por su parte, los sesgos algorítmicos se vinculan directamente con el diseño del sistema. Entre los más relevantes se encuentran:

- Sesgo de selección: Cuando los datos no representan a toda la población de manera adecuada.
- Sesgo de exclusión: Cuando existe omisión de datos o variables relevantes, incluyendo captura errónea de información.
- Sesgo de automatización: Cuando se deposita una confianza excesiva en el algoritmo, al punto de considerarlo infalible, lo cual impide una supervisión adecuada y puede dar lugar incluso a nuevas formas de discriminación.

Es relevante agregar que existen otros factores que también pueden influir en la discriminación hacia los asegurados, sin embargo, no se profundizará en ellos por no ser objeto de desarrollo en el presente artículo.

Por lo que respecta al marco normativo para combatir estos sesgos, aún no existe en América Latina, y en particular en Colombia, una regulación específica que aborde los riesgos derivados del uso de la inteligencia artificial en el sector asegurador. Actualmente, no se cuenta con mecanismos o medios de impugnación formales frente a las decisiones algorítmicas que afectan a los asegurados, lo que exige que estos riesgos sean atendidos, por ahora, desde las guías, recomendaciones y políticas públicas existentes, mientras se consolidan leyes de inteligencia artificial.

¹⁵ Al respecto MOREWEDGE menciona que *“muchos sesgos no se pueden observar a nivel individual. Es difícil demostrar sesgo, por ejemplo, en una sola decisión de contratación. Pero cuando sumamos decisiones dentro y entre personas, como hacemos al desarrollar algoritmos, podemos revelar sesgos estructurales en nuestros sistemas y organizaciones”*. Vid. MOREWEDGE, C. K. (2024). Can the Bias in Algorithms Help Us See Our Own?. Boston University Insights. Recuperado el 9 de abril de 2025, de <https://insights.bu.edu/can-the-bias-in-algorithms-help-us-see-our-own/>

4. IMPLICACIONES DEL CONPES 4144 DE 2025 PARA EL SECTOR ASEGURADOR

La Política Nacional de Inteligencia Artificial contenida en el documento CONPES 4144 de 2025, representa la culminación de un proceso de construcción de un marco con enfoque ético, de gobernanza y regulatorio de la inteligencia artificial, a partir de la intervención gradual de múltiples esfuerzos por parte de todos los sectores y partes interesadas en Colombia, en aras de consolidar una visión nacional sobre el uso responsable de la inteligencia artificial.

Siguiendo un recuento histórico, es importante resaltar que dicho proceso inició con la CONPES 3920 de 2018¹⁶, que formuló la Política Nacional para la Explotación de Datos, cuyo objetivo fue fortalecer el uso estratégico de datos a partir de un marco jurídico, ético e institucional que habilitara las condiciones para el aprovechamiento de datos abiertos y mitigar los riesgos asociados a tal actividad. Esto, aunque de manera incipiente, sentó bases relevantes para la exploración de otros aspectos tecnológicos, incluyendo la inteligencia artificial.

Es así como en 2019 se expidió la CONPES 3975¹⁷, Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial, en la que se evidencia la problemática de la falta de preparación en Colombia para enfrentar los retos socioeconómicos que trae consigo la inteligencia artificial. Este documento resulta especialmente trascendente, pues propone crear condiciones habilitantes que, en concordancia con los principios y lineamientos de la OCDE, preparen al país para enfrentar los cambios y consecuencias derivados de la adopción de inteligencia artificial.

Más adelante, en 2022, y derivado de la CONPES 3975, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones desarrolló el Marco Ético para la Inteligencia Artificial en Colombia¹⁸, que brindó una serie de recomendaciones y sugerencias para la formulación y gestión de proyectos con inteligencia artificial. Sin embargo, como el mismo documento lo señala, se trata de una guía de soft law, orientada a promover principios éticos sobre inteligencia artificial sin carácter vinculante.

Finalmente, después de todos estos esfuerzos se consolidó el pasado 14 de febrero de 2025 la CONPES 4144 de 2025¹⁹, una política nacional transversal de inteligencia

¹⁶ Departamento Nacional de Planeación (2018). CONPES 3920: Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial. Recuperado el 9 de abril de 2025, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3920.pdf>

¹⁷ Departamento Nacional de Planeación (2019). CONPES 3975: Política Nacional para la Inteligencia Artificial. Recuperado el 9 de abril de 2025, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3975.pdf>

¹⁸ Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2022). Marco Ético para la Inteligencia Artificial en Colombia. Recuperado el 10 de abril de 2025, de <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/MicroSitios/Inteligencia-Artificial/Contenido/Normativa-y-Politicas/212475:Marco-Etico-para-la-Inteligencia-Artificial-en-Colombia>

¹⁹ Departamento Nacional de Planeación (2025). CONPES 4144: Política Nacional para la Ética, Gobernanza y Regulación de la Inteligencia Artificial. Recuperado el 10 de abril de 2025, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4144.pdf>

artificial cuyo objetivo principal es la generación de capacidades, entre otras, para la adopción y aprovechamiento ético y sostenible de sistemas de IA, proponiendo una hoja de ruta con seis objetivos específicos y líneas estratégicas para su implementación.

Particular atención merecen los apartados 5.3.1 y 5.3.5, en los que se establecen fundamentos que refuerzan la hipótesis que guía esta investigación: *“Los modelos algorítmicos utilizados en seguros pueden reproducir sesgos estructurales y algorítmicos si no se regulan adecuadamente; sin embargo, la adopción de principios éticos contenidos en la CONPES 4144 puede constituir una vía efectiva para garantizar equidad, transparencia y rendición de cuentas en su implementación.”*

El apartado 5.3.1 denominado “Fortalecer los mecanismos de gobernanza y aplicar principios éticos relacionados con los sistemas de IA, para asegurar un desarrollo y uso responsable” establece que el país, a través de diversas entidades públicas, debe consolidar un marco de gobernanza para los sistemas de inteligencia artificial, el cual incorpore principios éticos en todo el ciclo de vida de estos sistemas. Este marco debe considerar, entre otros pilares, el monitoreo de su impacto ético, la protección de derechos fundamentales y su alineación con la visión estratégica nacional y con las mejores prácticas internacionales. Todo ello con el propósito de garantizar que las decisiones automatizadas sean comprensibles, trazables y justificables.

Este enfoque reviste especial importancia en el sector asegurador, en el que los algoritmos inciden en decisiones críticas como la aprobación de pólizas, la tarificación individualizada o la gestión de reclamaciones. Si estos sistemas carecen de transparencia o explicabilidad, pueden dar lugar a discriminaciones arbitrarias que afecten la confianza del consumidor y vulneren principios esenciales del derecho de seguros. En este sentido, la adopción de un enfoque ético no solo favorece la protección de los asegurados, sino que permite avanzar hacia una inteligencia artificial aplicada a seguros que sea justa, auditable y socialmente responsable.

Por su parte, el apartado 5.3.5 aborda de forma directa la necesidad de establecer mecanismos de identificación, prevención y mitigación de riesgos y efectos no deseados asociados al uso de sistemas de inteligencia artificial. En particular, se advierte sobre los sesgos algorítmicos, errores sistémicos y consecuencias no anticipadas que podrían vulnerar derechos fundamentales. Para enfrentarlos, la política plantea líneas de acción como: concientizar a la ciudadanía sobre los riesgos de la información falsa derivada de estos sistemas; diseñar y socializar lineamientos para su uso seguro y responsable; e implementar actividades específicas para prevenir y mitigar riesgos que afecten especialmente a poblaciones históricamente excluidas.

En el ámbito asegurador, donde los algoritmos se nutren de grandes volúmenes de datos históricos, los cuales pueden estar sesgados por desigualdades estructurales, estas medidas son esenciales para evitar la reproducción automática de prácticas discriminatorias. El hecho de que el CONPES contemple este tipo de herramientas regulatorias demuestra una incipiente madurez institucional en Colombia, que sienta las bases para un ecosistema de IA más equitativo, responsable y orientado a la protección de derechos en sectores sensibles como el asegurador.

5. CONCLUSIONES

La inteligencia artificial se presenta como una herramienta con gran potencial transformador dentro del ecosistema asegurador colombiano, capaz de optimizar procesos, reducir costos y personalizar productos. Sin embargo, su implementación sin criterios éticos, ni mecanismos de control puede amplificar desigualdades preexistentes y generar decisiones discriminatorias automatizadas.

El análisis de la trayectoria normativa que condujo a la formulación de la CONPES 4144 de 2025 demuestra que Colombia ha avanzado hacia un enfoque más maduro y transversal del desarrollo e implementación de sistemas de inteligencia artificial. Este documento, al consolidar principios éticos, lineamientos de gobernanza y estrategias de mitigación de riesgos, tales como la transparencia, explicabilidad, rendición de cuentas y la evaluación de impactos algorítmicos, representa una oportunidad real para encauzar el uso de estas tecnologías hacia un modelo justo y confiable.

En ese sentido, se valida la hipótesis de que la adopción de los principios éticos contenidos en la CONPES 4144 puede constituir una vía efectiva para garantizar equidad, transparencia y rendición de cuentas en la implementación de sistemas algorítmicos aplicados al seguro. De ahí que el reto actual no sea únicamente técnico o regulatorio, sino profundamente ético: construir una inteligencia artificial centrada en los usuarios, y la sociedad en general, que fortalezca el acceso a servicios financieros y proteja derechos fundamentales en el entorno digital.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BERTSIMAS, D., & ORFANOUDAKI, A. (2021). Algorithmic Insurance. *Cornell University arXiv*, 2106.00839, 1-32.
- CAF–Banco de Desarrollo de América Latina. (2021). *Experiencia: Datos e Inteligencia Artificial en el sector público*, CAF.
- CAF–Banco de Desarrollo de América Latina. (2021, 15 de septiembre). Inteligencia artificial para modernizar los Estados de América Latina. Recuperado el 9 de abril de 2025, de <https://www.caf.com/es/actualidad/noticias/inteligencia-artificial-para-modernizar-los-estados-de-america-latina/>
- Guio Español, A., & Sylvan, E. (2023, 17 de mayo). IA: ¿Qué deben hacer los gobiernos de América Latina?. Recuperado el 9 de abril de 2025, de <https://www.caf.com/es/blog/inteligencia-artificial-que-deben-hacer-los-gobiernos-de-america-latina/>
- Departamento Nacional de Planeación (2018). CONPES 3920: Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial. Recuperado el 9 de abril de 2025, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3920.pdf>
- Departamento Nacional de Planeación (2019). CONPES 3975: Política Nacional para la Inteligencia Artificial. Recuperado el 9 de abril de 2025, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3975.pdf>

- Departamento Nacional de Planeación (2025). CONPES 4144: Política Nacional para la Ética, Gobernanza y Regulación de la Inteligencia Artificial. Recuperado el 10 de abril de 2025, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4144.pdf>
- DIALZARA. (2024). AI Regulation in Latin America: Strategies, Policies and Compliance. Recuperado el 7 de abril de 2025, de <https://dialzara.com/blog/ai-regulation-in-latin-america-strategies-policies-compliance>
- FURMAN, J. & SEAMANS, R. (2019). AI and the economy. *Innovation Policy and the Economy* 19, 161–191.
- GUILLÉN, M., NIELSEN, J. P., AYUSO, M. & PEREZ-MARIN, A. M. (2019). The use of telematics devices to improve automobile insurance rates. *Risk Analysis*, 39(3), 662- 672.
- IBM. (s.f.). ¿Qué es la IA en los seguros?. Recuperado el 7 de abril de 2025, de <https://www.ibm.com/es-es/think/topics/ai-in-insurance>
- ITURMENDI, José M. (2023). La discriminación algorítmica y su impacto en la dignidad de la persona y los derechos humanos. Especial referencia a los inmigrantes. *Revista Deusto de Derechos Humanos* , 12, 257-284.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2022). Marco Ético para la Inteligencia Artificial en Colombia. Recuperado el 10 de abril de 2025, de <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/MicroSitios/Inteligencia-Artificial/Contenido/Normativa-y-Politicas/212475:Marco-Etico-para-la-Inteligencia-Artificial-en-Colombia>
- MOREWEDGE, C. K. (2024). Can the Bias in Algorithms Help Us See Our Own?. Boston University Insights. Recuperado el 9 de abril de 2025, de <https://insights.bu.edu/can-the-bias-in-algorithms-help-us-see-our-own/>
- MUÑOZ PAREDES, M. L. (2020, 27 de julio). Algoritmos y seguro: la fijación de la prima atendiendo a factores ajenos al riesgo. Almacén de Derecho. . Recuperado el 12 de abril de 2025, de <https://almacendederecho.org/algoritmos-y-seguro-la-fijacion-de-la-prima-atendiendo-a-factores-ajenos-al-riesgo>
- National Association of Insurance Commissioners (2023). Telematics. Recuperado el 8 de abril de 2025, de <https://content.naic.org/insurance-topics/telematics>
- NICOLETTI, B. (2020). *Insurance 4.0: Benefits and Challenges of Digital Transformation*. Palgrave Macmillan.
- PriceWaterhouseCoopers. (2017). Sizing the prize: What’s the real value of AI for your business and how can you capitalise? Recuperado el 13 de abril de 2025, de <https://www.pwc.com/gx/en/issues/analytics/assets/pwc-ai-analysis-sizing-the-prize-report.pdf>
- UNESCO. (2024, 16 de agosto). Paving the Way: UNESCO informs AI regulation in Latin America. Recuperado el 11 de abril de 2025, de <https://www.unesco.org/en/articles/paving-way-unesco-informs-ai-regulation-latin-america>
- Unión Europea. (2024). *Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de marzo de 2024 por el que se establecen normas armonizadas sobre inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión*. Diario Oficial de la Unión Europea. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689>

**EL DERECHO PENAL COMO RESPUESTA
A LOS FRAUDES EN EL SECTOR ASEGURADOR
COLOMBIANO***

**CRIMINAL LAW AS A RESPONSE
TO FRAUD IN THE COLOMBIAN INSURANCE SECTOR**

JAIRO RINCÓN ACHURY**
DANIEL FELIPE SALINAS BUITRAGO***

Fecha de recepción: 16 de abril de 2025

Fecha de aceptación: 02 de mayo de 2025

Disponible en línea: 30 de junio de 2025

Para citar este artículo/To cite this article

RINCÓN ACHURY, Jairo & SALINAS BUITRAGO, Daniel Felipe. *El derecho penal como respuesta a los fraudes en el sector asegurador colombiano*, 62 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 139-162 (2025). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris62.dprf>

doi:10.11144/Javeriana.ris62.dprf

* Artículo de reflexión.

** Abogado especializado en derecho de seguros, en derecho penal, magister en ciencias penales y criminológicas, especialista en derecho médico, asesor de compañías de seguros a través de la firma RINCON ACHURY ABOGADOS SAS, por 33 años

*** Abogado litigante, con especialización en Derecho Penal de la Universidad del Rosario. Consultor y litigante en el área de derecho penal, con experiencia en procesos del sistema oral acusatorio.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como fin hacer un estudio acerca de los fraudes a las compañías de seguros, como los mismos representan un riesgo para sus finanzas, y por su puesto para la estabilidad del sector asegurador. Las modalidades utilizadas para la realización de estos delitos pueden ser diversas, desde la simulación de siniestros hasta la falsificación de documentos. Sin importar la conducta elegida, esta clase de comportamientos requieren de respuestas efectivas.

La constante evolución tecnológica ha creado herramientas a las cuales las compañías de seguros pueden recurrir de cara a detectar posibles conductas fraudulentas, pero las mismas son insuficientes cuando de investigar y sancionar se trata. Países en Europa han iniciado la implementación de plataformas que permitan el intercambio de información entre entidades publico privadas.

El derecho penal surge como respuesta para perseguir este fenómeno, evidentemente, con una finalidad específica, enviar un mensaje represor en la sociedad y al interior de las compañías con el propósito de disminuir gradualmente esta clase de conductas que ponen en peligro las finanzas y la reputación del sector asegurador.

Es importante resaltar la necesidad de perseguir esta clase de conductas, pero se requiere de un compromiso serio por parte de las compañías de seguros, pues su participación es indispensable para enfrentar estos delitos.

Palabras clave: Compañías de seguro, Derecho Penal, fraudes, prevención.

ABSTRACT

The purpose of this work is to study fraud against insurance companies, as such fraud poses a risk to their finances and, of course, to the stability of the insurance sector. The methods used to commit these crimes can vary, ranging from the simulation of claims to document forgery. Nevertheless, of the chosen conduct, these behaviors require effective responses.

The constant technological evolution has created tools that insurance companies can use to detect potentially fraudulent conduct. However, these tools are insufficient when it comes to investigation and prosecution. Some European countries have begun implementing platforms that allow for the exchange of information between public and private entities.

Criminal law emerges as a response to combat this phenomenon, with a specific purpose: to send a deterrent message to society and within companies, with the goal of gradually reducing these behaviors that endanger the finances and reputation of the insurance sector.

It is important to emphasize the need to prosecute such conduct, but it also requires a serious commitment from insurance companies, as their participation is essential to confronting these crimes.

Keywords: Criminal law, Frauds, Insurance companies, Prevention.

SUMARIO:

1. Introducción. – 2. Panorama general del fraude a compañía de seguros. – 3. Retos a los que se enfrentan las compañías de seguros respecto al fraude. – 4. Herramientas actuales para la detección, prevención y lucha contra el fraude a las compañías de seguros. – 5. Factores que permiten el fraude. – 6. El derecho penal frente al fraude en seguros. – 7. Propuestas para mejorar la respuesta penal y preventiva al fraude asegurador. – 8. Conclusiones. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Los fraudes a las compañías de seguros representan un factor relevante desde un punto de vista económico y reputacional. Generan un impacto financiero que pone en peligro al sector y afecta la credibilidad de los clientes en los productos que se ofrecen.

La criminalidad tiene distintas modalidades que van desde inventar hechos para hacerlos ver como riesgos que puedan ser asumidos por el asegurador, falsificar documentos, utilizar la interpretación judicial a su favor basados en la falta de información o información incompleta frente a las condiciones de los contratos, basarse solamente en las versiones dadas en forma directa al asegurador o presentadas a través de una denuncia, sin pruebas adicionales, buscando en el operador judicial la interpretación errada de no tener que demostrar la ocurrencia del siniestro, sino dejar en carga del asegurador el demostrar los hechos en los que basa su objeción, cuando en sendas ocasiones es casi imposible para el asegurador contradecir el mero dicho del asegurado contenido en una denuncia, aunado al riesgo de los fraudes internos, lo que representa un reto no solamente para las compañías, sino para el ordenamiento jurídico para afrontar y combatir estas conductas que a todas luces son punibles.

El desarrollo tecnológico genera nuevas modalidades en la comisión de fraudes, pero también les da a las compañías de seguros nuevas herramientas para detectarlas y combatirlas, lo que genera la necesidad de mantenerse a la vanguardia en estos aspectos. El constante desarrollo de la Inteligencia Artificial –IA–; el análisis de datos y sistemas de gestión de riesgos al interior de las compañías con herramientas a las cuales se pueden recurrir, pero no son las únicas (RODRÍGUEZ, 2024). Si bien la tecnología es una herramienta, no se pueden dejar de lado el factor humano y las acciones que se pueden realizar para combatir la criminalidad.

El Derecho Penal, como última ratio, toma un papel fundamental en la lucha contra el fraude al sector asegurador. Lo que se pretende es perseguir y reprimir estas conductas con la finalidad de disminuir los casos de fraude, sin dejar de lado la sanción a los autores de las conductas punibles. El presente estudio se propone examinar el fenómeno del fraude en el ámbito asegurador desde una perspectiva jurídico-penal, analizando su tipificación, las herramientas disponibles para su detección y sanción, y las limitaciones que enfrenta el sistema penal en la lucha contra este tipo de criminalidad, pero, sobre todo, proponer una alternativa real para combatir este fenómeno en el corto plazo, que sin lugar a duda favorecerá al mercado asegurador.

2. PANORAMA GENERAL DEL FRAUDE A COMPAÑÍA DE SEGUROS

2.1. Concepto básico y clasificación.

En términos prácticos el fraude a las compañías de seguros podría definirse como aquella conducta consciente, voluntaria, premeditada y con la exclusiva finalidad de obtener un provecho para el que la realiza o un tercero, provecho que finalmente es cuantificable en dinero, razón por la cual representa un beneficio económico (Díaz, 2009, pp. 26-31).

Por lo general, los mecanismos a los que recurren quienes comenten esta clase de conductas son simulaciones, tergiversación y falsificación de los hechos o documentos ante las compañías de seguros, haciendo ver que ha ocurrido un riesgo asumido por el asegurador. Es de precisar que estas conductas pueden ser realizadas por el asegurado, el tomador, los beneficiarios, terceros involucrados, intermediarios o incluso personal interno de la aseguradora.

Los fraudes a las compañías de seguros se pueden clasificar así:

Fraude duro: Aquel que consiste en la creación de un evento inexistente, como por ejemplo cuando se autoprovoxa un incendio, un hurto o se simula un accidente.

Fraude blando: Consiste en la modificación, alteración o exageración de un evento real con la exclusiva finalidad de aumentar la indemnización.

Fraude interno: En este fraude se requiere de un agente especial que va a ser un empleado o intermediario de la compañía de seguros que se encarga de manipular los procesos o el desvío de fondos.

Fraude organizado: Cometido por estructuras o redes criminales organizadas que operan de manera constante y sistemática en la defraudación a seguros con mecanismos profesionales con la finalidad de ir perfeccionando cada vez más su operación, facilitando su labor y dificultando la prevención e identificación de los fraudes.

2.2. Estadísticas

A nivel nacional, en Colombia el fraude a las compañías de seguros sin lugar a duda es un comportamiento que va en aumento.

En nuestro país, durante el año 2024 se registraron alrededor de 1.883.967 noticias criminales, lo que representa una tasa aproximada de 3.575 denuncias por cada 100.000 habitantes, según registros de la Corporación Excelencia en la Justicia. Si bien es cierto, no todas las noticias criminales tienen que ver con fraude a compañías de seguros, si se debe tener en cuenta que un gran porcentaje hace referencia a delitos que atentan contra el bien jurídico del patrimonio y el orden socioeconómico o aquel que protege la fe pública, delitos dentro de los cuales se encuentran aquellos que se utilizan con la intención de defraudar a las compañías de seguros.

Por otro lado, la Federación de Aseguradores Colombianos (Ayala, 2023) ha dicho que el sector asegurador más afectado por esta clase de conductas es el de automóviles, seguido por el SOAT y la salud, donde las modalidades más frecuentes son la simulación de accidentes o lesiones inexistentes.

En cuanto a cifras se refiere, se calcula que alrededor del 12% de las reclamaciones que se tuvieron que pagar tenían una fuente fraudulenta (Ayala, 2023), lo que es preocupante y alarmante para la economía de las compañías de seguros. En el continente europeo se ha empezado a combatir estas conductas delictuales por esta razón la organización Insurance Europe ha desarrollado la plataforma “Insurance Crime Platform”, con la finalidad de cruzar información entre las compañías de seguros que les permita detectar y prevenir los fraudes a nivel continental (Insurance Europe, s.f.).

Naturalmente, estas cifras preocupan al sector asegurador, y deben ser la motivación para hacerle frente a estas conductas que impactan no solo en la economía de su negocio, sino también, y quizás más importante, en prestigio y confianza de las compañías de seguros en el mercado.

Lo anterior, pues en la medida en que un sector utiliza mayores herramientas para hacer más efectivo y seguro su negocio, genera una mayor confianza en el cliente final. Por el contrario, las compañías que son frágiles y complacientes con estas conductas, lo único que genera más allá de pérdidas, es un escepticismo en la actividad que realiza.

3. RETOS A LOS QUE SE ENFRENTAN LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS RESPECTO AL FRAUDE

No se puede desconocer el papel que juegan las compañías de seguros en el sistema económico y financiero. A partir de ese rol que desempeñan, es que se les exigen mecanismos robustos y eficaces que fortalezcan la posición que ostentan, con el objetivo de no verse afectados económicamente de cara a las acciones fraudulentas de las que son víctimas.

El mundo en general está en una constante evolución y los fraudes no son la excepción, pues cada vez son más sofisticados sus métodos, lo que dificulta su detección, lo que obliga a las compañías a utilizar, desarrollar e implementar mecanismos que atajen estas conductas (OCDE, 2024).

Se mencionó anteriormente, qué organizaciones han implementado plataformas que facilitan el intercambio de información, pero dentro de los retos actuales está la necesidad de implementar tecnologías más actuales como lo pudiera llegar a ser la Inteligencia Artificial –IA–, el aprendizaje automático y la minería de datos, que deben ser parte de los procesos internos de las compañías en la evaluación de riesgos, así como en el análisis de reclamaciones y detección de patrones que se consideren sospechosos.

Actualmente, compañías aseguradoras en nuestro país han iniciado en la implementación de planes que van encaminados a la priorización en la

implementación de la Inteligencia Artificial –IA– con la finalidad de ser utilizada por equipos multidisciplinarios¹.

Estas son herramientas que pueden implementarse en la detección temprana de conductas sospechosas, pero, se repite, no puede dejarse de lado el factor humano en la implementación de estrategias y herramientas jurídicas que permitan prevenir, reaccionar y perseguir el fraude.

Es importante indicar que las conductas fraudulentas no son exclusivas de países como el nuestro con altas tasas de criminalidad, pues como se ha visto en sistemas más robustos y con niveles bajos de delincuencia como lo pueden ser en Estados miembros de la Unión Europea, estos no son ajenos a conductas como las que hemos venido mencionando. A partir de esta necesidad es que la Federación Europea de Seguros y Reaseguros -Insurance Europe- (Insurance Europe, s.f.) ha implementado la plataforma de cooperación transfronteriza de información entre las distintas compañías.

En consecuencia, el reto no solo consiste en detectar y sancionar, sino también en prevenir de forma estratégica, colaborativa e interinstitucional, incorporando buenas prácticas nacionales e internacionales, fortaleciendo los vínculos entre el sector asegurador, los organismos de control y el sistema de justicia penal mediante herramientas actuales y eficientes que permitan hacerle frente a estas conductas y optimizando el negocio asegurador.

4. HERRAMIENTAS ACTUALES PARA LA DETECCIÓN, PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA EL FRAUDE A LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS.

La contienda en contra del fraude existente en el sector asegurador constituye la necesidad del desarrollo e implementación de un conjunto de herramientas y estrategias encaminadas a la detención temprana y prevenir estas conductas. Estas herramientas incluyen desde soluciones tecnológicas como lo puede llegar a ser la inteligencia artificial, hasta mecanismos de cooperación interinstitucional público-privadas, pasando por instrumentos normativos y el fortalecimiento en la formación.

Por otro lado, se quiere aprovechar el presente estudio para proponer la utilización de herramientas y estrategias ya existentes dentro del ordenamiento jurídico, especialmente en el campo penal, que como última consecuencia busca una sanción y el enviar un mensaje a la sociedad a fin de reprimir estas conductas corrosivas.

¹ RODRÍGUEZ ESPARZA, Camilo Andrés (2024). *Propuesta de un modelo de gestión para la innovación impulsada por Inteligencia Artificial en Seguros SURA Colombia*, integrado al modelo innovación existente, p. 84.

4.1. Herramientas tecnológicas.

El momento histórico en el que nos encontramos le ha permitido al hombre tener grandes avances tecnológicos y con ello tener a nuestra disposición herramientas que nos ayudan en el diario vivir; las compañías de seguros no pueden ser ajenas a estas herramientas que facilitan la detección de reclamaciones fraudulentas. La Inteligencia Artificial –IA– es una de aquellas herramientas a las cuales el sector asegurador ha recurrido que permite sistematizar procesos en el análisis de siniestros y detección de conductas que se podrían considerar como anormales y que pueden llegar a constituirse como fraude.

Como es sabido, la Inteligencia Artificial –IA– aumenta su capacidad a partir de la información que va recolectando día a día lo que produce una constante evolución en sus sistemas de detección de fraudes, pero, aun así, se queda corto respecto a ese factor sancionatorio y la intención de prevenir actos fraudulentos, en la medida que, su función es hallar el fraude y afinando sus sistemas, pero no más allá.

El análisis de grandes sistemas de almacenamiento o big data es otra de las herramientas a las que se ha recurrido por parte de las compañías de seguros en la lucha contra las actividades fraudulentas. Procesamientos a gran escala de información, así como datos de comportamiento, historial crediticio, registros de siniestros etc... son algunos de los datos de información que componen la big data y a los que recurren las aseguradoras para construir perfiles de riesgo casi en tiempo real, pero nuevamente con una función de prevención (IAIS, 2011).

Estas herramientas tecnológicas representan una gran ayuda, pero en igual sentido requieren de grandes esfuerzos a nivel económico, recursos humanos y por su puesto de infraestructura a las cuales deberán recurrir las compañías de seguros (OCDE, 2024).

4.2. Plataformas de cooperación y redes de información.

Se ha mencionado reiteradamente la importancia de la colaboración y cooperación en el intercambio de información entre los distintos intervinientes en el sector asegurador con la exclusiva finalidad de robustecer las bases de datos y que las compañías de seguros tengan acceso a información recopilada por otros actores que les permitan compartir buenas prácticas, alertas de fraude, y coordinar esfuerzos conjuntos frente a amenazas comunes.

A pesar de que en nuestro país no se ha implementado una plataforma como Insurance Crime Platform de Insurance Europe, actualmente existen sistemas de cooperación a nivel público y privado, mediante la creación de áreas especializadas al interior de cada compañía encargada de detección de fraudes que en ocasiones trabajan de manera articulada con entidades públicas como lo pueden ser la Fiscalía General de la Nación, el Instituto Nacional de investigación y prevención de fraudes (INIF) o las Superintendencias con el objetivo de promover la investigación de estas conductas (Insurance Europe, s.f.).

No obstante lo anterior, la articulación directa entre las compañías de seguro y las entidades públicas no siempre funcionan de la manera en que se espera, debido al poco interés que en ocasiones se apodera de las compañías en combatir las conductas fraudulentas sumadas a la sobrecarga en la administración de justicia son factores que impiden esa adecuada cooperación.

4.3. Programas de cumplimiento y prevención.

Nuevas tendencias internacionales a las cuales no se escapa nuestro país, han hecho que cada vez más se fortalezcan al interior de las compañías los programas de cumplimiento –compliance– y ética empresarial, mediante la implementación de códigos de conducta y líneas de reporte interno –whistleblowing–. De igual manera, cada vez más se busca capacitar periódicamente al personal ² en estos aspectos, con la finalidad que se mantengan a la vanguardia y en sintonía con las tendencias internacionales en estos aspectos (FRANCO; CÁCERES; SAAVEDRA, 2024. Pág 35).

El objetivo de estos programas básicamente va encaminado a reducir aquellos eventos de fraude interno y la asociación entre empleados de las compañías y estructuras criminales dedicadas a esta clase de delitos. Por otro lado, el fortalecer las buenas prácticas de gobierno corporativo.

De igual manera, con estas herramientas se puede mejorar la educación en los beneficiarios de los contratos de seguro, al existir una conciencia de legalidad y disminuyendo la posibilidad de configuración del fraude blando que normalmente se produce a partir de una errónea concepción de inequidad, impunidad o “compensación” frente al sistema.

5. FACTORES QUE PERMITEN EL FRAUDE.

Actualmente, podríamos decir que la comisión de fraudes en contra de las compañías de seguros no responde únicamente a conductas individuales de algunos asegurados. Existen factores que promueven la realización de estas acciones delictuales de carácter interno como externo, lo que dificulta en la detección del fraude a tiempo y merma la eficacia de los sistemas correctivos.

Lastimosamente, pareciera ser que el fraude -sin importar el sector– es inherente a la condición humana de algunos sujetos, inspirados por la necesidad de sacar provecho sin esfuerzo alguno³ sumado a factores económicos sociales que ponen en estado de necesidad a las personas de cometer conductas penalmente reprochables.

² FRANCO CORTÁZAR, Cristina Elizabeth; CÁCERES VILLACÍS, Francisco Anthony; SAAVEDRA ORDÓÑEZ, Jeimmy Lissette. (2024). *El compliance como medio de prevención de los delitos contra la corrupción*. Revista Científica de Educación Superior y Gobernanza Interuniversitaria Aula 24. Vol. 5, Núm. 8 (ene-may 2024), 35

³ DÍAZ BRAVO, Arturo. (2009). *El Fraude y su Incidencia en el Contrato de Seguro*. Bogotá.: Grupo Editorial Ibáñez. Pontificia Universidad Javeriana, p. 24

Por esta razón se requiere de un papel más activo por parte de las compañías de seguros en contra del fraude que permita diluir precisamente estos factores que fomentan la comisión de estas conductas.

5.1. Complicidad

Dentro de los factores que encontramos está la complicidad por parte de terceros que no son parte del contrato de seguro. Nos referimos concretamente a abogados -utilizados por los criminales o a sabiendas de no ser verdad los hechos en los que basan sus pretensiones, se aprovechan de sus conocimientos en seguros, la interpretación a favor de los consumidores financieros, la imposibilidad del asegurador de demostrar el fraude, y la interpretación judicial frente a los deberes de información sobre las exclusiones del contrato de seguro, médicos, peritos, talleres de reparación y agentes de seguros cuyas acciones pueden influir directamente en la comisión de fraudes, en la medida que, en ocasiones toman papeles de facilitadores o inclusive de coautores.

El temor a denunciar a criminales que actúan individualmente o asociados para el crimen, la lentitud de las investigaciones versus los fallos en la justicia ordinaria o en las acciones de protección al consumidor donde incluso más allá de los elementos típicos del delito, la decisión se basa en lo que se indica en la denuncia versus la constancia de seguirse la investigación por un tipo así a leguas sea claro que el delito es otro, afectan la lucha contra los fraudes.

El hecho de que el fraude cuente con asistencia técnica y profesional ocasiona que cuente con una apariencia o disfraz de legalidad, cuando en realidad no lo es, lo que como ya se dijo dificulta su identificación aun mediante mecanismos tecnológicos como lo pueden ser la Inteligencia Artificial –IA– o la big data, según fuentes como aseguradoras como MAPFRE⁴.

En algunas oportunidades, estos terceros no obran de manera aislada, por el contrario, hacen parte de estructuras criminales organizadas (Vásquez, 2024. pág 21) y profesionales que cada vez más frecuentemente actúan de manera profesional y sistemática, reafirmando la necesidad de una intervención más activa desde el campo penal. Es recurrente que los mismos abogados o firmas presenten demandas haciendo común en sus argumentaciones la falta de información, la falta de entrega de condiciones de la póliza, los hechos narrados en una denuncia, circunstancias que deben difundirse en foros a efectos de obtener de los falladores un estudio más profundo de este actuar, en algunas ocasiones, sospechoso.

5.2. Deficiencias en los controles internos

El factor humano también tiene cabida en la comisión de fraudes, concretamente en las grietas que pueden existir en los sistemas de control y supervisión al interior de

⁴ MAPFRE, Informe: Explorando el mañana El rol de las aseguradoras en una sociedad marcada por la IA Generativa.

las compañías de seguros. Procesos obsoletos, inexistencia de auditorías internas eficaces, baja inversión en infraestructura tecnológica, así como la falta de conciencia en la voluntad de combatir el fraude son algunos de los factores humanos que influyen en la proliferación del fraude. Así mismo, las altas cargas laborales sumadas a las exigencias de cumplir con metas, hacen que en ocasiones se apruebe el pago de reclamos sin ahondar en indicios de fraude.

Si bien es cierto que se mencionaron los programas de cumplimiento –compliance– como un mecanismo cada vez más frecuente al interior de las compañías, no es menos cierto que aún existe un largo camino por recorrer, debiendo fomentarse la creación o fortalecimiento de canales seguros y confiables para interponer denuncias internas y promover la cultura de la legalidad, acentuando la conciencia de anormalidad frente al fraude a fin de incentivar la cero tolerancia de estas conductas en los empleados de las aseguradoras. (FRANCO; CÁCERES; SAAVEDRA, 2024).

Por otro lado, se debe tener en cuenta que en la cadena de comercialización de seguros se encuentran los intermediarios, para quienes su trabajo y su éxito comercial depende del volumen de ventas, que los hace más propicios a favorecer los intereses de sus clientes –tomadores–, en ocasiones siendo cómplices de fraudes (MUÑOZ, 2000, 261-262). Por lo tanto, se requiere que las aseguradoras realicen seguimientos constantes a su actividad.

5.3. Cultura de tolerancia social al fraude

Lo que se denomina fraude blando tiene como objetivo exagerar daños reales o incluir pérdidas inexistentes en reclamaciones legítimas (GARRO, 2024) por parte de los asegurados o beneficiarios en algunas oportunidades con ayuda de terceros.

Se acaba de mencionar líneas arriba respecto a la lucha contra la tolerancia al interior de las compañías frente a los fraudes. A nivel social, este actuar en ocasiones se percibe como una conducta irrelevante que no representa un peligro para la comunidad, pues es justificada por algunos como el derecho a una adecuada indemnización, la compensación al pago que se ha realizado por las primas o en otras ocasiones como una reinversión.

Autores como Arturo Díaz Bravo, consideran que además del factor de aceptación al interior de las compañías, también se puede configurar un “escenario fraudulento”⁵ en los eventos cuando las mismas aseguradoras incluyen en los contratos requisitos y trámites que van a ser difíciles de cumplir por parte de los asegurados. (DÍAZ, 2009, p. 31)

A pesar de que se puedan considerar rubros menores y que no generan un riesgo operativo para las compañías aseguradoras, lo cierto es que, normalizar estas conductas

⁵ DÍAZ BRAVO, Arturo. (2009). *El Fraude y su Incidencia en el Contrato de Seguro*. Bogotá.: Grupo Editorial Ibáñez. Pontificia Universidad Javeriana, p. 31

implica promover una cultura permisiva, distorsionando la legalidad y fomentando cada vez más estas prácticas.

Sumado a lo anterior, la tolerancia se agrava cuando no se denuncian penalmente los fraudes de los que son víctimas y no poner sus esfuerzos para que las autoridades prioricen la investigación de estas clases de delitos, generando así una percepción de impunidad, lo cual contribuye a la deslegitimación del sistema asegurador y a la pérdida de confianza por parte de los asegurados responsables y la sociedad en general.

6. EL DERECHO PENAL FRENTE AL FRAUDE EN SEGUROS

Se ha venido abordando el fraude como una conducta que tiene un gran impacto no solo a nivel económico al interior de las compañías de seguros, sino también en la sociedad por el impacto que puede llegar a generar en ella. En este sentido, el Derecho Penal puede ser la respuesta a una conducta a la cual no se le ha dado la importancia que merece, toda vez que, aquel que la realiza con el objetivo de alcanzar un beneficio económico para sí o para un tercero, está actuando contrario a la ley penal pudiendo incurrir en un catálogo de tipos penales según la modalidad que decida para llevar a cabo su acción.

Consideramos que el Derecho Penal puede representar una solución a los fraudes en el sector asegurador por dos razones elementales: en primer lugar un elemento sancionador para aquel que incurra en estas conductas y en segundo lugar, genera un efecto disuasorio lo que se traduce en nuestro Código Penal como “prevención general”, es decir, enviar un mensaje a la sociedad mediante el que se logre la concientización de lo incorrecto que es el cometer esta clase de conductas y lograr así que la sociedad cada día más se abstenga de realizar estas conductas (FEJOO, 2006, p. 112; GONZÁLEZ 2019, pp. 8-10).

Sin lugar a duda, lo que se propone es un reto al que se deben sumar las compañías de seguros, siendo al final las más beneficiadas con esta propuesta de tomar medidas eficaces a través del Derecho Penal en contra del fraude asegurador en las distintas modalidades. Es cierto que estas acciones no son nuevas, pero no es menos cierto que no se utilizan por todo el sector, pues generalmente no representan una reparación económica del daño, y no se entienden o comparten los efectos de prevención general y especial a efectos de lograr, no una devolución de las sumas pagadas, sino buscar el que ese delincuente no vuelva a actuar en el sector y que la sociedad sepa que el sector no deja de informar la comisión de estos hechos punibles, pues en muy pocas ocasiones se obtiene el pago de una suma de dinero –hay compañías incluso que se rehúsan a la terminación de los procesos por reparación, sino que buscan una decisión penal de fondo– y deben pagarse gastos de abogados, que en última es una inversión pues es la respuesta a este flagelo.

Es importante aclarar que el Derecho Penal es el último recurso –ultima ratio– al que se debe recurrir en una sociedad para proteger los bienes jurídicos tutelados,

pero dadas las circunstancias y las tasas en aumento de fraudes, se debe contemplar seriamente esta opción.

6.1. Tipos penales en fraudes a compañías de seguros

En nuestro ordenamiento jurídico, actualmente no se cuenta con un tipo penal autónomo que tipifique aquellas conductas fraudulentas en contra de las compañías de seguros. No obstante lo anterior, gracias a la riqueza normativa de nuestro Código Penal, contamos con un catálogo amplio de tipos penales en los cuales se puede encuadrar típicamente aquellas conductas que despliegan quienes pretenden beneficiarse ilegalmente de un contrato de seguros. A continuación se mencionan los tipos penales más comunes que se configuran:

- **Estafa:** este delito se encuentra consagrado en el Código Penal así:

ARTÍCULO 246. Estafa. El que obtenga provecho ilícito para si o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para si o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.

La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ampliamente, se ha estudiado por parte de la Corte Suprema de Justicia este tipo penal dentro del cual se destaca el radicado 57851 de 2024 donde se dijo respecto a este comportamiento que se configura cuando: a) despliegue de un artificio o engaño dirigido a suscitar error en la víctima o a mantenerla en el equívoco; b) error o juicio falso de quien sufre el engaño, determinado por el ardid; c) obtención, por ese medio, de un provecho ilícito; d) perjuicio correlativo de otro; y, e) sucesión causal entre el artificio o engaño y el error, y entre éste y el provecho injusto que refluye en daño patrimonial ajeno.⁶

Naturalmente, este delito podría subsumir un gran porcentaje de las conductas que a menudo se cometen cuando se defraudan a las compañías de seguro, precisamente por la riqueza descriptiva en los elementos normativos del presente tipo penal.

Pero este delito, podría quedarse corto respecto a las conductas donde no haya un elemento económico o patrimonial, pues se recuerda que para poderse tipificar una conducta tienen que estar presentes todos y cada uno de los elementos normativos del tipo, por lo tanto, es posible que con una misma conducta se ejecuten dos o más tipos penales.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia Rad. 57851 del 29 de mayo de 2024. MP. Diego Eugenio Corredor Beltrán, p. 121.

- **Fraude procesal:** Comúnmente llamada la estafa jurídica, la Ley 599 de 2000 la tipifica como:

ARTÍCULO 453. Fraude procesal. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

Por su parte, en extenso desarrollo jurisprudencial de casi cuatro décadas se ha dicho que este delito en particular atenta contra el bien jurídico tutelado de la eficaz y recta impartición de justicia, en la medida que se inmiscuye en la capacidad y si se quiere en el derecho que tienen los servidores públicos de reflexionar, discernir y decidir alejados de cualquier elemento que pueda nublar su criterio respecto de los hechos que se le presentan⁷.

Entonces, si frente al servidor público encargado de decidir respecto a una reclamación de un contrato de seguro, se le presentan hechos o elementos fraudulentos que no corresponden con la realidad, por supuesto que se está pretendiendo inducir en error al funcionario, pues de presentarse las circunstancias reales fallaría de manera diferente o contraria.

Si nos fijamos bien, a diferencia del anterior delito, el presente no tiene un componente económico, pues el provecho del que habla el tipo penal puede a veces representar un derecho que no es cuantificable necesariamente en dinero, pero tampoco es excluyente.

- **Falsedad en documento público o privado (287 y 289 C.P.):** Si bien es cierto son dos tipos penales autónomos, la diferencia esencial entre ambos radica en quien es el creador del documento, es decir, si es un particular el que lo elabora será privado y será falsedad en documento público si es elaborado por una autoridad o un servidor público. Cabe aclarar que la falsedad en un documento, ya sea público o privado, tiene dos modalidades, por un lado, puede ser material, y por otra ideológica⁸.

La falsedad en documento público, puede que quien la realice sea un servidor público, y en el documento plasme circunstancias contrarias a la realidad o la verdad, en este sentido estaremos hablando de una falsedad ideológica. Pongamos como ejemplo al perito de lo contencioso-administrativo, que incorpora en su dictamen hechos que no corresponden a la realidad en perjuicio de la compañía de seguros.

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia Rad. 58706 del 08 de marzo de 2023. MP. Diego Eugenio CORREDOR BELTRÁN.

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal, Sentencia Rad. 60248 del 01 de febrero de 2023. MP. Diego Eugenio CORREDOR BELTRÁN. Pág. 8: “en un escrito genuino [producido por un particular], se insertan declaraciones contrarias a la verdad, es decir, si el documento verdadero en su forma y origen (auténtico) contiene afirmaciones falsas sobre la existencia histórica de un acto, hecho o sus modalidades, bien porque se les hace aparecer como verdaderos no habiendo ocurrido o cuando, habiendo acontecido de determinada manera, son presentados de una diferente. (CSJ SP1677-2019, 8 may., rad. 49312, que cita: CSJ AP, 13 dic. 2017, rad. 45476 y CSJ SP, 25 abr. 2018, rad. 48589. Subrayas fuera de texto)”.

Actualmente, el uso de un documento falso en reclamaciones vehiculares⁹ podría implicar la nulidad del contrato de seguro. Es una sanción, si se quiere llamar de alguna manera, que opera no solamente en nuestro país, sino en países como Costa Rica (GARRO, 2024). Fíjese la importancia de perseguir esta clase de conductas que tienen efectos contractuales y penales.

Por el contrario, será material cuando se modifique la integralidad del documento, más allá del contenido. En el mismo ejemplo del dictamen emitido por el perito de lo contencioso-administrativo, su contenido es verídico, y lo que se hace es mutilar alguna de las páginas que conforman el dictamen, la falsedad ya no será ideología, sino material.

Lo mismo sucede con el documento privado, puede ser en modalidad ideológica o material, la diferencia radica en que el documento no fue creado por un servidor público.

En el contexto del contrato de seguro, la declaración falsa o reticente por parte del tomador¹⁰, es una evidente violación al principio de buena fe, la graduación de gravedad dependerá si fue accidental o intencional. El efecto de esa declaración reticente será la nulidad. (GARRO, 2024).

- **Concierto para delinquir:** Se ha evidenciado que frecuentemente los fraudes a compañías de seguros son cometidos por estructuras criminales organizadas que se dedican exclusivamente a la comisión de esta clase de delitos.

En ocasiones se requiere de la participación de varias personas para lograr su objetivo, creando así empresas criminales estructuras que se dedican única y exclusivamente a defraudar las compañías de seguro. Por lo tanto, es posible que en ocasiones se configure del delito del que habla el artículo 340 del Código Penal¹¹.

⁹ GARRO ZÚÑIGA, Neftalí (2024). *Retencia y falsedad en la declaración del riesgo*. Buena fe, patología contractual y evolución jurisprudencial en Costa Rica, 60 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, p. 77.

¹⁰ GARRO ZÚÑIGA, Neftalí (2024). *Retencia y falsedad en la declaración del riesgo*. Buena fe, patología contractual y evolución jurisprudencial en Costa Rica, 60 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, p. 72.

¹¹ CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. Artículo 340. Concierto Para Delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, tráfico de niñas, niños y adolescentes, trata de personas, del tráfico de migrantes, homicidio, terrorismo, tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, drogas tóxicas o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada, ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables, contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, y delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2.700) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabezen, constituyan o financien el concierto para delinquir o sean servidores públicos.

Cuando se trate de concierto para la comisión de delitos de contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, fraude aduanero, favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6.2. El delito de fraude a seguro en otros ordenamientos.

Hemos hablado acerca de los obstáculos que se presentan en Colombia por no contar un tipo penal autónomo que persiga y castigue aquellas conductas que van encaminadas al fraude que gira alrededor del contrato de seguro.

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con un catálogo rico en tipos penales que permitirían adecuar típicamente esta clase de conductas fraudulentas como se vio en el acápite inmediatamente anterior, no es menos cierto que, teniendo en consideración la naturaleza jurídica y las características propias de un contrato de seguro en sentido amplio, es necesario considerar la posibilidad de contar con un delito autónomo de fraude a seguros y no solo como una circunstancia de agravación.

Ordenamientos foráneos tienen incluido este tipo penal dentro de su catálogo de delitos. En Latinoamérica, países como México tienen algunas aproximaciones. El Código Penal para el Distrito Federal, tiene previsto en los artículos 230¹² y 231 fracción VI¹³ específicamente que:

CAPÍTULO III

FRAUDE

Artículo 230. Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán: (...)

Artículo 231. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien:
(...)

VI. Provoque deliberadamente cualquier acontecimiento, haciéndolo aparecer como caso fortuito o fuerza mayor, para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros;

Tratadistas que se han puesto a la tarea de hacer un estudio de los elementos normativos del tipo, mencionan que el bien jurídico que se protege es el “Patrimonio individual y el orden económico”, así mismo, que si bien es cierto es un delito autónomo, naturalmente, se requiere que se constituyan los elementos que constituyen el fraude genérico. (Haro, 2011, 338-339)

En España, el fraude a compañías de seguros se castiga mediante el artículo 248 de su Código Penal¹⁴, a pesar de que no se habla concretamente dentro del contexto de

¹² CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Artículo 230. Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle, se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero, se le impondrán: (...)

¹³ CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Artículo 231. Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior, a quien: (...) VI. Provoque deliberadamente cualquier acontecimiento, haciéndolo aparecer como caso fortuito o fuerza mayor, para liberarse de obligaciones o cobrar fianzas o seguros;

¹⁴ CÓDIGO PENAL DE ESPAÑA. Artículo 248. Cometten estafa los que, con ánimo de lucro, utilizen engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las

los seguros, y la pena solo será de multa siempre y cuando la cantidad de dinero no supere los 400 euros.

El Código Penal Italiano en su artículo 642¹⁵ tipifica el fraude derivado del contrato de seguro, el cual contiene una amplia variedad de verbos rectores, que en nuestra opinión es de las más detalladas dentro de los ordenamientos jurídicos que contemplan como delito autónomo el fraude a seguros. El problema respecto a la redacción de una manera tan detallada es que limita y deja por fuera toda conducta que no esté expresamente descrita en el referido artículo.

Bolivia¹⁶, aunque tipifica más compacto el delito de fraude a seguro, su redacción realmente permite perseguir y castigar más conductas. Así mismo, es de resaltar que, la pena de prisión varía si se logra el resultado de cobrar el seguro. Lo anterior, quiere decir que se castiga la mera conducta de querer cometer el fraude, pero se castiga con una pena mayor si se consigue el resultado. La redacción del tipo penal también cobija el que la conducta sea desplegada por el asegurado, un tercero o inclusive permite ser realizada por empleados de las mismas compañías.

Finalmente, y con un propósito exclusivamente ilustrativo, es de indicar que, en Estados Unidos, se penaliza el fraude a seguros a nivel federal en virtud del título 18, sección 1033 del Código de los Estados Unidos. El enfoque inicial de este delito está dirigido a las conductas desplegadas por parte de las compañías de seguros y/o sus empleados en distintas modalidades.

relaciones entre este y el defraudador, los medios empleados por este y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Si la cuantía de lo defraudado no excediere de 400 euros, se impondrá la pena de multa de uno a tres meses.

¹⁵ CÓDIGO PENAL DE ITALIA, Artículo 642. (Daños dolosos en bienes asegurados y mutilación dolosa de la propia persona).

Será castigado con pena de prisión ((de uno a cinco años)) quien, con el fin de obtener para sí o para otros una indemnización de seguro o en cualquier caso una ventaja derivada de un contrato de seguro destruya, disperse, dañe u oculte sus bienes, falsifique o altere una póliza o la documentación requerida para la celebración de un contrato de seguro

La misma pena se impondrá al que, con la finalidad antes indicada, se cause a sí mismo un daño corporal o agrave las consecuencias del daño corporal producido por un accidente o comunique un accidente no ocurrido o destruya, falsifique, altere o preconstruya pruebas o documentación relativas al accidente. Si el infractor logra el propósito, la pena se agrava. El procedimiento se iniciará en denuncia.

Las disposiciones previstas en el presente artículo se aplicarán también si el delito se comete en el extranjero, en perjuicio de un asegurador italiano que ejerce su actividad en el territorio del Estado. La infracción es punible previa denuncia del perjudicado.

¹⁶ CÓDIGO PENAL DE BOLIVIA, Artículo 338. El que con el fin de cobrar para sí o para otros la indemnización de un seguro o para incrementarla por encima de lo justo, destruyere, perdiere, deteriorare, ocultare o hiciere desaparecer lo asegurado, o utilizare cualquier otro medio fraudulento, incurrirá en la pena de privación de libertad de uno (1) a cinco (5) años. Si lograre el propósito de cobrar el seguro, la pena será agravada en una mitad y multa de treinta (30) a cien (100) días.

6.3. Elementos típicos y problemática probatoria.

Dentro de los obstáculos que se presentan a la hora de perseguir penalmente el fraude a las compañías de seguros, encontramos la dificultad probatoria, es decir, muchas veces para poder llevar a cabo estas conductas, el sujeto activo requiere de estar en un constante perfeccionamiento de sus conductas, haciéndolas sofisticadas para poder dar una apariencia de legalidad, normalmente, respaldadas en documentos y procedimientos que dificultan su identificación.

La necesidad e importancia de demostrar el elemento subjetivo del tipo penal -Dolo- es decir, conocimiento y voluntad, ligado al provecho contrario a la ley es otro factor que dificulta la labor que en todo caso requiere de una interrelación armónica entre aseguradora, los órganos de control y ente acusador.

Junto a lo anterior se suma la falta de interés por parte de algunas aseguradoras de perseguir esta clase de conductas, por supuesto que la recolección probatoria actual es minúscula frente a lo que se puede llegar a realizar si existiera un interés mayor.

Otro factor para considerar los fraudes de bajo monto que de manera aislada no pueden constituir un peligro para las compañías, pero de manera global generan un daño considerable, sin contar la percepción de impunidad que se genera en la sociedad.

Todas estas dificultades podrían superarse si las compañías de seguros contaran con un equipo jurídico interno o externo encargado única y exclusivamente de trabajar en identificar y colaborar con la Fiscalía en perseguir penalmente a los responsables de las conductas con relevancia penal.

6.4. Función preventiva del Derecho Penal.

Se dijo anteriormente que adicional a buscar una sanción penal de aquellos que cometen fraudes en contra de las compañías de seguros, se busca enviar un mensaje represor a la sociedad que permita disuadirla de cometer estos delitos, en el caso en concreto fraudes a aseguradoras.

Mencionamos líneas arriba acerca de la existencia de una tolerancia frente a los fraudes, que no puede permitirse al interior de las compañías ni en la sociedad en general, ni considerarse como una conducta irrelevante que no merece una especial preocupación, ni justificarse como una compensación o una justa indemnización.

Es necesario incentivar el cambio en la mentalidad en la sociedad y por supuesto al interior de las compañías, y el mecanismo idóneo sería mediante la prevención general negativa, pues una vez se empiece a perseguirse y castigarse esta clase de comportamientos se puede generar consciencia de legalidad que reprima a futuro la comisión de esta clase de delitos.

Para llegar a este punto, se reitera la necesidad de que exista un interés por parte de las víctimas -las aseguradoras- para denunciar cualquier hecho de fraude al interior o desde el exterior y que afecten o pretendan afectar su patrimonio.

7. PROPUESTAS PARA MEJORAR LA RESPUESTA PENAL Y PREVENTIVA AL FRAUDE ASEGURADOR.

El objetivo primordial de este trabajo va más allá de generar temor respecto a lo vulnerable que puede llegar a ser una compañía de seguros, si no incentivar el interés en combatir conductas fraudulentas.

Se pretende proponer soluciones respecto a fraudes ante la creciente sofisticación en esta clase de delitos, a pesar de existir mecanismos para detectarlos, pero que en ocasiones se quedan cortos en combatirlos y disminuir las estadísticas.

A continuación se presentan algunas propuestas que consideramos pueden mejorar la respuesta del sector asegurador y del Estado desde una perspectiva tanto penal como preventiva:

7.1. Creación de un tipo penal autónomo de fraude asegurador.

Una de las limitaciones que encontramos cuando de fraude en el sector asegurador hablamos, es la falta de un tipo penal autónomo, que permita adaptarse a las particularidades propias del contrato de seguro.

En Colombia, al igual que en otros países como México, se ha podido establecer que el fraude en el seguro, es fomentado en cierta medida porque estas legislaciones tienen textos que se podrían considerar como vagos, contradictorios e injustos¹⁷ lo que propicia esta clase de conductas, pero con esto no se quiere aun siquiera insinuar que sea justificable este comportamiento.

Un argumento a favor de la creación de un tipo penal autónomo en el Código Penal colombiano es la superación de obstáculos como la disparidad que existe entre los distintos tipos penales a los que actualmente debemos recurrir, pues muchos fueron concebidos por el legislador para proteger conductas diferentes a las que estudiamos en el presente texto.

Así mismo, con la creación de un nuevo tipo penal se crean ingredientes normativos específicos que se adapten al sistema asegurador y por supuesto al contrato de seguro en sí.

Por otro lado, ayudaría a los diferentes operadores jurídicos en la interpretación y aplicación del tipo penal, así mismo, garantiza aún más el principio de legalidad, lo que permite tener una mayor certeza jurídica y eficacia sancionatoria.

Si bien es cierto que hay quienes consideren que nuestro catálogo de delitos ya es lo suficientemente amplio y que ya existen otros tipos penales como la estafa, fraude

¹⁷ DÍAZ BRAVO, Arturo. (2009). *El Fraude y su Incidencia en el Contrato de Seguro*. Bogotá.: Grupo Editorial Ibáñez. Pontificia Universidad Javeriana. Pág 23

procesal, falsedad documental etc., que puedan perseguir esta clase de conductas, puede ser un argumento en contra de crear un tipo penal autónomo.

La discusión sobre incluir un nuevo tipo penal puede ser extensa y su debate en el Congreso Nacional también, lo cual no es una solución en un plazo cercano, por lo que debemos analizar otras opciones que nos brinden esa ayuda que se necesita.

7.2. Fortalecimiento de unidades especializadas.

Se requiere del fortalecimiento y/o creación de unidades especializadas encargadas no solo de la detección del fraude, sino de la investigación y persecución de este que genera un atentado a la estructura económica y reputacional de las compañías de seguros.

Con el fortalecimiento de estas unidades se busca la capacitación del personal en el análisis de fraude, tanto en su identificación, como la constante estructuración de nuevas estrategias encaminadas a eliminarlo, que en ocasiones se presenta incluso al interior de las compañías.

De igual manera, se debe contar con acceso a tecnología forense digital y documental dado que los delincuentes que comúnmente cometen esta clase de delitos cada vez más están sofisticando sus métodos para pasar desapercibidos, lo que en ocasiones dificulta su detección y persecución. Aprovechar las tecnologías, en temas probatorios ayudaría también a afrontar el fraude asegurador.

Se deben fortalecer los mecanismos de cooperación existentes entre las aseguradoras y las autoridades, en particular con la Fiscalía General de la Nación, que permitan una interrelación armónica que facilite y agilice las investigaciones penales. Creación de protocolos claros de recolección y custodia de las pruebas, pues en ocasiones la falta de un manejo adecuado dificulta la tarea investigativa.

Con todas estas estrategias, lo que se busca es ir dando pasos que superen la idea del “caso por caso” y adoptar enfoques estructurales que en verdad se preocupen por combatir y reprimir el fraude en el sistema asegurador nacional (ONU, 2016).

7.3. Mecanismos de cooperación público-privada.

Se mencionó en el acápite anterior, la importancia de los mecanismos de cooperación con el sistema judicial, pero es importante ahondar en la interrelación entre el sector asegurador y las autoridades.

Por esta razón, urge la necesidad de la creación de convenios que permitan al gremio asegurador y a la Fiscalía General de la Nación y otras autoridades estatales tener esa sinergia con la finalidad de compartir información sobre temas de fraudes.

Uno de los impedimentos que en situaciones se presenta en el sector asegurador es el miedo a denunciar, teniendo en cuenta que en ocasiones se está en frente de bandas

criminales organizadas que pueden representar un peligro, por lo tanto, se deberán crear canales de denuncia seguros y que en ocasiones se requiera de anonimato.

Así mismo, se deben fortalecer y adecuar los sistemas compartidos de información entre las compañías de seguros y entidades públicas que permitan identificar posibles fraudes, así como la información para investigarlos, naturalmente, estos sistemas deberán estar ajustados conforme a la legislación de protección del habeas.

Al inicio se trajo a colación plataformas como la Insurance Crime Platform en Europa, que ha tenido éxito en la cooperación no solo transfronteriza, sino también interinstitucional tanto en el sector público como en el privado para abordar el fraude, por lo tanto, en nuestro país debería implementarse un piloto sobre el tema que nos permita esa cooperación entre ambos sectores (Insurance Europe, s.f.; IAIS, 2011).

7.4. Educación y cultura de legalidad

Hablábamos en su oportunidad acerca de la tolerancia existente frente al fraude no solo a nivel social, sino también, en algunas ocasiones, al interior de las mismas compañías, razón por la que en ocasiones se presentaba el denominado fraude interno.

La aquiescencia de una parte de la sociedad y algunos pocos empleados de las compañías frente al fraude, al considerar en ocasiones que esta clase de conductas son justificadas o menores, representan un peligro real que requiere ser manejado adecuadamente. Resulta indispensable revertir este pensamiento y promover una cultura de legalidad en todos los niveles, internos -empleados, agentes, proveedores- y externos -asegurados-.

Reiteramos la importancia de fortalecimiento de los sistemas de ética empresarial y cumplimiento normativo -compliance- los que permiten estructuras organizacionales más robustas y seguras.

Así mismo, es importante señalar que dentro de la educación a la sociedad, pero en concreto a los tomadores del contrato de seguro está la obligación de mantener actualizado el estado de riesgo¹⁸, en la medida que, pareciera ser que en ocasiones se olvidaran de hacer las respectivas actualizaciones que tienen un impacto transcendental en el contrato, en otras ocasiones omiten informar al asegurador de manera dolosa, lo cual implica un fraude en sí mismo. (DÍAZ, 2009, pp. 53-57)

En todo caso, se requiere una concientización por parte de los tomadores del contrato de seguro, respecto de las obligaciones que adquieren una vez suscriben el negocio jurídico y la importancia de actuar siempre bajo el principio de la buena fe.

Finalmente, nos gustaría señalar que el educar tanto a nivel interno como externo va más allá de un valor simbólico, cumple una función disuasoria del fraude blando e interno, con la exclusiva intención de lograr crear conciencia sobre la necesidad de

¹⁸ DÍAZ BRAVO, Arturo. (2009). El Fraude y su Incidencia en el Contrato de Seguro. Bogotá.: Grupo Editorial Ibáñez. Pontificia Universidad Javeriana. Pág 128.

obrar conforme la ley el cual no se puede limitar solamente al fraude asegurador, sino en general, de hecho son directrices impartidas por la OCDE como procesos de participación ciudadana.

7.5. Papel más activo de las compañías de seguros frente a los fraudes

Es importante ahondar sobre la importancia y la necesidad de que las compañías de seguros afronten de una manera real la lucha en contra de la criminalidad, porque son precisamente ellas las afectadas con los fraudes en el sector.

Hemos visto distintas herramientas y estrategias a las cuales pueden recurrir las aseguradoras para disminuir las reclamaciones fraudulentas, pero debe adoptarse un papel más activo en la investigación y denuncia de estas conductas.

La denuncia penal es el camino más eficiente en este momento para afrontar estas conductas, la omisión de denuncia por parte de las aseguradoras al ser víctimas de fraudes puede ocasionar el que se disparen los niveles de criminalidad en el sector y correlativamente las pérdidas económicas.

Por lo tanto, es necesario que las compañías estructuren equipos jurídicos internos y externos, que se encarguen de investigar y perseguir esta clase de conductas, buscando disminuir los índices de criminalidad en el sector.

Sin lugar a duda, sistemas que permitan su detección son de gran ayuda, pero solo es un mecanismo encaminado a contener el fraude, más no cumple un propósito sancionatorio, ni mucho menos disuasorio.

8. CONCLUSIONES

En la actualidad, el fraude al sector asegurador representa un peligro real de la criminalidad, que se caracteriza por su constante perfeccionamiento y sofisticación, que en ocasiones implica la participación de una multiplicidad de actores y genera un impacto económico y reputacional elevado.

La respuesta del sector asegurador debe ser más agresivas, aunque no pueden desconocerse los vacíos normativos, las limitaciones operativas y la baja tasa de judicialización efectiva.

Este trabajo ha evidenciado la importancia de las nuevas tecnologías como la Inteligencia Artificial o la big data, que pueden ser herramientas valiosas en la detección y/o identificación del fraude, pero las mismas se quedan cortas en la investigación y persecución del delito.

Se requiere de respuestas integrales que integren el factor humano que esté en la capacidad de implementar estrategias, reformas legales, mecanismos de coordinación interinstitucional.

Por otro lado, se habló de la importancia de la conciencia de legalidad y la importancia de erradicar la tolerancia a nivel social e interno de las compañías con el objetivo de afrontar los fraudes blandos e internos.

Así mismo, a partir del ámbito jurídico-penal, se ha hecho un estudio de las diferentes opciones con las que actualmente se cuenta para perseguir y sancionar esta clase de conductas, pero también se ha propuesto nuevas alternativas que permitan adaptarse mejor aún al sistema asegurador.

Finalmente, se mencionó la importancia de que las compañías de seguro tomen un papel más activo en este aspecto y estructuren equipos encargados de perseguir esta clase de conductas.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA CUBILLOS, Lorena Paola. *Combatiendo el fraude en el sector asegurador*. Bogotá. Revista Fasecolda, 82-97 (2023).

Bolivia. Código Penal. Decreto Ley N° 10426 de 23 de agosto de 1972. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 23 ago. 1972.

Colombia. Ley 599 de 2000 (24 de julio). Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097, 24 jul. 2000.

Corporación Excelencia en la Justicia. Tasa de criminalidad en Colombia. Bogotá. (2024) Recuperado de: <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/criminalidad/tasa-de-criminalidad-en-colombia/>

DÍAZ BRAVO, Arturo. *El Fraude y su Incidencia en el Contrato de Seguro*. Bogotá.: Grupo Editorial Ibáñez. Pontificia Universidad Javeriana. (2009). ISBN 978-958-716-285-1

España. Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, nº 281, 24 nov. 1995.

Estados Unidos. U.S. Code. Title 18 –Crimes and Criminal Procedure. Section 1033– Crimes by or affecting persons engaged in the business of insurance whose activities affect interstate commerce. Public Law 103–322, 13 sept. 1994.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs*. Anuario De Derecho Penal y Ciencias Penales. Editorial Ministerio de la Presidencia de España, 111-134 (2006). ISBN 2103001. ISSN: 0210-3001.

FRANCO CORTÁZAR, Cristina Elizabeth; CÁCERES VILLACÍS, Francisco Anthony; SAAVEDRA ORDÓÑEZ, Jeimmy Lissette. *El compliance como medio de prevención*

de los delitos contra la corrupción. Revista Científica de Educación Superior y Gobernanza Interuniversitaria Aula 24. Vol. 5, Núm. 8 (ene-may 2024), 32-41 (2024). ISSN: 2953-660X

GARRO ZÚÑIGA, Neftalí. *Reticencia y falsedad en la declaración del riesgo. Buena fe, patología contractual y evolución jurisprudencial en Costa Rica*, 60 Rev. Ibero-Latinoam.Seguros, 67-88 (2024). ISSN 2500-7556 (EN LÍNEA) <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris60.rfdr>

GONZÁLEZ RAGGIO, Ramiro A. *La pena y los intentos de justificación. Las teorías de la pena y su problemática*. Revista Pensamiento Penal. (2019). ISSN: 1853- 4554 <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/48311-pena-y-intentos-justificacion-teorias-pena-y-su-problematica>

HARO GOÑÍ, Alfredo. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, No. 35, Año 35, México: Escuela Libre de Derecho. 333-362 (2011).

Insurance Europe. (s.f.). Insurance Crime Platform. Recuperado de <https://www.insuranceeurope.eu>

International Association of Insurance Supervisors (IAIS). Application Paper On Detering, Preventing, Detecting, Reporting And Remediying Fraud In Insurance: IAIS. (2011) Recuperado de https://www.iais.org/uploads/2022/01/Application_paper_on_fraud_in_insurance.pdf.pdf

Italia. Codice Penale. Real Decreto n° 1398, 19 ottobre 1930. Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, 26 ott. 1930.

MAPFRE, Informe: Explorando el mañana El rol de las aseguradoras en una sociedad marcada por la IA Generativa. Recuperado de <https://www.mapfre.com/media/Informe-MAPFRE-GenAI-Explorando-el-manana.pdf>

México. Código Penal para el Distrito Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación, 16 de julio de 2002.

MUÑOZ, Álvaro. *El fraude en el seguro. La experiencia europea*. 14. Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 253-268 (2000). ISSN 0123-1154.

National Insurance Crime Bureau (NICB). Annual Report on Insurance Fraud in the U.S. Washington, D.C.: NICB. (2022). Recuperado de <https://www.nicb.org/>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Perspectivas de anticorrupción e integridad. (2024). Recuperado de <https://www.oecd.org/>

Organización Naciones Unidas (ONU). Prevención y detección del fraude y respuesta a él en las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas. (2016). Recuperado de <https://www.un.org/>

RODRÍGUEZ ESPARZA, Camilo Andrés. *Propuesta de un modelo de gestión para la innovación impulsada por Inteligencia Artificial en Seguros SURA Colombia*, integrado al modelo innovación existente. (2024).

Superintendencia Financiera de Colombia. Boletín estadístico del sector asegurador. Bogotá: SFC. (2023). Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co>

VÁSQUEZ VEGA, Daniel. *La mala fe y el fraude en derecho colombianos de seguros*, 46 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 15-35 (2016). ISSN 0123-1154 <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris45.mffd>

SECCIÓN TÉCNICO-ECONÓMICA

**ANÁLISIS DE LA RENTABILIDAD
FINANCIERO-ACTUARIAL DE UNA OPERACIÓN DE SEGURO
MIXTO SIMPLE (ENDOWMENT INSURANCE) CONTRATADA
A PRIMA PURA***

*FINANCIAL AND ACTUARIAL RETURN ANALYSIS
OF A RISK PREMIUM ENDOWMENT INSURANCE*

*MARÍA JOSÉ PÉREZ-FRUCTUOSO**
ANTONIO ALEGRE ESCOLANO****

*Fecha de recepción: 13 de mayo de 2025
Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2025
Disponible en línea: 30 de junio de 2025*

Para citar este artículo/To cite this article

PÉREZ-FRUCTUOSO, María José & Alegre Escolano, Antonio. *Análisis de la rentabilidad financiero-actuarial de una operación de seguro mixto simple (endowment insurance) contratada a prima pura*, 62 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 163-176 (2025). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris62.arfa>

doi:10.11144/Javeriana.ris62.arfa

* Artículo de investigación.

** Doctora Europea en Economía, Doctora en Ciencias Económicas y Empresariales, Licenciada en Ciencias Actuariales y Financieras. Licenciada en Ciencias Económicas y Empresariales Profesora Titular del Área de Economía Financiera y Contabilidad. Departamento de Economía y Administración de Empresas. Carretera de La Coruña, KM 38,500, Vía de servicio N° 15, 28400, Collado-Villalba, Madrid. ORCID: 0000-0002-3252-1631 Contacto: mariajose.perez@udima.es

*** Catedrático emérito de la Universidad de Barcelona, Departamento de Matemática Económica, Financiera y Actuarial. Contacto: aalegree@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo desarrolla una metodología financiero-actuarial para calcular las rentabilidades real esperada de una operación de seguro mixta, formada por un seguro de vida y un seguro de ahorro simples, bajo la hipótesis de prima pura periódica. Para ello, se definen las variables aleatorias tanto efectivo anual de rendimiento y valor actual del beneficio del asegurado, cuyas distribuciones de probabilidad permitirán obtener la rentabilidad real y esperada de la operación, así como unos índices de riesgo que miden la rentabilidad máxima que puede obtenerse con la operación y en qué condiciones.

Palabras clave: rentabilidad real; rentabilidad esperada; indicadores de riesgo; seguro mixto.

ABSTRACT

This paper develops a financial-actuarial methodology to calculate the real and expected returns of a mixed insurance operation, consisting of a simple life insurance and a simple savings insurance, under the hypothesis of a periodical risk premium. For this purpose, random variables are defined, both the annual effective return (real return) and the present value of the insured's benefit, whose probability distributions will allow obtaining the real and expected profitability of the operation, as well as risk indicators that measure the maximum profitability that can be obtained and under what conditions.

Key Words: real return; expected return; risk indicators; endowment insurance.

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Metodología. 3. Cálculo de las Rentabilidades e Indicadores de Riesgo en una Operación Actuarial de Seguro Mixto Simple Contratado a Prima Pura. 4. Aplicación Numérica. 5. Conclusiones. Referencias Bibliográficas

1. INTRODUCCIÓN

Tras la aprobación del Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (ROSSEAR), las aseguradoras deben informar a sus clientes sobre la rentabilidad esperada de sus operaciones, en línea con la Directiva Europea de Solvencia II (Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio). El objetivo es crear un instrumento similar a la Tasa Anual Equivalente (TAE) del sector financiero, que aumente la transparencia y facilite la comparación de productos de seguros (Devesa, *et al.* 2016).. Sin embargo, a diferencia de la TAE (Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España), el ROSSEAR no especifica la fórmula para calcular la rentabilidad ni incluye los gastos de gestión de las aseguradoras en dicho cálculo (Alegre, *et al.*, 1991).

Es importante destacar que las operaciones actuariales que generan esta información son estocásticas, ya que su resultado depende de eventos aleatorios como la supervivencia o muerte del asegurado, según la tabla de mortalidad utilizada. Esto implica que el rendimiento también será estocástico, haciendo inapropiada la aplicación de metodologías financieras tradicionales. Además, en un entorno de incertidumbre, la rentabilidad esperada por sí sola no es suficiente para tomar decisiones, y es recomendable complementarla con alguna medida adicional de riesgo.

Hasta la fecha, el cálculo de la rentabilidad esperada de las operaciones de seguros de vida ha sido tratado por los siguientes autores. Devesa, *et al.* (2013) presentan un enfoque que facilita la comparación de diversas operaciones actuariales mediante el cálculo de la rentabilidad financiero-actuarial-fiscal. Este método se basa en igualar el valor actuarial de las primas con el valor actuarial de las indemnizaciones, teniendo en cuenta las características comerciales que incluye cada operación.

Devesa, *et al.* (2016) describen la rentabilidad esperada como el tipo de interés que equilibra los valores actuales de las prestaciones esperadas con los pagos esperados de primas. Este cálculo se realiza mediante una función implícita que debe resolverse utilizando métodos de cálculo numérico, cuyos resultados dependen del tipo de prima, las tablas de mortalidad empleadas y la estructura de costos de la aseguradora. Por otro lado, Moreno, *et al.* (2017) consideran que la rentabilidad de una operación de seguros de vida es una variable aleatoria. Para calcular dicha rentabilidad esperada, utilizan dos enfoques: uno basado en la esperanza matemática de la variable aleatoria de rentabilidad y otro que determina el tipo de interés como aquel que iguala los valores actuales medios esperados de las prestaciones y las primas.

PÉREZ-FRUCTUOSO y ALEGRE (2018) y PÉREZ-FRUCTUOSO y ALEGRE (2021a) desarrollaron una metodología financiero-actuarial para calcular la rentabilidad financiero-fiscal de operaciones simples de capital diferido, ya sea a prima única o periódica. Utilizan un enfoque estocástico basado en la distribución de la variable aleatoria del tipo de rendimiento anual, lo que permite determinar la rentabilidad máxima del asegurado, igualando, en términos financieros, el valor final de las

prestaciones y las contraprestaciones del contrato. Además, la rentabilidad esperada se calcula estableciendo que el valor esperado del valor actual financiero del beneficio sea cero.

PÉREZ-FRUCTUOSO y ALEGRE (2019) aplican esta metodología para calcular las rentabilidades a asociadas a una operación de seguros de vida simple al final del año de fallecimiento del asegurado. PÉREZ-FRUCTUOSO y ALEGRE (2018a) y PÉREZ-FRUCTUOSO y ALEGRE (2021b) desarrollan las expresiones que permiten obtener la rentabilidad financiero-fiscal, real y esperada, de una renta de supervivencia diferida y vitalicia contratada a prima (pura y comercial) única. Y finalmente, PÉREZ-FRUCTUOSO y ALEGRE (2022), generalizan las expresiones anteriores al caso en el que la renta de supervivencia se contrata a primas periódicas, extendiendo de esta forma el cálculo de dichas rentabilidades.

Según se desprende de la revisión de la literatura, el modelo general elaborado por PÉREZ-FRUCTUOSO y ALEGRE puede ser utilizado en cualquier tipo de operación cuando es necesario pasar de un escenario determinista a uno que incluye una componente de incertidumbre. Por ello, en este artículo se aplica la metodología desarrollada por estos autores en los trabajos precedentes para determinar las rentabilidades, real y esperada, de una operación de seguros compleja, formada por un seguro de vida y un seguro de ahorro, denominada seguro mixto. Además, se obtendrán unos indicadores de riesgo que complementarán la información proporcionada por las rentabilidades obtenidas en la operación, facilitando así la toma de decisiones al asegurado.

La estructura del artículo es la siguiente. La sección 2 presenta la metodología sobre la que se desarrolla el estudio. En la sección 3 se obtiene las expresiones teóricas que permiten calcular los valores de las rentabilidades real y esperada de una operación de seguro mixto contratada a prima pura, así como los indicadores de riesgo y su forma de cálculo. La sección 4 presenta los resultados obtenidos en la aplicación numérica realizada. Finalmente, la sección 5 concluye.

2. METODOLOGÍA

Las probabilidades de supervivencia o fallecimiento de un asegurado condicionan las contingencias cubiertas en los diferentes seguros de vida, convirtiéndolos en aleatorios. Como consecuencia de ello, la rentabilidad de estas operaciones actuariales no puede obtenerse empleando metodologías financieras tradicionales, sino que deben aplicarse modelos estadísticos de variables aleatorias que definan la distribución de probabilidad de las contingencias cubiertas en la operación. De esta forma, el tanto efectivo anual de rendimiento pasará a ser una variable aleatoria transformada de la correspondiente a la distribución de supervivencia.

En este trabajo se obtiene el tipo de interés efectivo anual aleatorio, o rentabilidad real de la operación, y la rentabilidad esperada de una operación de seguro mixto simple contratada a prima pura.

El valor de las diferentes rentabilidades efectivas anuales, o rentabilidades reales, se obtendrá igualando el valor actual financiero de las prestaciones y de las contraprestaciones de la operación en cada periodo, valoradas al tipo de interés: i_j

$$VA_{i_j}(\text{prestaciones}) = VA_{i_j}(\text{contraprestaciones}); \forall j \in \{0, 1, 2, \dots, n\} \quad (1)$$

Para determinar la rentabilidad esperada de esta operación, determinaremos, en primer lugar, la variable aleatoria *valor actual del beneficio del producto*, $\hat{B}_i$. Esta variable informa acerca del valor actual del beneficio que tendrá el asegurado que ha pagado unas primas para recibir, en su caso, una indemnización por la ocurrencia de las contingencias cubiertas en el contrato. Seguidamente, calcularemos la esperanza de esta variable aleatoria, $E(\hat{B}_i)$, de forma que la rentabilidad esperada i^* será aquella que anule dicha esperanza, $E(\hat{B}_{i^*}) = 0$, esto es, la rentabilidad esperada será el tipo de interés efectivo anual resultante de igualar a cero el valor esperado de la variable *valor actual del beneficio del producto para el asegurado*.

Para apoyar al asegurado en su proceso de toma de decisiones, calcularemos la confianza que tiene en no sufrir pérdidas con la operación. En otras palabras, determinaremos la probabilidad de que, como mínimo, recupere las primas pagadas. El indicador de riesgo que reflejará esta confianza será la probabilidad de que la rentabilidad real no sea negativa, es decir, $p(i \geq 0)$, donde i representa la variable aleatoria rentabilidad real de la operación o el rendimiento efectivo anual.

También se evaluará la credibilidad de la rentabilidad esperada, midiendo la confianza del asegurado en alcanzar, como mínimo, dicha rentabilidad en la operación. El parámetro o indicador de riesgo que reflejará esta confianza será la probabilidad de que la rentabilidad real sea al menos igual a la rentabilidad esperada, es decir, $p(i \geq \bar{i})$ donde $\bar{i}$ representa la rentabilidad esperada.

3. CÁLCULO DE LAS RENTABILIDADES E INDICADORES DE RIESGO EN UNA OPERACIÓN ACTUARIAL DE SEGURO MIXTO SIMPLE CONTRATADO A PRIMA PURA

Sea una operación de seguro de vida, formada por un seguro de ahorro y un seguro de riesgo. Dicha operación se conoce con el nombre de seguro mixto y consiste en el pago de una determinada cantidad de dinero a los beneficiarios del asegurado, si este fallece antes de una determinada fecha, y si sobrevive a dicho plazo, se entrega la cantidad establecida al propio asegurado.

La ecuación de equilibrio en el origen de la operación viene dada por la siguiente expresión (GERBER, 1997),

$$P \cdot {}_n\ddot{a}_x = {}_nA_x + {}_nE_x \Rightarrow P = \frac{\sum_{t=0}^n (1+i)^{-(t+1)} \cdot {}_t/1q_x + (1+i)^{-n} \cdot {}_nP_x}{\sum_{t=0}^n (1+i)^{-t} \cdot {}_tP_x} \quad (2)$$

donde ${}_nA_x$ es el seguro de vida de cuantía unitaria, pagadero al final del año de fallecimiento del asegurado de edad actual x si este fallece dentro de los n primeros años desde el inicio de la operación, ${}_nE_x$ es el capital diferido n años (seguro de ahorro), sobre el mismo asegurado, consistente en el pago de una unidad monetaria

siempre que dicho asegurado llegue vivo a la edad $x + n$, i es el tipo de interés técnico de la operación y $P \cdot {}_n\ddot{a}_x$ es el valor actual de una renta inmediata, anticipada, periódica con n años de temporalidad correspondiente al pago de la prima pura del seguro de importe constante igual a P .

Suponemos que la operación actuarial se contrata a prima pura, y, por tanto, solo considera el coste real del riesgo asumido por el asegurador, sin tener en cuenta sus gastos de gestión ni el margen de beneficios.

Para calcular la rentabilidad real de la operación, definimos la variable aleatoria *tipo de interés efectivo anual*, $\tilde{i}$, cuya distribución de probabilidad viene dada por la siguiente expresión,

<u>Valores de $\tilde{i}$</u>	<u>Probabilidades</u>
$(1 + i_1)^{-1} = P$	${}_1q_x$
$(1 + i_2)^{-2} = P \cdot \sum_{t=0}^2 (1 + i_2)^{-t}$	${}_1/{}_1q_x$
$(1 + i_3)^{-3} = P \cdot \sum_{t=0}^3 (1 + i_3)^{-t}$	${}_2/{}_1q_x$
$\vdots$	$\vdots$
$(1 + i_r)^{-r} = P \cdot \sum_{t=0}^r (1 + i_r)^{-t}$	${}_{r-1}/{}_1q_x$
$\vdots$	$\vdots$
$(1 + i_{n-1})^{-(n-1)} = P \cdot \sum_{t=0}^{n-1} (1 + i_{n-1})^{-t}$	${}_{n-2}/{}_1q_x$
$(1 + i_n)^{-n} = P \cdot \sum_{t=0}^n (1 + i_n)^{-t}$	${}_{n-1}p_x$
	1

(3)

donde la rentabilidad del primer periodo, i_1 , se obtiene directamente a partir de la siguiente expresión,

$$(1 + i_1)^{-1} = P \Rightarrow 1 + i_1 = \frac{1}{P} \Rightarrow i_1 = \frac{1}{P} - 1 \quad (4)$$

y, en general, la rentabilidad del r -ésimo periodo se calcula mediante un proceso iterativo, como sigue:

$$\begin{aligned}
 (1 + i_r)^{-r} &= P \cdot \sum_{t=0}^r (1 + i_r)^{-t} \Rightarrow \\
 1 &= P \cdot (1 + i_r)^r \cdot \sum_{t=0}^r (1 + i_r)^{-t} \Rightarrow \\
 1 &= P \cdot \sum_{t=0}^r (1 + i_r)^{r-t} \Rightarrow \\
 \sum_{t=0}^r (1 + i_r)^{r-t} &= \frac{1}{P}
 \end{aligned} \quad (5)$$

El indicador de riesgo relacionado con la rentabilidad real de la operación de seguro mixto contratado a prima pura es la probabilidad, $P[\tilde{i} \geq 0]$. Esta probabilidad informa acerca de la no negatividad de la rentabilidad real obtenida en el contrato y se obtiene sumando todas las probabilidades diferidas de fallecimiento a partir del primer valor y hasta el último valor en que se cumpla $i_r \geq 0$.

Seguidamente definimos la variable aleatoria *función valor actual del beneficio del producto*, $\tilde{B}$, cuya distribución de probabilidad es,

$\tilde{B}$	<u>Probabilidades</u>
$(1+i^*)^{-1} - P$	${}_1q_x$
$(1+i^*)^{-2} - P \cdot \ddot{a}_{2 i^*}$	${}_1/{}_1q_x$
$(1+i^*)^{-3} - P \cdot \ddot{a}_{3 i^*}$	${}_2/{}_1q_x$
$\vdots$	$\vdots$
$(1+i^*)^{-r} - P \cdot \ddot{a}_{r i^*}$	${}_{r-1/1}q_x$
$\vdots$	$\vdots$
$(1+i^*)^{-(n-1)} - P \cdot \ddot{a}_{n-1 i^*}$	${}_{n-2/1}q_x$
$(1+i^*)^{-n} - P \cdot \ddot{a}_{n i^*}$	$\frac{{}_{n-1}p_x}{1}$

(6)

donde i^* es la rentabilidad esperada de la operación que se obtiene haciendo cero el valor esperado de la variable aleatoria $\tilde{B}$, $E(\tilde{B}) = 0$ de forma que:

$$\sum_{r=1}^n [(1+i^*)^{-r} - P \cdot \sum_{t=0}^r (1+i^*)^{-t}] \cdot {}_{r-1/1}q_x + [(1+i^*)^{-n} - P \cdot \sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t}] \cdot {}_{n-1}p_x = 0 \quad (7)$$

Reagrupando términos en (7), resulta:

$$\begin{aligned} & \sum_{r=1}^n (1+i^*)^{-r} \cdot {}_{r-1/1}q_x + (1+i^*)^{-n} \cdot {}_{n-1}p_x = \\ & = P \cdot [\sum_{r=1}^n (\sum_{t=0}^r (1+i^*)^{-t}) \cdot {}_{r-1/1}q_x + (\sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t}) \cdot {}_{n-1}p_x] \end{aligned} \quad (8)$$

Operando en el primer miembro de la igualdad de la expresión (8),

$$\begin{aligned} & \sum_{r=1}^n (1+i^*)^{-r} \cdot {}_{r-1/1}q_x + (1+i^*)^{-n} \cdot {}_{n-1}p_x = \\ & = \sum_{r=0}^{n-1} (1+i^*)^{-(r+1)} \cdot {}_{r/1}q_x + (1+i^*)^{-n} \cdot {}_{n-1}p_x \end{aligned}$$

y considerando que ${}_{n-1}p_x = {}_{n-1/1}q_x + {}_np_x$, se obtiene:

$$\sum_{r=1}^n (1+i^*)^{-r} \cdot {}_{r-1/1}q_x + (1+i^*)^{-n} \cdot {}_{n-1}p_x = \sum_{r=0}^n (1+i^*)^{-(r+1)} \cdot {}_{r/1}q_x + (1+i^*)^{-n} \cdot {}_np_x \quad (9)$$

De igual forma, considerando el segundo miembro de la igualdad en (8),

$$\sum_{r=1}^n \left(\sum_{t=0}^r (1+i^*)^{-t} \right) \cdot {}_{r-1/1}q_x + \left(\sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t} \right) \cdot {}_{n-1}p_x$$

y teniendo en cuenta que ${}_{n-1}p_x = {}_np_x + {}_{n-1/1}q_x$, dicho término puede expresarse como sigue:

$$\sum_{r=1}^{n+1} \left(\sum_{t=0}^r (1+i^*)^{-t} \right) \cdot {}_{r-1/1}q_x + \left(\sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t} \right) \cdot {}_np_x \quad (10)$$

Operando en el primer sumando de la expresión (10),

$$\sum_{r=1}^{n+1} \left(\sum_{t=0}^r (1+i^*)^{-t} \right) \cdot {}_{r/1}q_x = \sum_{r=0}^n \left(\sum_{t=0}^{r+1} (1+i^*)^{-t} \right) \cdot {}_{r/1}q_x = \sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t} \sum_{r=t}^n {}_{r/1}q_x$$

y considerando que $\sum_{r=t}^n r/1 q_x = {}_t p_x - {}_n p_x$, este sumando resulta:

$$\sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t} \cdot {}_t p_x - (\sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t}) \cdot {}_n p_x \quad (11)$$

Substituyendo este resultado en la ecuación (10), y operando se obtiene:

$$\sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t} \cdot {}_t p_x - (\sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t}) \cdot {}_n p_x + (\sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t}) \cdot {}_n p_x = \sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t} \cdot {}_t p_x$$

De forma que, la igualdad (8) puede reescribirse como sigue,

$$\sum_{r=0}^n (1+i^*)^{-(r+1)} \cdot r/1 q_x + (1+i^*)^{-n} \cdot {}_n p_x = P \cdot \sum_{t=0}^n (1+i^*)^{-t} \cdot {}_t p_x \quad (12)$$

donde, despejando el valor de P , se obtiene la expresión (2) correspondiente a la ecuación de equilibrio del seguro mixto en el origen de la operación.

De esta forma se deriva que, cuando la operación se contrata a prima pura, la rentabilidad esperada coincide con el tipo de interés técnico, $i = i^*$.

El segundo indicador de riesgo, relacionado con la rentabilidad esperada, es la probabilidad $P[i \geq i^*]$ y hace referencia a la certeza que tiene el asegurado de obtener una rentabilidad real como mínimo igual a la rentabilidad esperada. Para obtenerlo, se suman todas las probabilidades diferidas de fallecimiento a partir del término en el que el tipo de interés real supera por primera vez al tipo de interés esperado, y hasta el final de la operación.

4. APLICACIÓN NUMÉRICA

A continuación se presenta un ejemplo numérico en el que se obtienen las rentabilidades y los indicadores de riesgo de una operación de seguro mixto contratada a prima pura. Para realizar los cálculos, consideramos las siguientes hipótesis: el asegurado, de edad actual 45 años, paga una prima constante, periódica, inmediata y anticipada, de importe igual a 1 euro durante 20 años por contratar una operación de seguro mixto. En dicha operación se estipula el pago de dos tipos de prestaciones: un euro a los beneficiarios en caso de que el asegurado fallezca antes de que finalice el plazo de la operación y otro euro que recibe el mismo, en caso de que sobreviva los 20 años considerados. El tipo de interés técnico utilizado es del 2,18%, y las tablas de mortalidad son las PASEM 2010 para el colectivo de hombres (el uso de estas tablas de mortalidad se establece en el artículo 6 de la Orden ECC/2329/2014, de 12 de diciembre, por la que se regula el cálculo de la rentabilidad esperada de las operaciones de seguro de vida).

Las rentabilidades reales y esperadas se han obtenido utilizando el programa R Studio

La Tabla (1) contiene los valores de la rentabilidad real o tipo de interés efectivo anual para todos los periodos de la operación, en el escenario analizado, así como las probabilidades de diferidas de fallecimiento y temporales $t = 1$ que permitirán calcular posteriormente los indicadores de riesgo de la operación:

Tabla 1: Tanto efectivo anual de la operación (Rentabilidad real)

Periodo	Prima pura	Probabilidades
1	22,72100888	0,002439
2	3,39601887	0,002720349
3	1,47333232	0,003032274
4	0.85994399	0,003365206
5	0.57349956	0,003730385
6	0.41182830	0,004122992
7	0.30966272	0,004544053
8	0.24008016	0,004970025
9	0.19009962	0,005410834
10	0.15274471	0,005884762
11	0.12395389	0,006407492
12	0.10121280	0,00695962
13	0.08288726	0,007532501
14	0.06787223	0,00807625
15	0.05539573	0,0085755
16	0.04490328	0,009031386
17	0.03598718	0,009451593
18	0.02834150	0,009843599
19	0.02173257	0,010236074
20	0.01597908	0,01064906

Como se desprende de los resultados en la tabla, la rentabilidad real es mayor cuanto menor es la edad del asegurado. El mayor valor de la rentabilidad real se produce durante los tres primeros periodos del contrato ($n = 1, 2, 3$) ya que la probabilidad diferida de fallecimiento es muy baja y por tanto también es muy baja la realización efectiva de la prestación de fallecimiento. Resulta también evidente que a medida que van transcurriendo los periodos de la operación, esta probabilidad de fallecimiento va aumentando lo que redunda en una mayor posibilidad de realización del seguro de fallecimiento y por tanto en una menor rentabilidad.

En cuanto a la rentabilidad esperada de la operación, coincide con el tipo de interés técnico utilizado y, por tanto, vale $i^*=0,0218$, y coincide con el tipo de interés técnico de la operación.

Como indicadores de riesgos se van a obtener dos: la probabilidad $p[\bar{i} \geq 0]$ que indica la confianza del asegurado en obtener una rentabilidad real no negatividad con la operación y la probabilidad $p[\bar{i} \geq i^*]$ que muestra la confianza del asegurado en obtener una rentabilidad real superior a la esperada. El primer indicador de riesgo se obtiene sumando todas las probabilidades diferidas de fallecimiento desde el momento en que la rentabilidad deja de ser negativa para pasar a ser positiva o nula, y hasta el final de la operación. Y el segundo indicador de riesgo, se obtiene sumando las probabilidades diferidas de fallecimiento a partir del pago del término del seguro en el que el tipo de interés real supera por primera vez al tipo de interés esperado, y hasta el final de la operación.

En este caso, como no se producen rentabilidades negativas a lo largo del periodo considerado, la probabilidad de obtener una rentabilidad real mayor o igual que cero se obtiene sumando todas las probabilidades diferidas de fallecimiento desde $t=1$ y hasta $t=20$. Esta probabilidad vale $p[\bar{i} \geq 0] = 0,126982955 = 12,7\%$.

El segundo indicador de riesgo es $p[\bar{i} \geq i^*] = 0,106097821 = 10,61\%$ y se ha obtenido sumando todas las probabilidades diferidas de fallecimiento desde $t = 1$ y hasta $t = 18$, ya que en los dos últimos periodos la rentabilidad real obtenida es inferior a la rentabilidad esperada de la operación.

5. CONCLUSIONES

Aunque la normativa española en materia de seguros exime a ciertas modalidades del ramo de vida de la obligación de proporcionar información sobre la rentabilidad esperada de la operación, y no especifica para su cálculo, la ley financiera de capitalización ni los gastos de la entidad aseguradora, existe una obligación legal de informar a los asegurados acerca de la rentabilidad esperada que pueden obtener en las operaciones de ahorro que contratan.

En este trabajo se calcula esta rentabilidad esperada para una operación de seguro mixto simple en la que se combinan dos tipos de seguros, un seguro de fallecimiento y uno de ahorro, y para el caso de que se contrate a prima pura. Debido a la naturaleza aleatoria de dicha operación, el proceso consiste inicialmente en obtener la distribución de probabilidad de una variable aleatoria que denominamos valor actual del beneficio del producto. A partir de esta distribución, se calcula el tipo de interés efectivo esperado, estableciendo que la esperanza matemática de dicha variable sea igual a cero.

La rentabilidad real de la operación se obtiene a partir del análisis de la distribución de probabilidad de la variable aleatoria tanto efectivo anual de rendimiento.

La información proporcionada por ambas rentabilidades se complementa con el cálculo de dos indicadores de riesgo que se obtienen a partir de las probabilidades diferidas de fallecimiento, y que informan sobre la probabilidad de pérdida de la operación y sobre la probabilidad de obtener una rentabilidad real superior a la esperada según ocurra o no la contingencia prevista y el momento en el que dicha contingencia se produzca.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEGRE ESCOLANO, P & SÁEZ MADRID, J. (1991). Sobre la denominada tasa de rentabilidad financiero fiscal. *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, 67, 465-487.
- Circular 15/1988, de 5 de diciembre, sobre las obligaciones de información de las Entidades de Depósito a la clientela. Banco de España, 1988. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1988/12/16/pdfs/A35268-35274.pdf>.
- DEVESA CARPIO, J. E., DEVESA CARPIO, M., ALONSO FERNÁNDEZ, J. J., DOMÍNGUEZ Fabián, I., MENEU GAYA, R. & ENCINAS GOENECHEA, B. (2016). El reto de las entidades aseguradoras ante la introducción de la rentabilidad esperada en España. *Universia Business Review*, 52, 168-197.
- GERBER, H. (1997). *Life Insurance Mathematics*. Springer-Verlag Berlin and Heidelberg GmbH & Co. K.
- MORENO RUIZ, R., TRIGO MARTÍNEZ, E., GÓMEZ PÉREZ-CACHO, O. & ESCOBAR LÓPEZ, R. N. (2017). *Rentabilidad esperada en seguros de vida: análisis actuarial de la metodología de cálculo a la luz de la Orden ECC/2329/2014*, de 12 de diciembre. *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, 4ª época, 23, 102-128.
- DEVESA CARPIO, J.E., DEVESA CARPIO, M., ALONSO FERNÁNDEZ, J.J., DOMÍNGUEZ Fabián, I., ENCINAS GOENECHEA, B. & MENEU GAYA, R. (2013). “La rentabilidad actuarial como método de comparación de las operaciones financieras y aseguradoras”. En E. GÓMEZ, M. GUILLÉN y F. VÁZQUEZ (eds.): *Investigaciones en Seguros y Gestión de Riesgos: Riesgo 2013*. Madrid, Fundación Mapfre, pp. 85-98.
- Directiva 2009/138/UE. Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (25 de noviembre de 2009). <https://www.boe.es/doue/2009/335/L00001-00155.pdf>
- PÉREZ-FRUCTUOSO, M. J. & ALEGRE ESCOLANO, A. (2021a). Cálculo de la rentabilidad financiero-fiscal de una operación de capital diferido a prima periódica. *INNOVAR*, 31(80), 29-43.
- PÉREZ-FRUCTUOSO, M. J. & ALEGRE ESCOLANO, A. (2021b). Rentabilidad financiero-fiscal de las rentas de jubilación temporales o vitalicias aseguradas y contratadas a prima única. *Anales del Instituto de Actuarios Españoles*, 4ª época, 27, 113-133. https://doi.org/10.26360/2021_5
- PÉREZ-FRUCTUOSO, M.J. & ALEGRE ESCOLANO, A. (2019). Cálculo estocástico de la rentabilidad financiero-fiscal de una operación de capital al final del periodo de fallecimiento del asegurado. *Revista de Investigación Operacional*, vol. 40, n 4, 475-495.

PÉREZ-FRUCTUOSO, M.J. & ALEGRE ESCOLANO, A. (2018a). Cálculo de la rentabilidad esperada y cuantificación del riesgo en una operación de ahorro de capital diferido a prima (pura y comercial) única. *Rect@*, vol 19, n 1, 17-34.

PEREZ-FRUCTUOSO, M. J. & ALEGRE ESCOLANO, A. (2018b). Estudio de la rentabilidad de una renta de jubilación contratada a prima pura (única y periódica), 50 *Rev. Ibero-Latinoam.Seguros*, 209-226. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris50.errj>

Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-13057>.

SECCIÓN JURISPRUDENCIAL

**EL “CONSUMIDOR MEDIO”, LOS SESGOS COGNITIVOS
Y LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES DE VENTA
CRUZADA DE PRÉSTAMOS Y SEGUROS***

*THE ‘AVERAGE CONSUMER’, COGNITIVE BIASES AND
UNFAIR COMMERCIAL PRACTICES OF CROSS-SELLING LOANS
AND INSURANCE*

**SENTENCIA DEL TJUE
DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2024 (ASUNTO C-646/22)**

*JUDGMENT OF THE CJEU
OF 14 NOVEMBER 2024 (CASE C-646/22)*

*ALBERTO J. TAPIA HERMIDA***

Fecha de recepción: 30 de diciembre de 2024

Fecha de aceptación: 2 de mayo de 2025

Disponible en línea: 30 de junio de 2025

Para citar este artículo/To cite this article

TAPIA HERMIDA, Alberto J.. *El “consumidor medio”, los sesgos cognitivos y las prácticas comerciales desleales de venta cruzada de préstamos y seguros sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2024 (asunto C-646/22)*, 62 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 177-202 (2025).
<https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris62.cmssc>

doi:10.11144/Javeriana.ris62.cmssc

* Análisis Jurisprudencial

** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Es Abogado de Estudio Jurídico Sánchez Calero. Ha sido Letrado de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Es experto en Derecho de seguros y ha intervenido en numerosos litigios relativos a este sector. También tiene una dilatada experiencia en mercados financieros y en Derecho bancario y bursátil. Emite dictámenes e informes en asuntos mercantiles y ha sido requerido para actuar como experto en procedimientos judiciales y arbitrales. Catedrático de Derecho mercantil. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. Vicepresidente de SEAIDA. Contacto: atapia@sanchezcalero.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5736-1611>.

RESUMEN

La STJUE da respuesta a varias cuestiones prejudiciales referidas al concepto de “consumidor medio” y de encuadramiento de la información (“framing”) en un caso de venta cruzada de préstamos y seguros como práctica comercial desleal de las empresas en sus relaciones con los consumidores a la vista de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales y la Directiva sobre la distribución de seguros.

Palabras clave: STJUE, cuestiones prejudiciales, “consumidor medio”, encuadramiento de la información, venta cruzada de préstamos y seguros, práctica comercial desleal, Directiva sobre las prácticas comerciales desleales, Directiva sobre la distribución de seguros.

ABSTRACT

The ECJ has answered several preliminary questions regarding the concept of “average consumer” and information framing in a case of cross-selling of loans and insurance as an unfair commercial practice by businesses in their relations with consumers in view of the Unfair Commercial Practices Directive and the Insurance Distribution Directive.

Keywords: *ECJ, preliminary questions, “average consumer”, information framing, cross-selling of loans and insurance, unfair commercial practice, Unfair Commercial Practices Directive, Insurance Distribution Directive.*

SUMARIO:

Presentación: Gratitud editorial e interés de este comentario para los países iberoamericanos. I. Identificación de la Sentencia. II. Supuesto de hecho del litigio subyacente. III. Conflicto jurídico del litigio subyacente. IV. Cuestiones prejudiciales y declaraciones del TJUE. A) Referidas a la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales. 1. El “consumidor medio” es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que puede resultar eventualmente afectado por sesgos cognitivos. 1.1. Primera cuestión prejudicial a) Formulación por el Consejo de Estado italiano. b) Admisión por el TJUE dado el carácter real y pertinente de la hipótesis planteada. c) Reformulación por el TJUE: complemento y enriquecimiento del concepto de «consumidor medio». 1.2. Declaración del TJUE. a) Declaración. b) Fundamentación: el consumidor plenamente racional y el consumidor limitadamente racional. 1.3. Apuntes sobre los sesgos cognitivos del consumidor medio, la inducción de su comportamiento racionalmente limitado y el uso de la inteligencia artificial. 2. La presentación simultánea al consumidor de una oferta de préstamo personal y una de un producto de seguro no vinculado a ese préstamo no constituye, en cualquier circunstancia, una práctica comercial agresiva ni una práctica comercial desleal. 2.1. Segunda cuestión prejudicial. a) Formulación por el Consejo de Estado italiano. b) Aclaración y reformulación por el TJUE: la práctica comercial de «encuadramiento» como desleal por agresiva y engañosa en cualquier circunstancia c) Consecuencia de la reformulación de la segunda cuestión prejudicial: respuesta implícita a la quinta cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano sobre una eventual inversión de la carga de la prueba en contra del comerciante. 2.2. Declaración del TJUE. a) Declaración. b) Fundamentación: Improcedencia de calificar la práctica comercial de «encuadramiento» como práctica comercial agresiva y desleal en cualquier circunstancia por falta de correspondencia con el listado del anexo I de la Directiva 2005/29. 3. Una autoridad nacional que haya constatado el carácter «agresivo» o «desleal» de una práctica comercial puede imponer al comerciante la obligación de conceder al consumidor un plazo de reflexión razonable entre las fechas de la firma del contrato de seguro y la del contrato de préstamo. 3.1. Tercera cuestión prejudicial. a) Formulación por el Consejo de Estado italiano. b) Reformulación por el TJUE. 3.2. Declaración del TJUE. a) Declaración. b) Fundamentación: La práctica comercial litigiosa no puede calificarse agresiva y desleal en cualquier circunstancia. B) Referida a la Directiva sobre la distribución de seguros. 4. Una autoridad nacional que considere que una práctica comercial de encuadramiento resulta «agresiva», o «desleal», puede exigir al comerciante que conceda al consumidor un plazo de reflexión razonable entre las fechas de firma de los contratos de que se trata, para poner fin a esa práctica. 4.1. Cuarta cuestión prejudicial. a) Formulación por el Consejo de Estado italiano. b) Reformulación por el TJUE. 4.2. Declaración del TJUE. a) Declaración. b) Fundamentación. V. Referencia final a la regulación de las ventas agrupadas de seguros y otros productos financieros en el Ordenamiento español. A) La regulación de la distribución de seguros en el título I del Libro Segundo del “Real Decreto-ley 3/2020, de transposición de la Directiva (UE) 2016/97. B) Las ventas agrupadas de contratos de seguros con otros productos o servicios financieros. 1. Noción de ventas agrupadas. 2. Regulación de las ventas agrupadas: cruzadas, combinadas y vinculadas. 3. Ventas agrupadas incluidas en la regulación de la distribución de seguros: artículo 184 del RDL 3/2020. 4. Ventas agrupadas excluidas de la regulación de la distribución de seguros: artículo 184 del RDL 3/2020. 5. Deberes de información específicos de los distribuidores de seguros en los casos de ventas agrupadas. VI. Conclusiones

PRESENTACIÓN

GRATITUD EDITORIAL E INTERÉS DE ESTE COMENTARIO PARA LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS

Nuevamente, tengo la feliz oportunidad de comenzar este estudio con unas palabras de agradecimiento –en la persona del prestigioso profesor y muy querido amigo de quien suscribe, Carlos IGNACIO JARAMILLO– por la hospitalidad editorial que me brinda, una vez más, esta Revista Ibero-latinoamericana de Seguros, en cuyos números anteriores he tenido el honor de publicar algunos estudios.

En esta ocasión, ofrecemos el comentario de la Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2024 (Asunto C-646/22) que nos parece que puede resultar de utilidad e interés para los países iberoamericanos porque sienta jurisprudencia europea sobre aspectos de interés mundial como la reformulación de la noción de “consumidor medio” para dar entrada a la hipótesis de comportamiento racionalmente limitado a resultados de los sesgos cognitivos que puede padecer. Cuestión esta particularmente relevante ante la utilización universal y omnímoda de la inteligencia artificial en las relaciones de consumo. En este sentido, nos pronunciamos en el apartado 1.3 del epígrafe IV.A de este comentario al referirnos a ciertos “apuntes sobre los sesgos cognitivos del consumidor medio, la inducción de su comportamiento racionalmente limitado y el uso de la inteligencia artificial”¹.

En particular, la Sentencia del TJUE de 14 de noviembre de 2024 que comentamos proyecta las cuestiones cognitivas que hemos indicado en el marco de las prácticas de encuadramiento de la información (“framing”) en un caso de venta cruzada de préstamos y seguros como práctica comercial desleal de las empresas en sus relaciones con los consumidores a la vista de las Directivas de la Unión Europea sobre las prácticas comerciales desleales y sobre la distribución de seguros.

Por lo anterior, nos parece que este comentario puede ser de interés tanto para los juristas que se ocupen del Derecho del consumo en general como para aquellos especializados en la protección de los usuarios y consumidores de servicios y productos financieros, en particular. Distinción de ámbitos de protección del consumidor que existe, por ejemplo, en el querido país donde reside esta Revista, Colombia, donde conviven la Ley 1328 de 2009 del consumidor financiero y la Ley 1480 de 2011 del Consumidor en general.

I. IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA

La Sentencia de Sala Quinta del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de noviembre de 2024 dictada en el Asunto C-646/22 versa sobre una materia de la mayor actualidad

¹ El lector interesado en la materia puede consultar, en esta misma Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Vol. 30, Núm. 54, 2021 nuestro estudio sobre “La Responsabilidad Civil derivada del uso de la Inteligencia Artificial y su Aseguramiento”.

e importancia en el ámbito de un mercado financiero europeo cada vez más complejo y en el que sus tres segmentos –bancario, de valores y de seguros– se entrecruzan con frecuencia creciente. Valga como ejemplo paradigmático los seguros de vida e inversión (denominados seguros unit link) que son contratos de seguro –si bien es cierto, que un tanto peculiares, porque el riesgo de la inversión afecta a la póliza corre a cargo del tomador del seguro y no del asegurador– distribuidos con frecuencia por entidades de crédito (bancos que actúan como operadores de banca-seguros) en los que las primas pagadas por el tomador se invierten en cestas de activos integradas por instrumentos financieros².

El caso litigioso que subyace a la STJUE comentada opera sobre un espacio de intersección de los mercados bancario y de seguro especialmente conflictivo, cual es la venta cruzada de un préstamo personal y de un producto de seguro no vinculado.

La necesidad de resolver el litigio provocado por este supuesto lleva al Consejo de Estado de Italia a plantear ante el TJUE cuestiones prejudiciales referidas al concepto de “consumidor medio” y de encuadramiento de la información (“framing”) como práctica comercial desleal de las empresas en sus relaciones con los consumidores a la luz de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales³ y la Directiva sobre la distribución de seguros⁴.

En particular, la petición de decisión prejudicial se plantea, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consejo de Estado de Italia, en el procedimiento entre Compass Banca SpA y Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), con intervención de Metlife Europe Dac, Metlife Europe Insurance Dac y Europ Assistance Italia SpA.

II. SUPUESTO DE HECHO DEL LITIGIO SUBYACENTE

Podemos ofrecer la síntesis siguiente del supuesto de hecho del litigio subyacente⁵:

a) Compass Banca, establecida en Italia, propuso a sus clientes contratar, entre enero de 2015 y julio de 2018, además de diferentes préstamos personales; productos de seguro que cubrían determinados riesgos no necesariamente vinculados con aquellos préstamos.

² Sobre este tipo de seguros el lector puede consultar nuestra “Guía del Contrato de Seguro”, 2ª ed., Colección Monografías Aranzadi, Aranzadi, Cizur Menor 2022, págs. 398 y ss. y el número monográfico de la Revista Española de Seguros (RES) nº 176, SEAIDA, Madrid, (octubre-diciembre 2018), pp. 471-704 sobre los “Seguros “Unit Linked”. Libro Blanco”.

³ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁴ Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016.

⁵ Sobre la base del epígrafe de la STJUE comentada dedicado al “Litigio principal y cuestiones prejudiciales” (apartados 20 a 25).

b) El 13 de septiembre de 2018, la AGCM abrió una investigación para determinar si tal práctica comercial era «desleal», en el sentido de la Directiva 2005/29.

c) Durante tal investigación, Compass Banca presentó una propuesta de compromisos sobre una serie de medidas específicas destinadas a aclarar al consumidor que no era obligatorio suscribir un seguro no vinculado a un préstamo personal. Entre estas medidas figuraba la ampliación, a todos los clientes, de un derecho incondicional a desistir de su contrato de seguro, sin que ello tuviera incidencia sobre su contrato de préstamo. En cambio, Compass Banca denegó la solicitud de la AGCM de establecer, a favor de los clientes, un plazo de reflexión de siete días entre la fecha de firma del contrato de préstamo y la del contrato de seguro. Consideró que esta medida era desproporcionada y asimétrica, en la medida en que no se aplicaba a todos los competidores.

d) El 11 de marzo de 2019, Compass Banca presentó una nueva propuesta de compromisos, que contenía otras medidas destinadas, en su opinión, a producir un efecto análogo al establecimiento de un plazo de reflexión de siete días solicitado por la AGCM, como la obligación de ponerse en contacto con sus clientes siete días después de la firma de su contrato de seguro para solicitarles que confirmaran si deseaban conservar la póliza de seguro suscrita en el marco de dicho contrato, añadiendo que cubriría el coste de la prima de seguro durante el período correspondiente a esos siete días.

e) Mediante decisión de 2 de abril de 2019, confirmada el 3 de julio de 2019, la AGCM rechazó esta propuesta de compromisos.

III. CONFLICTO JURÍDICO DEL LITIGIO SUBYACENTE

El conflicto jurídico del litigio subyacente se desarrolló a través de las siguientes etapas⁶:

a) En su decisión de 27 de noviembre de 2019, notificada a Compass Banca el 23 de diciembre de 2019, la AGCM señaló que esta sociedad había aplicado una práctica comercial «agresiva» y, por lo tanto, «desleal», en el sentido de la Directiva 2005/29, que consistía en la «vinculación forzosa, en el momento de su conclusión, de acuerdos de financiación personal y de productos de seguro no relacionados con el crédito». Prohibió la continuación de dicha práctica e impuso a Compass Banca una multa por importe de 4.700.000 euros.

b) Compass Banca interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Regional de lo Contencioso Administrativo del Lacio contra las decisiones de la AGCM mencionadas. Este desestimó el recurso mediante sentencia n.º 9516 de 2021.

c) Compass Banca apeló la sentencia referida ante el Consejo de Estado.

⁶ V. el epígrafe de la STJUE comentada dedicado a describir el “Litigio principal y cuestiones prejudiciales” (apartados 26 a 33).

d) El Consejo de Estado decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cinco cuestiones prejudiciales transcritas en el apartado 33 de la STJUE comentada.

IV. CUESTIONES PREJUDICIALES Y DECLARACIONES DEL TJUE

A) Referidas a la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales

Según hemos anticipado, la STJUE comentada trata de la protección de los consumidores en el contexto de aplicación, en primer lugar, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales)⁷.

En concreto, interpreta sus artículos 2, letra j), 5, 8 y 9 y el concepto de “consumidor medio” ante prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. En relación con este concepto, analiza la eventual calificación como “práctica comercial agresiva” de la venta cruzada de un préstamo personal y de un producto de seguro no vinculado. En este sentido, trata, en particular, de la orientación de la información facilitada al consumidor mediante su presentación en forma de “framing” (encuadramiento) que puede convertir la falta de vinculación sustancial entre el préstamo y el seguro en una apariencia de conexión necesaria de ambos contratos.

A esta Directiva sobre las prácticas comerciales desleales se refieren las tres primeras declaraciones de la Sentencia del TJUE que comentamos y pasamos a exponer.

1. El “consumidor medio” es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que puede resultar eventualmente afectado por sesgos cognitivos.

1.1. Primera cuestión prejudicial

a) Formulación por el Consejo de Estado italiano

El apartado 33 de la STJUE comentada reproduce las cinco cuestiones prejudiciales planteadas por el Consejo de Estado italiano, la primera de las cuales decía: “1)

⁷ DOUE 2005, L 149, p. 22.

Dada la elasticidad e indeterminación del concepto de “consumidor medio” que se emplea en la Directiva [2005/29], entendido como consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz [,] ¿no sería conveniente quizá formularlo a la luz de las mejores prácticas del sector y, por consiguiente, atendiendo no solo a la noción clásica de *homo economicus*, sino también a las conclusiones de [la teoría] sobre la racionalidad limitada, que [ha] demostrado que las personas actúan a menudo reduciendo la información necesaria y adoptando decisiones “no razonables” en comparación con las que adoptaría una persona supuestamente atenta y perspicaz, y que exigen una mayor protección de los consumidores en el caso –cada vez más habitual en las modernas dinámicas del mercado– de riesgo de condicionamiento cognitivo?”

b) Admisión por el TJUE dado el carácter real y pertinente de la hipótesis planteada

Antes de entrar al fondo de esta primera cuestión, la STJUE se pronuncia declarando su admisibilidad –combatida por Compass Banca– por su carácter meramente hipotético y, por ende, impertinente⁸. La declaración de su admisibilidad por el TJUE se basa en que esta primera cuestión no tiene un carácter meramente hipotético y, por lo tanto, es pertinente, ya que se solicita al TJUE interprete el concepto de «consumidor medio» con una finalidad precisa, cual es determinar si una práctica comercial denominada de «encuadramiento» (“framing”), consistente en presentar simultáneamente una oferta de préstamo personal y un producto de seguro no vinculado a dicho préstamo, sin dar al consumidor un plazo de reflexión entre las fechas de firma de los contratos ligados a estas ofertas causa de un sesgo de encuadramiento; podría dar la impresión a un consumidor medio de que debe suscribir obligatoriamente ambas ofertas («práctica comercial de “encuadramiento”»). Y todo ello, a los efectos de considerar, que se trata de una práctica comercial agresiva y desleal conforme a los artículos 5, 8 y 9 de la Directiva 2005/29⁹.

c) Reformulación por el TJUE: complemento y enriquecimiento del concepto de «consumidor medio»

Una vez admitida la primera cuestión prejudicial, el TJUE, al entrar en el fondo, considera necesario reformularla porque entiende que el órgano jurisdiccional

⁸ El apartado 34 de la STJUE dice: “Compass Banca expresa dudas en cuanto a la admisibilidad de la primera cuestión prejudicial por cuanto, en esta, el concepto de «consumidor medio» se define de manera diferente de la habitualmente adoptada, ya que tiene en cuenta el riesgo de influencia cognitiva sobre los consumidores, lo que hace que la cuestión sea hipotética. En efecto, dado que las decisiones impugnadas en el litigio principal se adoptaron sobre la base de disposiciones nacionales que transponen el artículo 8 de la Directiva 2005/29 y no su artículo 6, a su juicio, la consideración de tal riesgo no es pertinente”.

⁹ El apartado 38 de la STJUE concluye en su apartado 39: “Por tanto, no se desprende manifiestamente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarde relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal o que el problema planteado por el órgano jurisdiccional remitente sea de naturaleza hipotética. Además, el Tribunal de Justicia dispone de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder de manera útil a la primera cuestión prejudicial planteada”.

remitente desea saber no tanto si procede sustituir el concepto de «consumidor medio» basado únicamente en la hipótesis del «homo economicus», esto es, del consumidor como un agente económico plenamente racional en su toma de decisiones; sino complementarlo y enriquecerlo con los resultados de la teoría de la «racionalidad limitada», que nos advierte que la capacidad de decisión de un consumidor «choca con los límites impuestos a la capacidad cognitiva por el número de estímulos recibidos, la capacidad de permanecer atento en el tiempo y la de conservar en la memoria toda la información recibida»¹⁰.

Esta matización conduce al TJUE a reformular la primera cuestión en el sentido siguiente: “En estas circunstancias, procede considerar que, mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «consumidor medio», según dicha Directiva, debe definirse no solo por referencia a un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sino también teniendo en cuenta que la capacidad de decisión de un individuo se ve alterada por elementos condicionantes, como los sesgos cognitivos”.

1.1. Declaración del TJUE

a) Declaración

La STJUE comentada declara, en primer lugar: “1) La Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales), debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «consumidor medio», tal como lo utiliza dicha Directiva, debe definirse en relación con un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Sin embargo, tal definición no excluye que la capacidad de decisión de un individuo pueda verse alterada por limitaciones tales como los sesgos cognitivos”¹¹.

b) Fundamentación: el consumidor plenamente racional y el consumidor limitadamente racional

Podemos sintetizar los criterios en que se basa esta primera declaración en los tres siguientes:

b.1) El concepto de «consumidor medio» debe definirse, por regla general, partiendo de la hipótesis del «homo economicus» que actúa con plena racionalidad en su toma de decisiones y, por lo tanto, es un consumidor normalmente informado y razonablemente

¹⁰ Ver apartado 42.

¹¹ Ver apartado 43.

atento. No se trata de sustituir el paradigma de consumidor racional por el consumidor irracional o limitadamente racional.

b.2) Dicha regla general de interpretación no excluye que, en determinadas circunstancias, deba admitirse la teoría de la «racionalidad limitada», que nos advierte que la capacidad de decisión de un consumidor «choca con los límites impuestos a la capacidad cognitiva por el número de estímulos recibidos, la capacidad de permanecer atento en el tiempo y la de conservar en la memoria toda la información recibida»¹².

b.3) El uso de esta hipótesis de racionalidad limitada exige que el conjunto de sesgos cognitivos sean proporcionalmente significativos para limitar la capacidad de decisión del consumidor, alterando su consentimiento y desviándolo de la racionalidad plena¹³.

1.3. Apuntes sobre los sesgos cognitivos del consumidor medio, la inducción de su comportamiento racionalmente limitado y el uso de la inteligencia artificial.

La alusión de la primera declaración de la STJUE comentada a la posibilidad de que la capacidad de decisión de un individuo pueda verse alterada por limitaciones tales como los sesgos cognitivos, nos invita a hacer algunos apuntes en relación con el Reglamento de Inteligencia Artificial (RIA¹⁴).

En concreto, nos parece oportuno recordar que este RIA establece, en su art.5, una prohibición que opera sobre la base de describir las diferentes prácticas de IA prohibidas¹⁵ en función de sus causas y sus efectos según podemos comprobar cuando el art.5 del RIA dispone que quedan prohibidas las prácticas de IA consistentes en la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de varios tipos de sistemas de IA¹⁶. Pues bien, en la medida en que los sesgos cognitivos inducidos

¹² En este sentido, el apartado 53 señala: “Del mismo modo, el hecho de que el concepto de «consumidor medio» deba entenderse en relación con un consumidor «razonablemente atento y perspicaz» no excluye que se tenga en cuenta la influencia de sesgos cognitivos en el consumidor medio, siempre que se demuestre que tales sesgos pueden afectar a una persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz, y en una proporción tal que su comportamiento se vería alterado de manera sustancial”.

¹³ En este sentido, el apartado 57 señala: “Dicho esto, si bien la capacidad de decisión de un consumidor puede verse alterada por un conjunto de limitaciones, como los sesgos cognitivos, ello no implica necesariamente que deba considerarse que cualquier riesgo de que se produzca un sesgo cognitivo con ocasión de una práctica comercial distorsione necesariamente de manera sustancial el comportamiento de ese consumidor ficticio. Es preciso, además, que se demuestre debidamente que, en las circunstancias particulares de una situación concreta, tal práctica puede afectar al consentimiento de una persona normalmente informada y razonablemente atenta y perspicaz, y ello en proporciones tales que su comportamiento se viese alterado de manera sustancial”.

¹⁴ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828.

¹⁵ Ver la entrada de nuestro blog financiero (ajtapia.com) de 27 de julio de 2024 sobre el “Reglamento de Inteligencia Artificial (3): Funcionamiento”.

¹⁶ El art.5 del RIA tipifica tres tipos de sistemas de IA prohibidos cuando: a) Se sirva de técnicas subliminales que trasciendan la conciencia de una persona o de técnicas deliberadamente manipuladoras o engañosas con el objetivo o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de una persona o un colectivo de

en la conducta de un consumidor medio se basen en la utilización de este tipo de sistemas de IA prohibidos, las prácticas comerciales podrán verse afectadas por una prohibición en origen y no solo se calificarán de agresivas o desleales y, por lo tanto, no será suficiente adoptar medidas adicionales precautorias como el reconocimiento de un plazo de reflexión entre la oferta y la firma de contratos financieros (por ejemplo, de préstamo bancario de dinero y de seguros) vinculados.

Finalmente, debemos dejar constancia que el RIA se refiere principalmente al problema de los sesgos raciales y de género cuando trata de los sistemas de IA de identificación biométrica¹⁷. Por lo tanto, no incide, en general, en los sesgos cognitivos; que son los contemplados en la STJUE comentada.

2. La presentación simultánea al consumidor de una oferta de préstamo personal y una de un producto de seguro no vinculado a ese préstamo no constituye, en cualquier circunstancia, una práctica comercial agresiva ni una práctica comercial desleal.

2.1. Segunda cuestión prejudicial

a) Formulación por el Consejo de Estado italiano

El apartado 33 de la STJUE comentada recoge la segunda cuestión prejudicial en los siguientes términos: “2) Habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de [dicha Directiva], que considera engañosa una práctica comercial que, en la forma que sea, “incluida su presentación general”, induzca o pueda inducir a error al consumidor

personas, mermando de manera apreciable su capacidad para tomar una decisión informada y haciendo que tomen una decisión que de otro modo no habrían tomado, de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona, a otra persona o a un colectivo de personas (art.5.1.a). b) Explota alguna de las vulnerabilidades de una persona física o un determinado colectivo de personas derivadas de su edad o discapacidad, o de una situación social o económica específica, con la finalidad o el efecto de alterar de manera sustancial el comportamiento de dicha persona o de una persona que pertenezca a dicho colectivo de un modo que provoque, o sea razonablemente probable que provoque, perjuicios considerables a esa persona o a otra (art.5.1.b). c) Para evaluar o clasificar a personas físicas o a colectivos de personas durante un período determinado de tiempo atendiendo a su comportamiento social o a características personales o de su personalidad conocidas, inferidas o predichas, de forma que la puntuación ciudadana resultante provoque una o varias de las situaciones siguientes: un trato perjudicial o desfavorable hacia determinadas personas físicas o colectivos de personas en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente (...) (art.5.1.c).

¹⁷ El Documento de preguntas y respuestas de la Comisión Europea de 1 de agosto de 2024 (Ref. QANDA/21/1683. Inteligencia artificial Preguntas y respuestas Actualizado el 01/08/2024. Brussels, 1 de agosto de 2024) presta una particular atención a este aspecto cuando se pregunta: “¿Cómo hace frente este Reglamento a los sesgos raciales y de género en la IA?” y dar una respuesta que comienza destacando: “Es muy importante subrayar que los sistemas de IA no crean ni reproducen sesgos. Más bien, cuando se diseñan y utilizan adecuadamente, los sistemas de IA pueden contribuir a reducir los sesgos y la discriminación estructural existente y, por tanto, dar lugar a decisiones más equitativas y no discriminatorias (por ejemplo, en la contratación)”.

medio ¿puede calificarse de agresiva, en sí misma, una práctica comercial conforme a la cual, debido al encuadramiento de la información [framing (encuadramiento)], una opción puede parecer obligatoria y sin posible alternativa?”

b) Aclaración y reformulación por el TJUE: la práctica comercial de «encuadramiento» como desleal por agresiva y engañosa en cualquier circunstancia

El TJUE considera pertinente comenzar el examen de esta segunda cuestión prejudicial aclarando, con carácter preliminar, la tipología de prácticas desleales implícitas en ella para concluir que el órgano jurisdiccional remitente desea saber si una práctica comercial de «encuadramiento» puede considerarse desleal por agresiva y engañosa en cualquier circunstancia¹⁸.

En consecuencia, el TJUE reformula esta segunda cuestión prejudicial para entender que “el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 2, letra j), 5, apartados 2 y 5, 8 y 9 de la Directiva 2005/29 deben interpretarse en el sentido de que una práctica comercial consistente en presentar simultáneamente al consumidor una oferta de préstamo personal y una de un producto de seguro no vinculado a ese préstamo constituye una práctica comercial agresiva en cualquier circunstancia o, al menos, una práctica comercial considerada desleal en cualquier circunstancia, en el sentido de la Directiva”¹⁹.

c) Consecuencia de la reformulación de la segunda cuestión prejudicial: respuesta implícita a la quinta cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado italiano sobre una eventual inversión de la carga de la prueba en contra del comerciante

El Consejo de Estado italiano también planteo una quinta cuestión prejudicial de carácter procesal porque el resultado de la calificación de un tipo de práctica comercial como agresiva o desleal en cualquier circunstancia daría lugar a una inversión de la carga de la prueba en contra del comerciante, contraria al Derecho de la UE.

Pues bien, el TJUE no resuelve explícitamente esta quinta cuestión porque la considera implícitamente respondida con la segunda declaración que descarta el presupuesto de la inversión de la carga de la prueba planteada cuando dice que la práctica comercial

¹⁸ En este sentido, el apartado 60 dice: “Con carácter preliminar, procede señalar que, como se desprende de la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, mediante su segunda cuestión prejudicial, si una práctica comercial de «encuadramiento» puede considerarse «agresiva» en cualquier circunstancia, en el sentido de la Directiva 2005/29, y, por tanto, ser contraria a ella por este mero hecho. Sin embargo, en esta segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente también se refiere al concepto de práctica comercial «engañosa». Pues bien, como se desprende del artículo 5, apartado 2, de dicha Directiva, las prácticas comerciales agresivas y engañosas son dos categorías de prácticas comerciales desleales. Por otro lado, el concepto de práctica comercial considerada desleal en cualquier circunstancia se introduce en el artículo 5, apartado 5, de dicha Directiva”.

¹⁹ Ver el apartado 61.

consistente en presentar simultáneamente al consumidor una oferta de préstamo personal y una de un producto de seguro no vinculado a ese préstamo no constituye una práctica comercial desleal por agresiva en cualquier circunstancia²⁰,

2.2. Declaración del TJUE

a) Declaración

La STJUE comentada declara, en segundo lugar “2) Los artículos 2, letra j), 5, apartados 2 y 5, 8 y 9 de la Directiva 2005/29 deben interpretarse en el sentido de que la práctica comercial consistente en presentar simultáneamente al consumidor una oferta de préstamo personal y una de un producto de seguro no vinculado a ese préstamo no constituye una práctica comercial agresiva en cualquier circunstancia ni tampoco una práctica comercial desleal en cualquier circunstancia, en el sentido de dicha Directiva”.

b) Fundamentación: Improcedencia de calificar la práctica comercial de «encuadramiento» como práctica comercial agresiva y desleal en cualquier circunstancia por fata de correspondencia con el listado del anexo I de la Directiva 2005/29

La fundamentación de esta segunda declaración del TJUE podemos expresarla en forma de silogismo de tan manera que:

²⁰ En este sentido, los apartados 108 a 110 dicen: “108. Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en esencia, si la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que la calificación de un tipo de práctica comercial como «agresiva» en cualquier circunstancia, en el sentido de los artículos 8 y 9 de dicha Directiva, o, más generalmente, «desleal» en cualquier circunstancia, en el sentido del artículo 5, apartado 2, de dicha Directiva, da lugar a una inversión de la carga de la prueba, de forma que recae sobre el comerciante, que es contraria al Derecho de la Unión. 109 Como se desprende de la respuesta a la segunda cuestión prejudicial, contenida en el apartado 84 de la presente sentencia, una práctica comercial como la controvertida en el litigio principal no puede calificarse de práctica comercial agresiva en cualquier circunstancia, o, de manera más general, de práctica comercial desleal en cualquier circunstancia, en el sentido de la Directiva 2005/29. 110 Habida cuenta de tal respuesta, no es preciso responder a la quinta cuestión prejudicial planteada”. diciendo la Sentencia comentada al respecto: “108. Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta, en esencia, si la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que la calificación de un tipo de práctica comercial como «agresiva» en cualquier circunstancia, en el sentido de los artículos 8 y 9 de dicha Directiva, o, más generalmente, «desleal» en cualquier circunstancia, en el sentido del artículo 5, apartado 2, de dicha Directiva, da lugar a una inversión de la carga de la prueba, de forma que recae sobre el comerciante, que es contraria al Derecho de la Unión. 109 Como se desprende de la respuesta a la segunda cuestión prejudicial, contenida en el apartado 84 de la presente sentencia, una práctica comercial como la controvertida en el litigio principal no puede calificarse de práctica comercial agresiva en cualquier circunstancia, o, de manera más general, de práctica comercial desleal en cualquier circunstancia, en el sentido de la Directiva 2005/29. 110 Habida cuenta de tal respuesta, no es preciso responder a la quinta cuestión prejudicial planteada”.

- a) Si el anexo I de la Directiva 2005/29 constituye una lista completa y exhaustiva de las prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia²¹.
- b) Si no existe correspondencia entre la práctica comercial como la de «encuadramiento» controvertida en el litigio principal²².
- c) Entonces, la práctica comercial de «encuadramiento» no puede calificarse de práctica comercial agresiva en cualquier circunstancia²³.

3. Una autoridad nacional que haya constatado el carácter «agresivo» o «desleal» de una práctica comercial puede imponer al comerciante la obligación de conceder al consumidor un plazo de reflexión razonable entre las fechas de la firma del contrato de seguro y la del contrato de préstamo.

3.1. Tercera cuestión prejudicial

a) Formulación por el Consejo de Estado italiano

El apartado 33 de la STJUE comentada recoge esta tercera cuestión prejudicial en los siguientes términos: “3) Teniendo presente el riesgo de condicionamiento psicológico asociado: 1) al estado de necesidad en que se suele hallar quien solicita financiación, 2) a la complejidad de los contratos que se presentan al consumidor para su firma, 3) a la simultaneidad de la oferta vinculada, y 4) a la brevedad del tiempo concedido para aceptar la oferta, ¿resulta conforme a la [Directiva 2005/29] que la [AGCM] tenga potestad para establecer una excepción al principio de la posibilidad de vincular la venta de productos de seguro y la venta de productos financieros no relacionados, imponiendo un plazo [de reflexión] de siete días entre la firma de ambos contratos?”

b) Reformulación por el TJUE

El TJUE reformula la cuestión diciendo: “Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la Directiva 2005/29 debe

²¹ En este sentido, el apartado 67 dice: “Puesto que el anexo I de la Directiva 2005/29 constituye una lista completa y exhaustiva de las prácticas comerciales que se consideran desleales en cualquier circunstancia, una práctica comercial como la de «encuadramiento» controvertida en el litigio principal únicamente puede calificarse de práctica comercial agresiva en cualquier circunstancia, e incluso, de manera más general, de práctica comercial desleal en cualquier circunstancia, en el sentido de esa Directiva, a condición de que corresponda a una de las situaciones enumeradas en dicho anexo”.

²² En este sentido, el apartado 68 dice: “Pues bien, la lectura del referido anexo permite constatar que no existe tal correspondencia, que, por otra parte, no se ha alegado en el litigio principal”.

²³ En este sentido, el apartado 69 dice: “Por consiguiente, es preciso concluir que una práctica comercial como la de «encuadramiento», controvertida en el litigio principal, consistente en presentar simultáneamente al consumidor una oferta de préstamo personal y una de un producto de seguro no vinculado a ese préstamo, no constituye una práctica que pueda calificarse de práctica comercial agresiva en cualquier circunstancia ni tampoco de práctica comercial desleal en cualquier circunstancia, en el sentido de dicha Directiva”.

interpretarse en el sentido de que se opone a una medida nacional que permite a una autoridad nacional, tras haber constatado el carácter «agresivo» o, de manera más general, «desleal» de una práctica comercial adoptada por un comerciante determinado, imponer a dicho comerciante la obligación de conceder al consumidor un plazo razonable de reflexión entre las fechas de firma del contrato de seguro y del contrato de préstamo”²⁴.

3.2. Declaración del TJUE

a) Declaración

La STJUE comentada declara, en tercer lugar “3) La Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una medida nacional que permite a una autoridad nacional, tras haber constatado el carácter «agresivo» o, más en general, «desleal» de una práctica comercial adoptada por un comerciante determinado, imponer a dicho comerciante la obligación de conceder al consumidor un plazo de reflexión razonable entre las fechas de la firma del contrato de seguro y la del contrato de préstamo, a menos que existan otros medios menos lesivos de la libertad de empresa que sean igualmente eficaces para poner fin al carácter «agresivo» o, más generalmente, «desleal» de dicha práctica”.

b) Fundamentación: la práctica comercial litigiosa no puede calificarse agresiva y desleal en cualquier circunstancia

Esta fundamentación podemos sintetizarla en los enunciados siguientes que van desde lo general a lo concreto:

b.1) No cabe generalizar calificando una práctica comercial como la de «encuadramiento» controvertida en el litigio principal, como una práctica comercial agresiva y desleal en cualquier circunstancia, en cualquier circunstancia, en el sentido de la Directiva 2005/29²⁵.

b.2) Por lo anterior, no cabe que una autoridad nacional establezca una obligación general o preventiva de respetar un determinado plazo de reflexión en caso de práctica comercial consistente en presentar simultáneamente una oferta de un producto de seguro y una de contrato de préstamo, cuando ni tal obligación ni la competencia de dicha autoridad para establecer tal obligación han sido expresamente dispuestas en la legislación nacional²⁶.

b.3) Por la misma razón de concreción, una autoridad competente si puede ejercer la facultad de dictar órdenes conminatorias con respecto a dicho comerciante, tras comprobar mediante un examen detallado de la práctica comercial de un

²⁴ Apartado 85.

²⁵ Apartado 88.

²⁶ Apartado 91.

comerciante determinado que dicha práctica es «agresiva», o incluso, con carácter más general, «desleal»²⁷.

b.4) Dado que una medida adoptada por una autoridad nacional que imponga la concesión de un plazo razonable de reflexión entre las fechas de firma del contrato de préstamo personal y la del contrato de seguro podría vulnerar la libre prestación de servicios y restringir la libertad de empresa del comerciante de que se trate; para respetar el principio de proporcionalidad, una autoridad nacional solo puede recurrir a tal medida si se demuestra que, habida cuenta de las razones que la llevaron a calificar la práctica comercial en cuestión de «agresiva» o, al menos, de «desleal», no existen otros medios igualmente eficaces para poner fin a esa práctica que resulten menos lesivos de la libre prestación de servicios y de la libertad de empresa del comerciante de que se trate²⁸.

B) Referida a la Directiva sobre la distribución de seguros

Tal y como hemos adelantado, la STJUE comentada trata de la protección de los consumidores en el contexto de aplicación, en segundo lugar, de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros²⁹.

En concreto, interpreta su artículo 24 y la calificación de la práctica comercial consistente en ofrecer simultáneamente a un consumidor una oferta de préstamo personal y una de un producto de seguro no vinculado a ese préstamo, apreciando la procedencia de que el intermediario financiero permita que el consumidor goce de un período de reflexión entre las fechas de firma del contrato de préstamo y la del contrato seguro.

A esta Directiva sobre la distribución de seguros se refiere la cuarta declaración de la Sentencia del TJUE que comentamos y pasamos a exponer.

4. Una autoridad nacional que considere que una práctica comercial de encuadramiento resulta «agresiva», o «desleal», puede exigir al comerciante que conceda al consumidor un plazo de reflexión razonable entre las fechas de firma de los contratos de que se trata, para poner fin a esa práctica.

4.1. Cuarta cuestión prejudicial

a) Formulación por el Consejo de Estado italiano

El apartado 33 de la STJUE comentada reproduce esta cuarta cuestión prejudicial en los siguientes términos “4) En relación con esa facultad para luchar contra las

²⁷ En este sentido, el apartado 92 señala: “En cambio, la Directiva 2005/29 no se opone a que los Estados miembros establezcan en su legislación nacional que una autoridad competente pueda, tras comprobar mediante un examen detallado de la práctica comercial de un comerciante determinado que dicha práctica es «agresiva», o incluso, con carácter más general, «desleal», en el sentido de dicha Directiva, ejercer la facultad de dictar órdenes conminatorias con respecto a dicho comerciante”.

²⁸ Apartados 95 y 96.

²⁹ DOUE 2016, L 26, p. 19.

prácticas comerciales agresivas, ¿se opone la Directiva [2016/97], y en particular su artículo 24, apartado 3, a que la [AGCM] adopte una decisión sobre la base de los artículos 2, letras d) y j), 4, 8 y 9, de la Directiva [2005/29] y de la normativa nacional de transposición, [...] tras la negativa de una sociedad de servicios de inversión, por la que se concede al consumidor, en el contexto de una venta vinculada de un producto financiero y de un producto de seguro no relacionado -existiendo riesgo de condicionamiento del consumidor asociado a las circunstancias del caso concreto, que también pueden deducirse de la complejidad de la documentación objeto de examen- un período de reflexión de siete días entre la formulación de la propuesta vinculada y la suscripción del contrato de seguro?”.

b) Reformulación por el TJUE

El TJUE reformula la cuestión diciendo: “Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 24, apartado 3, de la Directiva 2016/97 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una autoridad nacional exija a un comerciante cuya práctica comercial de encuadramiento se considere «agresiva», en el sentido de los artículos 8 y 9 de la Directiva 2005/29, o, de manera más general, «desleal», en el sentido del artículo 5, apartado 2, de esa Directiva, que, para poner fin a esa práctica, conceda al consumidor un plazo de reflexión razonable entre las fechas de firma de los dos contratos de que se trata”³⁰.

4.2. Declaración del TJUE

a) Declaración

La STJUE comentada declara, en cuarto y último lugar “4) El artículo 24, apartado 3, de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una autoridad nacional exija a un comerciante cuya práctica comercial de encuadramiento se considere «agresiva», en el sentido de los artículos 8 y 9 de la Directiva 2005/29, o, de manera más general, «desleal», en el sentido del artículo 5, apartado 2, de esa Directiva, que, para poner fin a esa práctica, conceda al consumidor un plazo de reflexión razonable entre las fechas de firma de los contratos de que se trata”.

b) Fundamentación

Podemos resumir la fundamentación de esta cuarta declaración en los siguientes postulados:

b.1) De acuerdo con un criterio de especialidad normativa; dado que la cuarta cuestión prejudicial está relacionada con la venta cruzada de un préstamo personal y de un producto de seguro y que la distribución de productos de seguro se rige por la Directiva 2016/97; esta Directiva debe ser de aplicación preferente a la Directiva 2005/29, en

³⁰ Apartado 98.

caso de conflicto entre las disposiciones de ambas Directivas cuando la primera regule aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales³¹.

b.2) El artículo 24.3 de la Directiva 2016/97 de distribución de seguros no obliga a las autoridades nacionales competentes a ir más allá de lo que exige la Directiva 2005/29 prácticas comerciales desleales que se limita a exigir que, si tales productos o servicios son objeto de «venta cruzada», los consumidores también tengan la opción de comprarlos por separado³².

b.3) De conformidad con el artículo 24.7 de la Directiva 2016/97, los Estados miembros podrán mantener o adoptar medidas adicionales más estrictas o actuar en casos particulares para prohibir la venta de productos de seguro junto con servicios o productos auxiliares distintos de los seguros como parte de un paquete o el mismo acuerdo cuando puedan demostrar que dichas prácticas redundan en perjuicio de los consumidores³³.

b.4) La concesión al consumidor de un plazo de reflexión razonable entre las fechas de firma de los contratos de préstamo personal y de seguro para poner fin a esa práctica si se califica de agresiva o desleal.

V. REFERENCIA FINAL A LA REGULACIÓN DE LAS VENTAS AGRUPADAS DE SEGUROS Y OTROS PRODUCTOS FINANCIEROS EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

A) La regulación de la distribución de seguros en el título I del Libro Segundo del “Real Decreto-ley 3/2020, de transposición de la Directiva (UE) 2016/97

Dado que, tal y como hemos relatado, el supuesto de hecho del caso litigioso que subyace a la STJUE comentada se refiere a la venta cruzada de un préstamo personal y de un producto de seguro no vinculado que lleva al Consejo de Estado de Italia a plantear ante el TJUE cuestiones prejudiciales referidas al concepto de encuadramiento de la información (“framing”) como práctica comercial desleal; y dado que la cuarta declaración de esta STJUE se refiere al artículo 24 de la Directiva 2016/97 de distribución de seguros; nos parece que puede resultar de utilidad al lector

³¹ Apartados 99 y 100.

³² Apartados 102 y 105.

³³ En este sentido, el apartado 103 dice: “Pues bien, de conformidad con el artículo 24, apartado 7, de la Directiva 2016/97, los Estados miembros podrán mantener o adoptar medidas adicionales más estrictas o actuar en casos particulares para prohibir la venta de productos de seguro junto con servicios o productos auxiliares distintos de los seguros como parte de un paquete o el mismo acuerdo cuando puedan demostrar que dichas prácticas redundan en perjuicio de los consumidores. Como indicó el Abogado General en el punto 92 de sus conclusiones, esta disposición solo se aplica si, por una parte, el producto de seguro puede considerarse el producto «principal» y el otro producto o servicio es «auxiliar» o «accesorio», y, por otra parte, ambos productos se ofrecen «como parte de un paquete o [d]el mismo acuerdo».

completar este comentario con una referencia a la trasposición de aquel precepto en nuestro Ordenamiento³⁴.

Debemos comenzar recordando la regulación de la distribución de seguros en nuestro país se establece en el título I del Libro Segundo del *“Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales”* que se ocupa, en particular de la *“Transposición de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros”* (arts.127 a 211).

B) Las ventas agrupadas de contratos de seguros con otros productos o servicios financieros

1. Noción de ventas agrupadas

El aspecto de esta regulación que ahora nos interesa es el de las ventas agrupadas de contratos de seguros con otros productos o servicios financieros. pueden ser, a su vez, homogéneas, cuando se venden de forma agrupada diferentes seguros; o bien heterogéneas, cuando se venden seguros con productos bancarios como, por ejemplo, cuentas de pago o préstamos hipotecarios.

A su vez, en estas ventas agrupadas, los seguros y los restantes productos o servicios bancarios pueden ofrecerse de forma coordinada o igualitaria, cuando los seguros y los productos financieros que se venden conjuntamente tienen la misma relevancia contractual; o de forma subordinada o accesorio, cuando los seguros o los productos financieros que se venden conjuntamente tienen una relevancia contractual distinta. Así sucede en el ejemplo paradigmático de ventas agrupadas de préstamos bancarios con garantía hipotecaria de carácter principal y seguros de vida accesorios que cubren el riesgo de fallecimiento o invalidez del prestatario/tomador/asegurado que conduciría, de no existir la cobertura aseguradora, a la imposibilidad de seguir amortizando el préstamo.

³⁴ El lector interesado en esta materia puede consultar las entradas de nuestro blog financiero (ajtapia.com) de 27 de diciembre de 2017 sobre “Préstamos y seguros. Un matrimonio complejo: Las ventas agrupadas de préstamos hipotecarios con otros productos financieros y seguros en la futura Ley de contratos de crédito inmobiliario”; 6 de julio de 2018 sobre los “Combos financieros”: Ventas agrupadas (vinculadas y combinadas) de productos bancarios y seguros. Regulación europea vigente y española proyectada”; 22 de marzo de 2019 sobre la “Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LECOCI) (1): Ventas agrupadas de préstamos hipotecarios con otros productos financieros y seguros”; y de 6 de marzo de 2020 sobre “Distribución de seguros (2): la nueva regulación de las ventas agrupadas de seguros y otros productos financieros”. También puede consultar nuestro estudio sobre “El notario ante las ventas agrupadas de préstamos hipotecarios con otros productos financieros y seguros” en AAVV, “Reflexiones en las vísperas de la entrada en vigor de la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (Mesas redondas Colegio Notarial de Madrid. 1, 2 y 3 de abril de 2019)”, Cátedra Extraordinaria de Derecho Privado Antonio Rodríguez Adrados de la UCM, Ed. Dykinson, Madrid 2020, pp. 121-148.

2. Regulación de las ventas agrupadas: cruzadas, combinadas y vinculadas

La importancia práctica de este tipo de ventas de seguros agrupadas como instrumentos de generación de negocios sinérgicos por parte de conglomerados financieros o grupos financieros transectoriales y los riesgos evidentes de que puedan degenerar en prácticas lesivas para los consumidores financieros ha llevado a establecer una regulación específica de ellas tanto en la Directiva 2016/97, cuyo art.24 las califica de “ventas cruzadas”; como en el art.184 del RDL 3/2020 que incorpora los mandatos armonizadores europeos regulando las “prácticas de ventas combinadas y vinculadas”.

Lo primero que hay que señalar es que las ventas vinculadas se definen como “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de seguro y otros productos o servicios financieros diferenciados cuando el contrato de seguro no se ofrezca al cliente por separado” (art.128.24 RDL 3/2020), mientras que las ventas combinadas se definen como “toda oferta o venta de un paquete constituido por un contrato de seguro y otros productos o servicios financieros diferenciados, cuando el contrato de seguro se ofrezca también al cliente por separado”(art.128.25 RDL 3/2020).

Establecido lo anterior, la regulación de las prácticas de ventas combinadas y vinculadas de seguros por el art.184 del RDL 3/2020 empieza por determinar su ámbito de aplicación para diferenciar dos hipótesis:

3. Ventas agrupadas incluidas en la regulación de la distribución de seguros: artículo 184 del RDL 3/2020

Las ventas agrupadas incluidas en el ámbito de este régimen específico establecido en el art.184 del RDL 3/2020 pueden clasificarse en dos categorías:

a) Casos en los que el seguro es el producto principal, esto es, los supuestos en los que un contrato de seguro sea el producto principal que se ofrezca conjuntamente con servicios o productos auxiliares distintos de los seguros como parte del mismo paquete o acuerdo. En este caso, se permite la venta vinculada (indisociable) o combinada (disociable), sin imponer esta última posibilidad, porque “el distribuidor de seguros informará al cliente de si los distintos componentes pueden adquirirse separadamente, y, en tal caso, ofrecerá una descripción adecuada de los diferentes componentes del acuerdo y facilitará por separado justificantes de los costes y gastos de cada componente ” (art.184.1.1º).

b) Casos en los que el seguro es el producto accesorio, esto es, los supuestos en los que un contrato de seguro sea auxiliar a un bien o servicio que no sea de seguros, como parte de un mismo paquete o acuerdo. En este caso, también se permite la venta vinculada (indisociable) o combinada (disociable); pero, a diferencia de la hipótesis anterior, se impone al distribuidor que se ofrezca esta última posibilidad, porque “el

distribuidor de seguros ofrecerá al cliente la posibilidad de adquirir el bien o servicio por separado” (art.184.2.1º)³⁵.

4. Ventas agrupadas excluidas de la regulación de la distribución de seguros: artículo 184 del RDL 3/2020

Las ventas agrupadas excluidas de este régimen específico establecido en el art.184 del RDL 3/2020 pueden clasificarse, también, en dos categorías:

a) Ventas agrupadas excluidas de tipo homogéneo porque esta regulación “no se aplicará la distribución del contrato de seguro que incluya la cobertura de distintos tipos de riesgo (pólizas de seguros multirriesgo)”. (art.184.3).

b) Ventas agrupadas, excluidas de tipo heterogéneo porque no se aplicará el régimen del RDL 3/2020 -ya que se aplicarán sus respectivas regulaciones específicas señaladas- cuando el producto de seguro sea complementario de determinados productos y servicios financieros tales como:

b.1) Ventas agrupadas de seguros y servicios o actividades de inversión: Se excluye la regulación de la distribución de seguros cuando el producto de seguro sea complementario de un servicio de inversión regulado en la Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión. Adviértase que el artículo 211 de esta LMVSI regula las hipótesis de venta de “servicios de inversión como parte de un producto financiero o condición previa de un crédito y ventas vinculadas”.

b.2) Ventas agrupadas de seguros y contratos de préstamo: Se excluye la regulación de la distribución de seguros cuando el producto de seguro sea complementario de un contrato de préstamo en el sentido del art.4.5 de Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. A este respecto, conviene recordar que, en el ámbito bancario, tanto la Directiva 2014/17/UE como nuestra Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario regulan las ventas vinculadas indisociables conforme a los principios de prohibición general, autorización excepcional y transparencia y las ventas combinadas disociables conforme a los principios de permiso, condicionamiento y transparencia.

b.3) Ventas agrupadas de seguros y cuentas de pago: Se excluye la regulación de la distribución de seguros cuando el producto de seguro sea complementario de una cuenta de pago de las reguladas en el Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre,, de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones³⁶.

³⁵ En este sentido, interesa destacar que el epígrafe IV de la exposición de motivos del RDL 3/2020 señalar: “Se ahonda en la protección al usuario de seguros al señalar que cuando un contrato de seguro sea auxiliar a un bien o servicio que no sea de seguros, como parte de un paquete o del mismo acuerdo, el distribuidor de seguros deberá ofrecer al cliente la posibilidad de adquirir el bien o servicio por separado, salvo que sea complementario de un servicio o producto de inversión de los previstos expresamente”.

³⁶ Sobre esta regulación especial de las cuentas de pago puede verse la entrada de nuestro blog de 4.12.2017 sobre “Inclusión y transparencia financiera en las cuentas bancarias y los servicios de pago: El Real Decreto-Ley 19/2017” así como nuestra “Guía de la Contratación Bancaria y Financiera”, Ed. Aranzadi, Cizur Menor 2020, pp.91 y ss.

5. Deberes de información específicos de los distribuidores de seguros en los casos de ventas agrupadas

Una vez aclarado el ámbito de aplicación de la regulación de las prácticas de ventas combinadas y vinculadas de seguros, se establece su régimen de transparencia mediante la imposición a los distribuidores de seguros de un conjunto de deberes de información en los dos sentidos tradicionales que van:

a) Del distribuidor de seguros al cliente porque, antes de la contratación de los productos agrupados, el distribuidor deberá informar al usuario de manera expresa y comprensible de una serie de datos tales como que se está realizando una práctica de venta combinada o vinculada; la parte del coste total que corresponde a cada uno de los productos o servicios, en la medida en que este coste esté disponible para el usuario de seguros; los efectos que la no contratación individual o la cancelación anticipada del seguro o de cualquiera de los productos vinculados produciría sobre el coste conjunto del seguro y el resto de los productos o servicios vinculados; y las diferencias entre la oferta conjunta y la oferta de los productos por separado (art.184.4).

b) Del cliente al distribuidor de seguros, porque “los distribuidores de seguros deberán determinar en todo caso las exigencias y las necesidades del cliente respecto de los contratos de seguro que forman parte del conjunto del mismo paquete o acuerdo” (art.184.5).

La regulación de las prácticas de ventas combinadas y vinculadas de seguros acaba facultando a la DGSFP para que, cuando tenga constancia de la realización de prácticas que perjudiquen a los usuarios de seguros privados, establezca “medidas, incluida la prohibición, en relación con la venta de productos de seguro junto con servicios o productos auxiliares distintos de los seguros como parte de un paquete o acuerdo” (art.184.6).

VI. CONCLUSIONES

1ª. El concepto de “consumidor medio” debe ser interpretado, en términos generales, por referencia al paradigma de un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz que, por lo tanto, opera con plena racionalidad.

2ª. El paradigma general anterior no obsta para que, en determinadas situaciones relevantes y acreditadas, el juez o tribunal le otorgue una especial protección teniendo en cuenta su racionalidad limitada por estar afectado por sesgos cognitivos consistentes en los límites impuestos a su capacidad cognitiva por el número de estímulos recibidos, la capacidad de permanecer atento en el tiempo, la capacidad de conservar en la memoria toda la información recibida, etc.

3ª. La inducción de un comportamiento racionalmente limitado del consumidor medio mediante la utilización de sesgos cognitivos puede potenciarse gracias al uso de determinados sistemas de inteligencia artificial prohibidos o calificados de alto riesgo

por el Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

4ª. La presentación simultánea al consumidor de una oferta de préstamo personal y una de un producto de seguro no vinculado a ese préstamo no constituye, en cualquier circunstancia, una práctica comercial agresiva ni desleal por falta de correspondencia con el listado del anexo I de la Directiva 2005/29.

5ª. Cuando una autoridad nacional de un Estado miembro de la UE constata el carácter «agresivo» o «desleal» de una práctica de encuadramiento de la información (“framing”) en un caso de presentación simultánea al consumidor de una oferta de préstamo personal y otra de un producto de seguro no vinculado a ese préstamo debe calificarla de práctica comercial desleal de la empresa en sus relaciones con los consumidores a la luz de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales.

6ª. En la hipótesis precedente, la autoridad nacional de un Estado miembro de la UE puede imponer al empresario la obligación de conceder al consumidor un plazo de reflexión razonable entre las fechas de la firma del contrato de seguro y la del contrato de préstamo, para poner fin a esa práctica, al amparo de la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales y la Directiva sobre la distribución de seguros.

7ª. Dado que la medida adoptada por una autoridad nacional que imponga la concesión de un plazo razonable de reflexión entre las fechas de firma del contrato de préstamo personal y la del contrato de seguro podría vulnerar la libre prestación de servicios y restringir la libertad de empresa del comerciante de que se trate; el respeto del principio de proporcionalidad comporta que una autoridad nacional solo pueda recurrir a tal medida si se demuestra que, habida cuenta de las razones que la llevaron a calificar la práctica comercial en cuestión de «agresiva» o, al menos, de «desleal», no existen otros medios igualmente eficaces para poner fin a esa práctica que resulten menos lesivos de la libre prestación de servicios y de la libertad de empresa del comerciante de que se trate.

***LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA
BAJO LA COBERTURA DE GASTOS MÉDICOS DEL SEGURO
OBLIGATORIO DE ACCIDENTES DE TRÁNSITO (SOAT)***

***THE STATUTE OF LIMITATIONS FOR COMPENSATORY
ACTION UNDER THE MEDICAL EXPENSES COVERAGE OF THE
MANDATORY TRAFFIC ACCIDENT INSURANCE (SOAT)***

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN CIVIL, AGRARIA Y RURAL

Radicación: 08001-31-53-016-2021-00094-02

Sentencia SC3075-2024 – diciembre 19 de 2024

Magistrada Ponente: Martha Patricia Guzmán Álvarez

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el término de prescripción aplicable a las acciones judiciales que ejercen las IPS para el cobro de los servicios prestados bajo la cobertura del SOAT. Enfatizó en la importancia de aplicar el artículo 1081 del Código de Comercio, precisando que dicho término es de dos años contados desde la ocurrencia del siniestro. Preciso que el valor probatorio de los documentos clínicos exigidos por la normativa especial debe ser reconocido plenamente y que las aseguradoras no pueden trasladar al beneficiario una carga probatoria superior a la legalmente prevista.

*DIEGO ALEJANDRO CORONADO SABOGAL ***Fecha de recepción: 29 de abril de 2025**Fecha aceptación: 05 de mayo de 2025**Disponible en línea: 30 de junio de 2025***Para citar este artículo/To cite this article:**

CORONADO SABOGAL, Diego Alejandro. *La prescripción de la acción indemnizatoria bajo la cobertura de gastos médicos del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT)*. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicación: 08001-31-53-016-2021-00094-02. Sentencia SC3075-2024 de 19 de diciembre de 2024. Magistrada Ponente: Martha Patricia Guzmán Álvarez, 62 Rev.Ibero-Latinoam.Seguros, 203-212 (2025). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris62.paib>

Doi: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.ris62.paib>

* Abogado de la Universidad de Los Andes (Colombia). Especialista en Derecho del Seguro de la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Magíster (LL.M) en Derecho de Seguros de Queen Mary University of London – QMUL (Reino Unido). Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas (Ph.D) de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Representante Joven de Colombia ante el Comité Ibero-latinoamericano de Derecho de Seguros (CILA). Miembro de la Junta Directiva Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE) en su condición de Representante de ACOLDESE Joven. Realizó los programas académicos en Litigio y Arbitraje Comercial Internacional en London School of Economics – LSE (Reino Unido) y Derecho de Seguros Aeronáuticos en la International Air transport Association – IATA (Holanda). En el pasado, se desempeñó como Asesor Jurídico Senior de la Gerencia Jurídica y de Cumplimiento de Zurich Colombia Seguros S.A, compañía aseguradora del Zurich Insurance Group de Suiza, Abogado Asociado en DAC Beachcroft LL. P y Kennedys Law LL. P, firmas de origen británico especializadas en Derecho de Seguros y Reaseguros, Juez de la República y Asesor de la Dirección Legal de Seguros de la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC). Actualmente, Profesor de los posgrados en seguros de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad de La Sabana y Profesional Especializado de la Sala de Casación Civil, Agraria y Rural de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3904-5874>; Contacto: da.coronado662@uniandes.edu.co.

RESUMEN

En la Sentencia SC3075-2024 del 19 de diciembre de 2024, la Corte Suprema de Justicia esclarece su posición sobre la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, en el contexto de la cobertura de gastos médicos del SOAT. La Corte precisó que estas acciones, incluso cuando son ejercidas por IPS beneficiarias, se rigen por el artículo 1081 del Código de Comercio y prescriben en el término de dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro. Enfatizó que la factura, por sí sola, no sirve como soporte de la ejecución, pues en el esquema del SOAT solo tiene fines estrictamente contables y probatorios. No puede considerarse un título-valor, ya que no existe un contrato de compraventa de bienes o prestación servicios entre la IPS y la aseguradora que justifique su emisión. De igual manera, señaló que el juez debe valorar con igual rigor el cumplimiento de las cargas probatorias de asegurado y asegurador, especialmente en el contexto del SOAT, donde el beneficiario solo debe acreditar la ocurrencia del siniestro con los documentos exigidos por la normativa especial. En el caso concreto, la Corte casó la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por haber valorado indebidamente los medios de prueba y haber interpretado erróneamente el término de prescripción aplicable.

Palabras clave: Prescripción, Seguro Obligatorio para Accidentes de Tránsito (SOAT), seguro, gastos médicos, factura.

ABSTRACT

In Judgment SC3075-2024 of 19 December 2024, the Supreme Court of Justice clarifies its position on the limitation period for actions arising from insurance contracts, in the context of SOAT medical expenses coverage. The Court specified that these actions, even when exercised by beneficiary healthcare providers, are governed by Article 1081 of the Commercial Code and expire after a period of two years counted from the occurrence of the loss. It emphasised that the invoice, on its own, does not serve as support for enforcement, as in the SOAT scheme it only has strictly accounting and evidentiary purposes. It cannot be considered a negotiable instrument, as there is no contract for the sale of goods or provision of services between the healthcare provider and the insurer to justify its issuance. Similarly, it noted that the judge must assess with equal rigour the fulfilment of the evidentiary burdens of both the insured and insurer, especially in the context of SOAT, where the beneficiary need only prove the occurrence of the loss with the documents required by special regulations. In this specific case, the Court overturned the judgment of the Superior Court of the Judicial District of Barranquilla, for having improperly assessed the evidence and having erroneously interpreted the applicable limitation period.

Keywords: Statute of limitations, Mandatory Traffic Accident Insurance (SOAT), Insurance, medical expenses, invoice

1. HECHOS

Los hechos objeto del proceso de acuerdo con lo relatado en la sentencia, fueron los siguientes:

1.1. La Clínica Altos de San Vicente S.A.S. prestó servicios médicos a múltiples víctimas de accidentes de tránsito, cuyas coberturas estaban amparadas por pólizas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) expedidas por la Compañía Mundial de Seguros S.A.

1.2. La IPS remitió las reclamaciones respectivas a la aseguradora, acompañadas de los documentos exigidos por la normativa del SOAT: formulario FURIPS, historia clínica, epicrisis y facturas.

1.3. La aseguradora objetó gran parte de dichas reclamaciones, argumentando inconsistencias en los documentos y cuestionando la existencia de algunos siniestros o la relación con las pólizas presentadas.

1.4. Ante la negativa de la aseguradora, la IPS presentó demanda ordinaria solicitando el pago de \$592.650.758 por concepto de los servicios prestados.

1.5. El Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Barranquilla negó parcialmente las pretensiones, al considerar que 247 de las 400 reclamaciones estaban prescritas y que las restantes carecían de prueba suficiente sobre el origen vial del evento.

1.6. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil Familia, confirmó la decisión del *a quo*, validando las objeciones formuladas por la aseguradora y acogiendo la tesis de la prescripción parcial de las reclamaciones.

1.7. Inconforme con esta decisión, la parte demandante interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia mediante la Sentencia SC3075-2024.

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

2.1. El Tribunal declaró la prescripción de 247 de las 400 reclamaciones presentadas por la IPS, al considerar que el término de dos años previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio debía contarse desde la fecha de radicación de la reclamación administrativa, y no desde la ocurrencia del siniestro.

2.2. Consideró que las objeciones formuladas por la aseguradora eran válidas y fundadas, debido a presuntas inconsistencias en la documentación aportada por la IPS, así como dudas sobre la existencia o vinculación de algunos siniestros con las pólizas de seguro.

2.3. Resaltó que no se probó adecuadamente el origen vial de los hechos en varias reclamaciones, y que las pólizas presentadas eran, en algunos casos, ajenas al vehículo atendido o pertenecientes a terceros no vinculados.

2.4. Avaló el criterio del juzgado de primera instancia al considerar que los documentos clínicos aportados no eran suficientes para desvirtuar las objeciones, y que los informes técnicos de verificación aportados por la aseguradora ofrecían mayor credibilidad.

2.5. Finalmente, el Tribunal concluyó que no se cumplían los presupuestos para ordenar el pago de las sumas reclamadas, en tanto subsistían dudas razonables sobre la procedencia de varias atenciones médicas y la cobertura efectiva por parte de la aseguradora demandada.

3. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE CASACIÓN

En sede de casación, la parte demandante, Clínica Altos de San Vicente S.A.S., solicitó:

3.1. Casar parcialmente la sentencia dictada por la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que confirmó la decisión del Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de la misma ciudad.

3.2. Proferir una nueva sentencia en la que se revoque la declaración de prescripción de las reclamaciones por servicios médicos prestados bajo la cobertura del SOAT.

3.3. Reconocer la legitimación de las IPS para reclamar judicialmente el pago de dichas prestaciones directamente frente a la aseguradora, como beneficiarias del contrato de seguro obligatorio.

3.4. Determinar que el término de prescripción aplicable es el previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, contado a partir de la ocurrencia del siniestro, y no desde la presentación de la reclamación ni desde su objeción.

3.5. Ordenar el pago de las sumas reclamadas por concepto de servicios médicos debidamente acreditados con la documentación exigida por la normativa del SOAT.

4. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

Los argumentos que soportaron las pretensiones de la acción de tutela:

4.1. Violación al artículo 1081 del Código de Comercio: La parte recurrente sostuvo que el Tribunal incurrió en un error de derecho al aplicar indebidamente la norma que regula la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, al computar el término desde la presentación de la reclamación administrativa y no desde la ocurrencia del siniestro, como lo establece el artículo 1081 del Código de Comercio.

4.2. Interpretación errónea del régimen del SOAT: Alegó que el fallo desconoció la naturaleza jurídica del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), en cuanto a que se trata de un contrato con destinatario legal, cuyos beneficiarios (IPS) pueden ejercer directamente la acción de cobro frente al asegurador, sin necesidad de probar vínculo contractual.

4.3. Desconocimiento del valor probatorio de los documentos exigidos por la normativa SOAT: Señaló que el Tribunal otorgó valor prevalente a informes privados de auditoría por encima de documentos públicos o clínicos expedidos por profesionales de la salud, como el formulario FURIPS, la historia clínica y las facturas, contrariando lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016 y la Ley 1438 de 2011.

4.4. Infracción indirecta por indebida valoración probatoria: El Tribunal desestimó sin fundamento los documentos aportados por la IPS y acogió sin cuestionamiento las objeciones de la aseguradora, sin exigirle prueba idónea de las inconsistencias alegadas.

4.5. Falta de aplicación del principio de buena fe y de protección del equilibrio procesal: Se desconoció el principio de buena fe que debe regir la actuación del asegurador, y permitió trasladar injustificadamente a la IPS una carga probatoria que no le correspondía, lo que vulneró el equilibrio entre las partes del contrato.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA CIVIL, AGRARIA Y RURAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

5.1. Marco normativo de la prescripción del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT):

La sentencia desarrolla detalladamente el régimen de prescripción aplicable a las reclamaciones SOAT, estableciendo que:

“Según quedó establecido, el derecho de crédito de la IPS beneficiaria del amparo de gastos médicos del SOAT tiene su fuente, justamente, en esa tipología especial de seguro obligatorio. Y siendo ello así, puede colegirse que todas las acciones judiciales para hacer efectivo ese derecho se encuentran sometidas a la regla de prescripción extintiva consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio, a cuyo tenor:

‘La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

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

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

La Corte resaltó que:

“La aplicación del aludido precepto resulta coherente con el mandato del artículo 192-4 del EOSF –titulado «Normatividad aplicable al SOAT»–, que dispone lo siguiente: «En lo no previsto en el presente capítulo el seguro obligatorio de accidentes de tránsito se regirá por las normas que regulan el contrato de seguro terrestre en el Código de Comercio y por este Estatuto». Y una de las materias ‘no previstas’ en la Parte Sexta, Capítulo IV, del EOSF, es, justamente, la prescripción extintiva de los derechos de los beneficiarios de las coberturas del SOAT, y de las acciones con que cuentan para su efectividad.” (Subrayado fuera del texto original)

5.2. Momento desde el cual se computa la prescripción:

Un aspecto crucial de la sentencia es la determinación del momento preciso desde el cual comienza a correr el término prescriptivo:

“Añádase que, con miras a precisar el cómputo del término prescriptivo mencionado, el artículo 2.6.1.4.4.1. del Decreto 780 de 2016 dispuso lo siguiente:

«Son condiciones generales aplicables a la póliza del SOAT, las siguientes: 1. Pago de reclamaciones. Para tal efecto, las instituciones prestadoras de servicios de salud o las personas beneficiarias, según sea el caso, deberán presentar las reclamaciones económicas a que tengan derecho con cargo a la póliza del SOAT, ante la respectiva compañía de seguros, dentro del término de prescripción establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, contado a partir de:

1.1. La fecha en que la víctima fue atendida o aquella en que egresó de la institución prestadora de servicios de salud con ocasión de la atención médica que se le haya prestado, tratándose de reclamaciones por gastos de servicios de salud.»”

La Corte especificó que:

“La disposición anterior no establece un régimen prescriptivo especial, ni aporta nuevos elementos a la regla del artículo 1081 del estatuto mercantil, pero, dentro de su ámbito regulatorio, precisa dos cuestiones relevantes: de un lado, que la reclamación debe presentarse antes de que fenezca el término de prescripción de las obligaciones que se reclaman, y, de otro, que el «conocimiento del hecho que da base a la acción» de la IPS –hito inicial de la prescripción ordinaria– es equivalente a la fecha en la que «la víctima fue atendida o aquella en que egresó de la institución prestadora».”

5.3. No existe una distinción en la prescripción entre las acciones declarativas y ejecutivas:

La sentencia aclara que el régimen de prescripción aplica por igual a todas las acciones:

“Para finalizar este apartado, es conveniente resaltar que, en materia de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, el legislador no distinguió entre acciones ejecutivas y declarativas. Por tanto, sin importar cuál fuera la senda procesal elegida por la parte demandante, el término prescriptivo aplicable a la acción de cobro de las reclamaciones asociadas al amparo de gastos médicos del SOAT será, invariablemente, el que establece el artículo 1081 del Código de Comercio.”

“Recuérdese que, según el precedente de la Sala:

«[el artículo 1081] se refiere, sin distingos de ninguna clase, a “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro”; lo que significa que abarca o comprende todos los medios legales existentes para que los sujetos que se encuentran formando parte de tal tipo de relación contractual, o con interés en ella y sus efectos, puedan acudir a la jurisdicción, a fin de que se les administre justicia respecto del litigio que se suscite en relación con la misma. En otras palabras: Todas las acciones que tengan como soporte el contrato de seguro sea que busquen la satisfacción del derecho, como acontece con la de ejecución, sea que persigan su esclarecimiento

o reconocimiento, como sucede con las de naturaleza cognoscitiva [declarativa, en los términos empleados en esta providencia], están sometidas inexorablemente a los plazos extintivos que prevé el artículo 1081 del ordenamiento comercial» (CSJ SC, 4 mar. 1989, no publicada)."

5.4. El caso concreto:

La Corte considera que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla incurrió en error al acoger la excepción formulada por la aseguradora demandada, desconociendo la inoponibilidad de ciertas defensas frente a la IPS beneficiaria del SOAT.

Entre los aspectos que el Tribunal desconoció, la Corte destaca:

- (i) La normativa del SOAT establece expresamente que a las IPS no les son oponibles excepciones derivadas de vicios contractuales o incumplimientos del tomador, conforme al artículo 2.6.1.4.4.1 del Decreto 780 de 2016.
- (ii) Los documentos aportados por la IPS (FURIPS, epicrisis, historia clínica y factura) constituían prueba suficiente del siniestro y su cuantía, conforme a lo exigido por el artículo 1077 del Código de Comercio.
- (iii) La aseguradora pretendió defender su negativa de pago alegando fraudes cometidos por los tomadores del seguro, sin demostrar ninguna participación de la IPS demandante en tales conductas.
- (iv) El Tribunal confundió el cómputo del término de prescripción, iniciándolo desde la fecha de radicación de las reclamaciones y no desde la atención médica o egreso del paciente como establece la normativa.
- (v) En relación con la prescripción, la Corte precisó que el término de dos años debe contarse desde la atención o egreso hospitalario, considerando las suspensiones legales por COVID-19 (107 días) y por la fase de conciliación extrajudicial (54 días), lo que resultó en un ajuste del número de reclamaciones prescritas (268 en total).

6. DECISIÓN DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL, AGRARIA Y RURAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Bajo las consideraciones anteriormente reseñadas, la Sala resolvió:

6.1. CASAR PARCIALMENTE la sentencia de 1 de agosto de 2023, dictada en el trámite de la referencia por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Sin costas, dada la prosperidad de la impugnación extraordinaria.

6.2. MODIFICAR la sentencia que el 18 de noviembre de 2022 dictó el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Barranquilla.

6.3. DECLARAR la prescripción de las acciones para el cobro de las sumas de dinero consignadas en reclamaciones que corresponden a atenciones médicas o egresos ocurridos con antelación al 19 de noviembre de 2018 y DESESTIMAR las demás excepciones propuestas.

6.4. DECLARAR que la Compañía Mundial de Seguros S.A. debe pagar a la Clínica Altos de San Vicente S.A.S. doscientos cincuenta millones ochocientos treinta y seis mil trescientos doce pesos (\$250.836.312), por concepto de capital impagado de 132 reclamaciones presentadas con cargo a la cobertura de gastos médicos del SOAT.

6.5. ORDENAR que, sobre esa suma de capital, se reconozcan intereses moratorios, a la tasa máxima legal, liquidados a partir del día siguiente al vencimiento del plazo para resolver y pagar reclamaciones que prescribe el artículo 2.6.1.4.3.12. del Decreto 780 de 2016, por un monto de trescientos setenta y tres millones cuatrocientos noventa y cinco mil doscientos sesenta y ocho pesos (\$373.495.268) hasta el 30 de septiembre de 2024, más los réditos moratorios posteriores hasta que se verifique el pago.

6.6. CONDENAR en costas de ambas instancias a la demandada, en un 40% (dada la prosperidad parcial del petitum).

7. COMENTARIOS DEL AUTOR DE LA RESEÑA JURISPRUDENCIAL

La sentencia analizada (SC3075-2024) constituye un hito jurisprudencial de gran relevancia al establecer con claridad el régimen de prescripción aplicable a las acciones para el cobro de servicios médicos prestados por las IPS con cargo al SOAT. Su importancia radica principalmente en que zanja definitivamente una controversia que había generado interpretaciones divergentes en los diferentes despachos judiciales del país.

Uno de los aspectos más destacables de esta decisión es la precisión con que la Corte establece que el término de prescripción aplicable a estas reclamaciones es exclusivamente el contemplado en el artículo 1081 del Código de Comercio, sin distinciones entre acciones ejecutivas o declarativas. Esta unificación resulta fundamental, pues con frecuencia los jueces civiles acogían indebidamente la prescripción de la acción cambiaria para estos asuntos, bajo el entendimiento de que la factura de los servicios médicos prestados, con ocasión del SOAT, constituía un título valor autónomo.

Sobre el particular, es necesario reiterar la contundencia del Alto Tribunal al afirmar que *“la factura, por sí sola, no sirve como soporte de la ejecución, pues en el esquema del SOAT solo tiene fines estrictamente contables y probatorios. No puede considerarse un título-valor; ya que no existe un contrato de compraventa de bienes o prestación servicios entre la IPS y la aseguradora que justifique su emisión”*. Esta precisión tiene especial importancia práctica, pues descarta la referida tendencia de equiparar el cobro de servicios médicos por SOAT a una acción cambiaria, sometida a términos de prescripción diferentes al del contrato de seguro. Esta aclaración resulta

fundamental para la correcta aplicación del derecho, pues corrige una práctica errónea que se había extendido en diversos despachos judiciales.

Adicionalmente, la sentencia fijó un criterio claro e inequívoco sobre el momento a partir del cual comienza a correr el término prescriptivo, a saber: *“la fecha en que la víctima fue atendida o aquella en que egresó de la institución prestadora”*, no desde la fecha de radicación de la reclamación.

En síntesis, este pronunciamiento no solo resuelve el caso particular, sino que establece un precedente que dota de seguridad jurídica a las relaciones entre IPS y aseguradoras en el marco del SOAT, especialmente en lo referente a la prescripción de las acciones para el cobro de servicios médicos, descartando interpretaciones inadecuadas que, en otros momentos, han impedido la óptima administración de justicia en estos asuntos.

SECCIÓN INFORMATIVA

NOTICIARIO INTERNACIONAL

PRESENTACION

La presente sección informativa pretende recoger las actividades académicas y las noticias de la región ibero-latinoamericana

NOTICIAS DEL CILA

LIBER AMICORUM DR. EDUARDO MANGIALARDI

En fecha 20 de octubre de 2024, falleció el Dr. Eduardo Mangialardi, quien fue abogado de la Universidad Católica Argentina, Rosario.

Vice-Presidente del Consejo Mundial de la Presidencia de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA),

Presidente del Comité Ibero-latinoamericano de AIDA (CILA),

Profesor de Estudios Empresariales de la Universidad Buenos Aires, Universidad Católica Argentina Papal, Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Coordinador General de los Grupos de Trabajo Internacionales de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (A.I.D.A.)

Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros- Sección Nacional de A.I.D.A.

Abogado de la Asociación de Fútbol Argentina (Rosario)

Presidente del Instituto de Derecho de Seguros de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario.

Presidente y Profesor del Curso de Especialización en Seguros y Fútbol “en la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Director y Profesor de los Cursos de DERECHO DE SEGUROS, en la Facultad de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino (Tucumán, Argentina).

Profesor del “Seguros y Riesgos” Maestría en la Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz, Bolivia.



Presidente del Instituto de Derecho de Seguros de Abogados ,Bar, Rosario.

Abogado de varias compañías de seguros.

Autor de varias obras sobre Derecho de Seguros y Responsabilidad Civil, en Libros y revistas especializadas.

EL COMITÉ IBERO-LATINOAMERICANO DE AIDA-CILA, Y EL COMITÉ EDITORIAL en un todo de acuerdo con lo convenido en el marco de la Asamblea del CILA llevada a cabo en la ciudad de Santiago de Chile determinaron publicación del LIBER AMICORUM en homenaje al reconocido y connotado Dr. Eduardo Mangialardi, quien fuera Presidente del CILA y Vicepresidente de AIDA, por tantos años en los que consagró su trabajo al servicio del Derecho de Seguros y de la organización.

Esta publicación, conforme con lo expresado en el párrafo anterior, fue aprobada y refrendada unánimemente por todas las secciones nacionales representadas en la referida Asamblea General del CILA.

Como testimonio de reconocimiento y gratitud a tan recordado académico, funcionario y amigo, el CILA-AIDA, ha estimado de la mayor importancia realizar la publicación del anunciado LIBER AMICORUM del Dr. Eduardo Mangialardi, con la participación de distinguidos profesionales y académicos Ibero Latinoamericanos, que en vida, además, fueron estimados amigos y colegas del homenajeado.

CONGRESO CILA CARTAGENA 2026

El Comité Ibero latinoamericano de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros realizará el Congreso del CILA del 26 al 28 de agosto de 2026 junto con el encuentro de la asociación Nacional ACOLDESE en el hotel Hilton de la hermosa ciudad de Cartagena Colombia.

El programa incluirá las sesiones de grupos de trabajo, ponencias y paneles con participación de las secciones nacionales del CILA.

ESPECIALIZACION EN DERECHO DE SEGUROS SALAMANCA

Se ha demostrado gran interés por la especialización en Derecho de Seguros en la Universidad de Salamanca, el mes de junio de 2025 bajo la dirección de los doctores Carlos Ignacio Jaramillo y Fernando Carbajo. Continúa vigente el convenio con el CILA para el acceso de importantes descuentos.

Toda la información la pueden encontrar en la página web en el siguiente link

<https://ced.usal.es/derecho-del-seguro-estado-actual-y-perspectivas-de-futuro>

o whatsapp +59177241434

El Derecho de seguros, como pocos en el concierto jurídico y en el económico, es una disciplina altamente especializada que, desde hace varias centurias, viene desarrollándose de forma sostenida adaptándose puntualmente a las exigencias del tráfico, mostrando su dinamismo al otorgar protección a las necesidades crecientes de un mercado y una sociedad global que genera un número creciente de riesgos para los ciudadanos y el empresariado. La actividad aseguradora es una de las que más inciden en las economías nacionales (PIB), y en tal virtud está llamada a traducirse en un fiable instrumento que contribuye al mejoramiento de las condiciones económicas y sociales de todos los pueblos.

La Universidad de Salamanca, a través de su Fundación General, consciente del protagónico papel que cumple el seguro en la actualidad y de sus muchos cambios y adaptaciones, ha considerado oportuno promover un Curso de Especialización en Derecho del Seguro reuniendo un elenco importante de profesores españoles y latinoamericanos que harán un recorrido exhaustivo y constructivo por los aspectos jurídicos más relevantes del seguro en Europa y Latinoamérica con proyección de futuro, lo que explica el importante acompañamiento universitario de la ‘Especialización en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia, fundado hace más de treinta y cinco años, e institucional del Comité Ibero-Latinoamericano de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA-CILA), de la Sección Española de AIDA (SEAIDA) y de ACOLDESE (Asociación Colombiana de Derecho de Seguros).

De esta manera, espera la ocho veces centenaria Universidad de Salamanca contribuir al estudio y profundización del trascendente Derecho de seguros en sus dos dimensiones: la pública y la privada, hoy más articuladas en pro de la salvaguarda de los intereses de la comunidad asegurada, cada día más extendida, gracias a la consolidación de la denominada ‘cultura del seguro’, que es la que, con decisión, quiere estimular y también apoyar esta casa de estudios.

PROGRAMA ACADÉMICO

CHARLA INAUGURAL

- Dimensión pública del seguro: La actividad aseguradora, su regulación y sus nuevos retos.
- Dimensión privada del seguro: Aspectos primordiales del contrato de seguro, su redimensionamiento, y sus nuevos retos. La protección del consumidor de seguros.
- El perfeccionamiento del contrato de seguro, y los derechos y obligaciones de sus partes.
- Los seguros de daños: teoría general y parte especial.
- Las nuevas fronteras del Derecho de daños y su incidencia en el moderno seguro de responsabilidad civil.

LOS SEGUROS PATRIMONIALES:

- Introducción general, principio indemnizatorio y presente y futuro del seguro de responsabilidad civil en particular.
- Responsabilidad civil y seguro en los accidentes de tráfico: significado y alcances del principio de la responsabilidad ‘integral’.

Los seguros de personas:

- Introducción general y presente y futuro de los seguros sanitarios, de dependencia, de deceso, y de vida.
- Seguro de accidentes y de asistencia: retos y oportunidades.
- La distribución e intermediación del seguro. El coaseguro.

EL REASEGURO:

- Primordiales aspectos técnico-jurídicos y perspectivas.
- Tecnología y el seguro en el siglo XXI: el ciberriesgo, la bio- y nanotecnología, insurtech y otras manifestaciones de los avances tecnológicos.
- El transporte multimodal, su aseguramiento, y los seguros marítimos y aeronáuticos: Perspectivas de futuro.

Recientes reformas y perspectivas en el ámbito del seguro en Iberoamérica: el contrato, la empresa, la intermediación, la banca-seguro, los microseguros y la renovada función social del seguro contemporáneo.

SESIONES DE GRUPOS DE TRABAJO

LA NUEVA LEY DE SEGUROS DE BRASIL

19 de mayo 2025 17:30 Hs Argentina

Angélica Carlini

- Post Doctorada en Inteligencia Artificial y Seguro (España).
- Miembro del Consejo Directivo de AIDA Sección Brasileña y CILA.
- Presidenta de la Cátedra de Derecho de Seguro de la Academia Brasileña de Derecho y Prevención.

Marcelo Barreto Leal

- Doctor en Derecho Político y Económico por la Universidad Presbiteriana Mackenzie-Brasil.

- Especialista en Derecho de Seguros por la Universidad de Salamanca.
- Director Vicepresidente de Comunicación de la Sección Brasileña de AIDA.
- Presidente del Grupo de Trabajo de Seguros Automotores del CILA.

Moderadora:

Dra. Maria Fabiana COMPIANI

CILA JOVEN (ACOLDESE)

REGULACIÓN Y TECNOLOGÍA: EL IMPACTO DE OPEN INSURANCE Y LOS SANDBOXES EN EL SECTOR ASEGURADOR

9 de mayo de 2025 17 Hrs. Argentina

Andrea Moreno – Costa Rica

Abogada asociada en FINLEX, firma legal especializada en brindar asesoría legal en servicios financieros; y enfoca su práctica y asesoría legal en derecho y regulación de seguros y reaseguros en Costa Rica y Centroamérica. Andrea obtuvo su licenciatura en Derecho con honores en la Universidad de Costa Rica y posee un LLM en “Derecho Financiero y Comercial Internacional” de King’s College of London.

Oscar Garza – Mexico

Presidente AIM (2023-2027) I CEO de Journey Sports Cofundador y Director General de Journey Sports (insurtech especializada en seguros deportivos) y Presidente de la Asociación Insurtech México (2023-2025). A la fecha Journey Sports ha cubierto a más de 127 mil deportistas de más de 160 deportes ofreciendo seguros de accidentes, viajes, equipo deportivo y Responsabilidad civil.

Alberto Bogantes – Costa Rica

Asociado senior en BLP Abogados en San José, Costa Rica, especializado en Resolución de Conflictos, Seguros & Reaseguros e Insurtech. Se unió a BLP en 2018 y ha sido reconocido por su formación en derecho y seguros, además de ser Secretario de la Asociación Insurtech de Centroamérica y el Caribe. Desde 2025, también es Director del Comité de Competición de la Unión de Clubes de Fútbol de la Primera División.

NUEVA COLUMNA DEL CILA-ABRIL 2025

Desde el CILA, los invitamos a leer el artículo de nuestra Vicepresidenta y miembro del Consejo Científico, Dra. María Fabiana Compiani, titulado “El impacto de la litigiosidad en seguros en Argentina”.

En este profundo análisis, la autora examina las causas estructurales que alimentan la litigiosidad en el mercado asegurador argentino –desde la inflación y el fraude, hasta la falta de incentivos para la resolución alternativa de conflictos–y propone líneas de acción que invitan a la reflexión y al debate.

NOVA COLUNA DO CILA–ABRIL DE 2025

La vicepresidente del cila y miembro del consejo científico del CILA Dra. María Fabiana Compiani, escribió el artículo titulado “El impacto de la litigiosidad en seguros em Argentina.

Em este profundo artículo la autora analiza las causas estructurales de la litigiosidade

BOLIVIA

La asociación Boliviana de Derecho de Seguros AIDA BOLIVIA (Sección Boliviana de AIDA MUNDIAL) se complace en comunicar la exitosa realización del evento JORNADAS INTERNACIONALES DE SEGUROS, evento de gran relevancia académica que se llevó a cabo en la ciudad de La Paz, el día 4 de abril de 2025 en jornada completa, en el hotel Casa Grande de la calle 16 de la zona de Calacoto de la ciudad de La Paz.

Para este evento se tienen contó con la participación de los siguientes notables panelistas que han confirmado su presencia y participación:

- Luis Sandoval Chile. PRESIDENTE CILA (COMITÉ IBERO LATINOAMERICANO DE AIDA)–CHILE
- Alexander Gomez Perez ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHO DE SEGUROS–COLOMBIA
- Ernesto Batscheck Bryanzeff–ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHO DE SEGUROS, CON DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS–PARAGUAY
- Sergio Lozano, ESPECIALISTA EN RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS (PANELISTA).–COLOMBIA

Nuestros distinguidos invitados, junto con destacados panelistas nacionales desarrollaron los siguientes temas:

1) LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS DE SEGUROS.

Interpretación, coberturas y limitaciones de la póliza de errores y omisiones

2) RIESGOS POLITICOS

Análisis de las coberturas limitaciones y exclusiones de Guerra civil, Golpe de Estado, Insurrección, Revolución, Sabotaje, Huelgas y disturbios, Terrorismo, Expropiación de activos u operaciones, Restricciones a la conversión de fondos locales a moneda fuerte, Impago de laudo arbitral

3) OTROS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL:

- RESPONSABILIDAD CIVIL POR OBRA PÚBLICA
- SOLUCION DE CONFLICTOS CON TERCEROS EN SEGUROS DE RC

PROGRAMA

Palabras de inauguración Héctor PONCE DE LEÓN Presidente de AIDA BOLIVIA

PANEL NO.1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS DE SEGUROS.

- Dr. Alexander GÓMEZ PÉREZ Colombia
- Dr. Sergio LOZANO Colombia
- Dra. Carola HIDALGO.

Moderador: Dr. Marcos Mercado

PANEL NO.2 RIESGOS POLITICOS, ASEGURAMIENTO COBERTURAS Y EXCLUSIONES

- Dr. Luis SANDOVAL – Chile
- Dr. Ronald MARTIN – Bolivia

Moderador: Dra. Sandra RAMÍREZ

PANEL NO.3 SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL – RC DEL ESTADO

- Dr. Ernesto BATSCHECK BRYANZEFF Paraguay
- Dr. Andrés MORENO Bolivia

MODERADOR: LIC. HÉCTOR PONCE DE LEÓN

PRESENTACIÓN SALAMANCA

PANEL NO.4 SOLUCION DE CONTROVERSIAS CON EL TERCERO EN POLIZAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Dr. Igor VUCSANOVICH Arbitraje en seguros

Dr. Rodrigo RIVERA (La culpa de la víctima en el seguro de Responsabilidad civil)

Dr. Iván SALAME El análisis de la prueba en siniestros de RC

MODERADOR: DRA. ALEJANDRA ARANA

AGRADECIMIENTOS

CLAUSURA

La asistencia al evento, estuvo reservada exclusivamente para los invitados de las empresas auspiciadoras, teniéndose prevista una importante participación de profesionales, ejecutivos y personal de compañías, que podrán asistir SOLAMENTE con invitación nominativa e intransferible, otorgada por cada una de las empresas auspiciadoras.

AIDA BOLIVIA agradece a las empresas auspiciadoras

MORENO BALDIVIESO ESTUDIO JURIDICO

DENTONS GUEVARA & GUTIERREZ ESTUDIO JURIDICO

CONSESO LTDA

COMPAÑIA DE SEGUROS Y REASEGUROS FORTALEZA S.A.

MERCANTIL SEGUROS

FIDENTIA- IIS AJUSTADORES DE SEGUROS

LA BOLIVIANA CIACRUZ DE SEGUROS Y REASEGUROS

TU BROKER SUDAMERICANA

NACIONAL SEGUROS Y REASEGUROS

ETS ESTUDIO TECNICO EN SEGUROS

MACLAW ESTUDIO DE ABOGADOS

LAZO DE LA VEGA ESTUDIO DE ABOGADOS

CREDISEGURO S.A

BRASIL

MOTO INSURANCE WORKING PARTY MEETING

2025 March 31” 16.00 (Italy time), 12:00 (Brazil time)

Virtual–Teams webinar

VEHICLE AUTOMATION AND NEW MOBILITY: INSURANCE ISSUES

- Electric Mobility and Insurance Market Evolution: Challenges and Opportunities (Roberta LO CONTE)
- New Technologies Embedded in Vehicles and Their Impact on Auto Insurance (electrification of engines and connectivity) (Marcelo Barreto Leal)
- Artificial Intelligence in Automated Vehicles: A Preliminary Insurance Perspective (Lorenzo RODIO NICO)

CHAIR

- Prof. Sara LANDINI—Chair Motor Insurance Working Party AIDA World
- Dr. Francesco LA FATA—Adjunct Secretary Motor Insurance Working Party AIDA World

SPEAKERS

- Dr. Roberta LO CONTE—University of Rome “La Sapienza”, Italy
- Dr. Marcelo BARRETO Leal School of Business and Insurance—ENS, Brazil
- Dr. Lorenzo RODIO Nico University of Bari, Italy

COLOMBIA

RESEÑAS PREPARADAS POR NICOLAS URIBE

NOMBRE DEL EVENTO: Tertulia Académica

FECHA: 13 de marzo del 2025

ORGANIZADO POR: Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE

TITULO DE LA CONFERENCIA: Análisis sentencia SC3281-2024 del 16 de diciembre de 2024. Terminación por mora en el pago de la prima y revocación unilateral del contrato de seguro.

CONFERENCISTA Victoria VARGAS

Dra. Victoria VARGAS: Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Comercial y Derecho Financiero de la misma Universidad. Especialista en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana. Es miembro activo de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE). Abogada senior en Posse Herrera RUIZ en las áreas de seguros y resolución de conflictos.

RESEÑA DE EVENTO ACADÉMICO PARA SU PUBLICACIÓN EN LA REVISTA IBERO-LATINOAMERICANA DE SEGUROS

NOMBRE DEL EVENTO: Tertulia Académica ACOLDESE JOVEN

LUGAR: Plataforma virtual Zoom

FECHA: 26 de marzo del 2025

ORGANIZADO POR: Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE

TITULO DE LA CONFERENCIA: IX FORO DE ACOLDESE JOVEN-NOVEDADES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO.

CONFERENCISTA(s):

Dra. Daniela ARIAS ARIAS: Directora Cámara Técnica de Cumplimiento y RC – FASECOLDA

Dr. David Augusto Tejeiro: Socio TDB Abogados

NOMBRE DEL EVENTO: Tertulia Académica ACOLDESE

FECHA: 9 de abril del 2025

ORGANIZADO POR: Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE

TITULO DE LA CONFERENCIA:

AGRAVACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO EN EL CONTRATO DE SEGURO: NOTIFICACIÓN Y EFECTOS SEGÚN LA SENTENCIA SC2694-2024.

CONFERENCISTA(s): Dra. Carolina DE LA TORRE ÁVILA

Abogada de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho de Seguros de la Universidad Pontificia Javeriana y Magíster en Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente, lidera el Grupo de Práctica de Seguros en GÓMEZ-PINZÓN Abogados.

NOMBRE DEL EVENTO: Tertulia Académica ACOLDESE – CAPÍTULO BARRANQUILLA

LUGAR: Plataforma virtual Zoom

FECHA: 22 de abril del 2025

ORGANIZADO POR: Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE

TITULO DE LA CONFERENCIA:**INOPONIBILIDAD DE EXCEPCIONES EN EL SOAT: IMPLICACIONES DE LA SENTENCIA SC3075-2024.**

NOMBRE DEL PONENTE(s) O CONFERENCISTA(s):

Dr. Alexander GÓMEZ PÉREZ: Abogado y especialista en Responsabilidad y Seguros de la Universidad del Norte. Cuenta con una especialización en Seguros y un Magíster en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual, Extracontractual, Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente, se desempeña como Socio-Director de OMP Abogados y es cofundador de FARO, una plataforma que impulsa la transformación digital de los intermediarios de seguros.

Es profesor de pregrado y posgrado en la cátedra de seguros de las universidades del Norte (Barranquilla) y Libre (Pereira). Además, se desempeña como Conjuez de la Sala Especializada Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y Cartagena. Es miembro de la Junta Directiva del capítulo Barranquilla de ACOLDESE y miembro no científico del Comité de Ética en Investigación del Área de la Salud de la

NOMBRE DEL EVENTO: Tertulia Académica ACOLDESE

LUGAR: Club de Banqueros y Empresarios y Plataforma virtual Zoom

FECHA: 06 de mayo del 2025

ORGANIZADO POR: Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE

TITULO DE LA CONFERENCIA:**ANÁLISIS DE LA SENTENCIA PROFERIDA POR EL CE QUE RESOLVIÓ LA SOLICITUD DE NULIDAD DEL FALLO CON RESPONSABILIDAD DEL PRF 007-2011 INDUSTRIA DE LICORES DEL VALLE.**

CONFERENCISTA(s): Dr. Nicolás URIBE LOZADA y Dr. Juan CAMILO ARANGO

Expositor Dr. Nicolas URIBE LOZADA: Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista y Magíster en Derecho de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana. Docente de Pregrado y Posgrado en la Pontificia Universidad Javeriana y de la Universidad Externado de Colombia. Director Académico del Diplomado de Seguros de la Pontificia Universidad Javeriana. Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Expositor Dr. Juan Diego ARANGO: Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, con especializaciones en Derecho de Seguros y Derecho Comercial de

la Pontificia Universidad Javeriana. Cuenta con más de 18 años de experiencia en el sector asegurador, enfocado en derecho de seguros y reaseguros.

Actualmente es Socio Director para Colombia de la firma inglesa DAC Beachcroft, es miembro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –ACOLDESE– y ha sido reconocido de forma consecutiva por los rankings internacionales Legal 500 y Chambers and Partners por su trayectoria en la industria.

NOMBRE DEL EVENTO: Tertulia Académica ACOLDESE JOVEN

LUGAR: Plataforma virtual Zoom

FECHA: 22 de mayo del 2025

ORGANIZADO POR: Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, ACOLDESE

TITULO DE LA CONFERENCIA:

X FORO ACOLDESE JOVEN–LA CONSTRUCCIÓN DE CONFIANZA EN LOS SEGUROS DE RIESGOS CIBERNÉTICOS.

CONFERENCISTA(s): Dra. Adriana Sofia SALES PORTO y Dra. Diana Catalina NOVOA RUBIANO

Expositor Dra. Adriana Sofia SALES: Abogada y Especialista de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Derecho de Seguros de la Universidad de Salamanca, España. Maestría en curso en Derecho de Daños de la Universidad de Girona, España.

Expositor Diana Catalina NOVOA RUBIANO: Abogada y Especialista en Derecho de Seguros y Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana. Cuenta con más de 8 años de experiencia en derecho de seguros, desarrollada en firma de abogados, aseguradoras y broker de reaseguro, con enfoque en líneas financieras y seguros cibernéticos (Cyber).

NOMBRE DEL EVENTO: Tertulia Académica ACOLDESE–CAPÍTULO CALI

LUGAR: Plataforma virtual Zoom

FECHA: 28 de mayo del 2025

ORGANIZADO POR: Asociación Colombiana de Derecho de Seguros, AcoldeSe

TITULO DE LA CONFERENCIA:

CLÁUSULA DE UNIDAD DE SINIESTRO EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL (SENTENCIA SC3280-2024 CSJ)

CONFERENCISTA(s): Dr. Javier TAMAYO JARAMILLO – Dr. Alan DEL RÍO VÁSQUEZ –Moderador Francisco J. HURTADO LANGER

Expositor Dr. Javier TAMAYO JARAMILLO: Árbitro, abogado litigante, tratadista de seguros y responsabilidad civil y exmagistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Socio fundador de TAMAYO JARAMILLO & Asociados.

Expositor Dr. Alan DEL RÍO VÁSQUEZ: Árbitro y abogado litigante en seguros y responsabilidad civil y director del Capítulo Cali de ACOLDESE. Socio de DEL RÍO VÁSQUEZ Abogados.

Moderador Dr. Francisco J. HURTADO LANGER: Árbitro y abogado litigante en seguros y responsabilidad civil y miembro del Capítulo Cali de ACOLDESE. Socio de HURTADO GANDINI DÁVALOS

ACTIVIDADES EN COLABORACIÓN

NOMBRE DEL EVENTO: JORNADAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS

LUGAR: Universidad ICESI Cali y Modalidad Virtual

FECHA: 21 de marzo del 2025

ORGANIZADO POR: Universidad ICESI, IARCE Y la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros ACOLDESE

NOMBRE DEL EVENTO: FORO LAS NUEVAS TENDENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU ASEGURAMIENTO

LUGAR: Pontificia Universidad Javeriana

FECHA: 8 de abril del 2025

ORGANIZADO POR: Pontificia Universidad Javeriana, Colegio de Abogados Javerianos, la Pontificia Universidad Bolivariana y la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros ACOLDESE

NOMBRE DEL EVENTO: TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL ASEGURAMIENTO

LUGAR: Universidad Pontificia Bolivariana – Medellín

FECHA: 10 de abril del 2025

ORGANIZADO POR: La Pontificia Universidad Bolivariana, Pontificia Universidad Javeriana y la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros ACOLDESE

FELICITACION

La Asociación felicita a nuestra presidenta Carmenza MEJÍA MARTÍNEZ

por su designación como conjuez de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de justicia para el periodo 2025 – 2026.

Consideramos que su presencia en esa importante posición en la Rama Judicial colombiana es un merecimiento de la doctora Carmenza por su ejercicio profesional probo y constante, y que su especialidad en seguros y otras materias implicará una significativa contribución a la justicia de nuestro país.

JUNTA DIRECTIVA ACOLDESE

Bogotá. 27 de febrero de 2025

NOTICIAS FASECOLDA

CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE SEGUROS

FECHA: 14 A 16 de mayo de 2025 en el hotel Intercontinental de Medellín Colombia, con la participación de destacados panelistas nacionales e Internacionales.

Palabras de Bienvenida Gustavo Morales Cobo Presidente Ejecutivo de Fasecolda

Intervención Superintendencia Financiera de Colombia Luz Elvira Moreno Dueñas

Superintendente Delegada de la Delegatura para Seguros de la Superintendencia Financiera de Colombia

Lanzamiento obra académica “Arbitraje en Seguros” Luis Eduardo Clavijo Patiño

Vicepresidente Jurídico de Fasecolda

Gustavo Andres Piedrahita Forero

Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

Retos y Perspectivas del proceso arbitral en el Sector Asegurador Panel: María Mercedes Ibáñez Vicepresidente Jurídica Seguros Bolívar

María del Pilar Galvis Socia directora de Galvis & Asociados

Bernardo Salazar Socio de Botero Salazar Tobón y Abogado

Juan Pablo Cárdenas Árbitro Nacional e Internacional del CIADI

Moderadora: Laura Marcela Rueda Ordoñez Árbitro Nacional y Secretaria

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en el Contrato de Seguro

Análisis de jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia

Gabriel Jaime Vivas Diéz Abogado experto en Derecho de Seguros

El reconocimiento de intereses moratorios en el ejercicio de la acción de subrogación

Juan Camilo Neira Director del Departamento de Riesgos y Seguros de la Universidad Externado de Colombia

Recomendaciones al sector asegurador en la defensa de procesos de responsabilidad fiscal

¿Cómo ejercer una buena defensa técnica ante la CGR en procesos de responsabilidad fiscal? Armando GUTIÉRREZ VILLALBA Socio fundador DE VÉLEZ GUTIÉRREZ Abogados

Nuevos paradigmas en el sector asegurador

Riesgos geopolíticos para los negocios internacionales

Ricardo Santamaría Burgos

Director de Riesgo País y Gestión de Deuda de CESCE

Open Data, IA y Data Sintética: El nuevo ADN Digital del Derecho de los Seguros

Rafael GAMBOA BERNATE

Socio Data y Tic

Implementación de la Inteligencia Artificial en litigios de seguros

Lorenzo VILLEGAS Carrasquilla Socio de CMS RODRÍGUEZ Azuero

Innovación ASG: Competitividad y Sostenibilidad en el Sector Asegurador

Alejandra Díaz Agudelo Directora de Sostenibilidad de Banco Davivienda y Seguros Bolívar

El consumidor digital en seguros en el marco del comercio electrónico

Luis Humberto Ustariz- Socio Ustariz y Abogados

Retos del Sistema de Salud y su aseguramiento

Elementos estructurales Reforma a la Salud Catherine Juvinao Clavijo

Representante a la Cámara de Representantes por el partido Alianza Verde

Retos ante una eventual implementación de la Reforma a la Salud Diana Isabel Cárdenas Gamboa

Consultora Senior Asociada de Inclusión S.A.S.

Retos para las Pólizas de Salud ante la Reforma: Impactos, adaptación y futuro del Aseguramiento

Juan Manuel Díaz-Granados Ortíz

Socio Fundador de Diaz-Granados & Abogados Consultores

Reforma a la Salud: Nuevos Sistemas de Aseguramiento

Panel: Catherine Juvinao Clavijo

Representante a la Cámara de Representantes por el partido Alianza Verde

Juan Manuel Díaz Granados

Socio Fundador de Díaz-Granados & Abogados Consultores

Diana Isabel Cárdenas Gamboa

Consultora Senior Asociada de Inclusión S.A.S.

Moderadora: Alma Ariza Fortich

Vicepresidenta Jurídica de Colmena Seguros

AGRADECIMIENTO. La Sección informativa de la Revista Ibero latinoamericana de Seguros agradece profundamente a la directiva del CILA y todas las secciones nacionales, los grupos de trabajo y otras organizaciones académicas por el envío de sus reseñas que hacen de esta sección, la memoria escrita de las actividades académicas en seguros.

SANDRA RAMÍREZ
DIRECTORA DE LA SECCIÓN INFORMATIVA

REVISTA IBERO-LATINOAMERICANA DE SEGUROS –RIS– NORMAS DE PUBLICACIÓN

1. POLÍTICA EDITORIAL

Para la Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros (RIS) es primordial la publicación de artículos inéditos de investigación, desde la perspectiva doctrinal o técnico-económica en materia de Derecho de Seguros, y que además aporten significativamente a la comunidad científica. Como órgano difusor de la Asociación Internacional de Derechos de Seguros (AIDA), el Comité Ibero-latinoamericano (CILA) y la Federación Interamericana de Empresa de Seguros (FIDES) tiene como objetivo publicar cada uno de los documentos relevantes y actuales, como son las memorias o resúmenes de eventos, noticias legislativas y jurisprudencia.

2. REGISTRO

La revista Ibero-Latinoamericana de Seguros se encuentra registrada bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento 4.0 Internacional. Por lo tanto, esta obra se puede reproducir, distribuir y comunicar públicamente en formato digital, siempre que se reconozca el nombre de los autores y a la Pontificia Universidad Javeriana. Se permite citar, adaptar, transformar, autoarchivar, republicar y crear a partir del material, para cualquier finalidad (incluso comercial), siempre que se reconozca adecuadamente la autoría, se proporcione un enlace a la obra original y se indique si se han realizado cambios. La Pontificia Universidad Javeriana no retiene los derechos sobre las obras publicadas y los contenidos son responsabilidad exclusiva de los autores, quienes conservan sus derechos morales, intelectuales, de privacidad y publicidad.

El aval sobre la intervención de la obra (revisión, corrección de estilo, traducción, diagramación) y su posterior divulgación se otorga mediante una licencia de uso y no a través de una cesión de derechos, lo que representa que la revista y la Pontificia Universidad Javeriana se eximen de cualquier responsabilidad que se pueda derivar de una mala práctica ética por parte de los autores. En consecuencia de la protección brindada por la licencia de uso, la revista no se encuentra en la obligación de publicar retractaciones o modificar la información ya publicada, a no ser que la errata surja del proceso de gestión editorial. La publicación de contenidos en esta revista no representa regalías para los contribuyentes.



3. NORMAS DE ENVÍO

El envío de artículos para publicación procederá de la siguiente manera:

3.1. Generalidades

Remitir el artículo al editor de la revista al correo electrónico revibseg@javeriana.edu.co Por ser una publicación con arbitraje, el Comité Editorial otorgará prelación a los artículos que consistan en informes de investigación, revisión o reflexión y que puedan ser catalogados en la sección doctrinal o técnicoeconómica de la revista. Además, también se integrarán artículos que por su importancia en el campo del derecho de seguros traten temas jurisprudenciales, legislativos o informativos que hacen parte de las otras tres secciones fundamentales de la revista.

Una vez recibido el texto, comenzará el procedimiento de evaluación y en ocho días hábiles se confirmará la efectiva recepción de los artículos.

Adjuntar documentos originales de las tablas, figuras, fotografías o cuadros; es decir, Power Point, Excel o cualquier software. Junto con el texto o artículo serán enviadas las hojas de vida de cuatro potenciales evaluadores del mismo. El Comité Editorial decidirá si remite la evaluación a las personas referidas.

4. ESTILO Y ESTRUCTURAS DE PRESENTACIÓN DEL ARTÍCULO

4.1. Estilo del artículo

- **Extensión.** Los artículos no deben exceder las 25 páginas (5000 palabras), en presentación de cuartillas –doble espacio, letra Times New Roman, tamaño 12–.
- **Resumen.** Escrito en español e inglés, debe ser corto y sintetizar el contenido del artículo en formato descriptivo o analítico. De tal manera que incluya la pregunta que responde al trabajo objeto de análisis, marco o perspectiva teórica, metodología, principales hallazgos, conclusiones y propuestas futuras de investigación. Máximo 250 palabras.
- **Palabras clave.** Escritas en español e inglés, deben ir después del resumen o abstract. Deben ser entre 3 a 6 palabras, ordenadas alfabéticamente y que a lo largo del texto se destaquen por ser aquellas que signifiquen o den un marco de referencia sobre los temas principales del artículo. Se sugiere someterlas por tesauros o descriptores como son los de la UNESCO; es decir, palabras estandarizadas internacionalmente.
- **Titulación, numeración y viñetas.** Los títulos de segunda línea (subtítulos) deberán ir en letra tipo *Itálica* o cursiva, en formato “negrita” y serán numerados con el sistema arábigo; en las viñetas se utilizará un formato correspondiente a guión (-).

4.2. Información sobre autores y origen del artículo

- **Autores.** Deberán incluir el nombre completo (nombre(s) y apellidos del autor(es)), máximo título obtenido, estudios realizados, afiliación institucional (entidad y cargo de la institución donde trabaja actualmente) y el correo electrónico institucional y personal.
- **Naturaleza del artículo.** Debe especificarse su origen, si ha sido resultado de investigación, reflexión, revisión, tesis de grado, ensayo, reseña crítica, estudios de impacto (caso), monografías, análisis coyunturales, estudios técnicos o doctrinales. Si es producto de las tres primeras, el autor debe acompañar la información del título del proyecto con la entidad financiadora, fecha de realización y código de registro si lo tiene.

4.3. Figuras y tablas

- Todas y cada una de las figuras y tablas deben enviarse en archivo original e ir inmediatamente después del texto que la referencia, además de ser mencionadas en el artículo de forma consecutiva, usando números arábigos.
- El título da informe de lo que está en la figura o tabla y se referencia con la fuente, si son elaboración propia mencionarlo con base en qué autor o metodología se elaboró y la fecha.
- Definir adecuadamente los símbolos y acrónimos utilizados.

4.4. Citas y referencias

- **Citación.** La Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros se basa en las normas utilizadas por las revistas especializadas en Derecho de Seguros a nivel mundial y se apoya en normas ISO y Blue Book. Es importante que cada citación que se haga dentro del texto también se incluya en la bibliografía, en orden alfabético por apellido.
- **Referencias.** Se incluyen dentro del texto, utilizando el sistema parentético. Para mayor entendimiento, se enuncian a continuación diversos ejemplos de citas y referencias.

Referencias de autores: Todas las citas deben incluir:

Único autor: Nombre del autor y año de publicación del artículo y página.

Dos autores: Nombre de los dos autores y año de publicación.

Tres o más autores:

En caso de existir más de una referencia del mismo autor, al hacer la citación en bibliografía se recomienda numerar cada citación con las letras “a”, “b”, “c”, etc., ubicando el año de publicación de cada una.

- **Citación de referencias bibliográficas:**

ARTÍCULOS DE REVISTAS: Apellido, nombre (año). Título del artículo. Nombre de la revista, volumen o número, rango de páginas citadas.

Cummins, J.D., Doherty (2002). Can insurers pay for the “Big One” Journal of Banking and Finance, 26, 557-583.

LIBROS: Apellido, inicial del nombre (año). Nombre del libro. Editorial del libro.

Maddala, G.S, 1983. Limited Dependent and Qualitative Variables in Econometrics. Cambridge: Cambridge University Press.

CAPÍTULOS DE LIBROS: Apellido del autor citado, inicial del nombre (año). Nombre del capítulo. En: Apellido del autor del libro, inicial del nombre. Nombre del libro, volumen o número del libro. Ciudad: editorial, rango de páginas.

Borch, K (1968). General equilibrium in the economics of uncertainty, in K Borch and J. Mossin (eds.) Risk and Uncertainty, London: Macmillan, pp. 247-258.

PONENCIAS Y COMUNICADOS: Apellido, nombre (año). *Título de la ponencia o comunicado*. En: nombre, apellido (ed.), título (rango de páginas citadas). Ciudad: editorial.

Rocha, A. (1999). *Innovación empresarial: un nuevo enfoque de desarrollo*. En A. Balbuena (ed.), Memorias del IV Simposio de Integración Financiera (pp. 50-75). Bogotá: Panamericana.

CONFERENCIAS: Apellido, nombre (año, mes). Título. Documento presentado en... ciudad, país.

Garzón, J.C. (2000, marzo). Más allá de las decisiones económicas. Documento presentado en la II Jornada de Análisis Económico, La Habana, Cuba.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS: Apellido, nombre (año). Título. Recuperado el día del mes del año, dirección electrónica.

Departamento Nacional de Planeación (2003). Cifras de violencia 1996-2000. Recuperado el 24 de julio de 2005, de http://www.dnp.go.vo/paginas_detalle.aspx?idp=562

CÓDIGOS: Nombre del código (año). Editorial.

JURISPRUDENCIA: (artículos dentro de Colombia): Órgano del que provienen, sala, fecha, radicación y magistrado.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, enero 15 de 2009, RAD: 23587, MP Nilson Pinilla.

REVISTA IBERO-LATINOAMERICANA DE SEGUROS –RIS– PUBLICATION GUIDELINES

1. EDITORIAL POLICY

The publication of Insurance Law original research papers from the scholar or technical and economic perspective and that make a significant contribution to the scientific community is fundamental for Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros –RIS–. As organ of divulgation of the International Insurance Law Association (AIDA), the Iberian- Latin American Committee (CILA) and the Insurance Companies Inter- American Federation (FIDES), it has as purpose to publish each on the pertinent and current documents such as memories or event summaries, legislative news and jurisprudence.

2. REGISTRATION

The journal Ibero-Latinoamericana de Seguros is registered under a Creative Commons Attribution 4.0 International Public License. Thus, this work may be reproduced, distributed, and publicly shared in digital format, as long as the names of the authors and Pontificia Universidad Javeriana are acknowledged. Others are allowed to quote, adapt, transform, auto-archive, republish, and create based on this material, for any purpose (even commercial ones), provided the authorship is duly acknowledged, a link to the original work is provided, and it is specified if changes have been made. Pontificia Universidad Javeriana does not hold the rights of published works and the authors are solely responsible for the contents of their works; they keep the moral, intellectual, privacy, and publicity rights.

Approving the intervention of the work (review, copy-editing, translation, layout) and the following outreach, are granted through an use license and not through an assignment of rights. This means the journal and Pontificia Universidad Javeriana cannot be held responsible for any ethical malpractice by the authors. As a consequence of the protection granted by the use license, the journal is not required to publish recations or modify information already published, unless the errata stems from the editorial management process. Publishing contents in this journal does not generate royalties for contributors.

3. SUBMISSION

3.1 Submission of articles for publication shall proceed as follows:

Articles shall be sent to the journal Editor by e-mail to the address revibseg@javeriana.edu.co As it is a publication subject to evaluation by academic peers, the Editorial Committee will prefer articles of research, reflection or review and that may be included in

the doctrine or technical and economic section of the journal. Additionally, articles relevant to insurance law dealing with jurisprudential, legislative or informative issues that are part of the other three main sections of the journal will be included too.

Once the manuscript has been received, the evaluation stage begins and within eight (8) working days receipt will be duly acknowledged. Charts, pictures or tables shall be attached as well as Power Point slides, Excel or any other type of software. Along with the text or article, the *résumés* of four potential academic peers shall be attached. Editors will decide whether to send or not the manuscript to those peers.

4. STYLE AND STRUCTURE OF THE MANUSCRIPT

4.1. Article style

- **Extension:** Articles shall not exceed 25 pages (5,000 words) and they shall be double-spaced, Times New Roman font (12).
- **Abstract:** Written both in Spanish and in English, short and summing up contents of the article in an analytical or descriptive format indicating purpose and object of analysis, theoretical perspective, methodology, main findings, conclusions and future research proposals. It shall no have more than 250 words.
- **Key words:** Written in Spanish or English presented after the abstract. They shall be between 4 and 6 words, alphabetically presented and that throughout the text are relevant to the extent they give a framework as to the main topic of the manuscript. It is suggested that they be presented following the UNESCO standards, that is, internationally standardized words.
- **Headings and numbers.** Subtitles shall be presented in bold italics and they shall be numbered in Arabic system. A dash shall be used when listing.

4.2. Information about authors and origin of manuscript or article

- **Authors.** Complete name (first name and last name), most recent and maximum academic degree obtained, studies, institutional association (entity and post) and institutional and personal e-mail.
- **Nature of the manuscript.** Its origin shall be specified and whether it is the result of research, review, reflection, degree dissertation, case analysis, essay, situation analysis, technical or doctrine studies. Should it be the product of the first three, author shall attach information on about the title of the project carried out with financing entities, date of performance and registration code if any.

4.3. Drawings and charts

- Each and everyone of the drawings and charts shall be sent in original versions and files and be presented immediately after the reference text in addition to be mentioned in the article in a consecutive form by using Arabic numbers.
- The title mentions whatever is shown in the drawing or chart and whether is referenced with the source; if they are elaborated ones, the author or methodology as well as their date shall be mentioned.
- Adequately define symbols and acronyms used.

4.4. Citation and references

- **Citation.** Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros –RIS— is based on rules used by journals specialized in insurance law worldwide and it is based on ISO and Blue Book rules. Citation shall be made within the text and it shall include the bibliography in alphabetical order using the last names.
- **References.** They are included within the text by using the parenthetic system. For greater understanding, examples of citation and references are mentioned below:

Authors references. All citations shall include:

One author: Author's name and year of publication of article and page;

Two authors: Name of the two authors and year of publication;

Three or more authors: In case that there is more than one reference to the same author, when citing it is recommended to number each citation with the letters “a”, “b”, “c”, etc., indicating the year of publication of each one of them.

- **Bibliographical references citation:**

JOURNALS ARTICLES. Last name, Name (year). Title. Name of the journal, volume or issue, pages cited.

Cummins. J.D., Doherty, (2002), Can insurers pay for the “Big One” Journal of Banking and Finance, 26, 557-583.

BOOKS: Last name, Name initial (year), title, publishing house.

Maddala, G.S., (1983), Limited Dependent and Qualitative Variables in Econometrics. Cambridge: Cambridge University Press.

BOOK CHAPTERS: Cited author last name, name initial (year), chapter title. In: Last name of book author, Name initial, book title, volume or issue. City: Publishing house, pages cited.

Borch, K., (1968), General equilibrium in the economics of uncertainty, in K Borch and J. Mossin (eds.) *Risk and Uncertainty*, London: Macmillan, pp. 247-258.

PRESENTATIONS AND COMMUNIQUÉS: Last name, Name (year), *Title of presentation of communiqué*. In: name, Last Name (ed.), title (pages cited), City, Publishing House.

Rocha, A., (1999), Innovación empresarial: un nuevo enfoque de desarrollo, en A. Balbuena (ed.), *Memorias del IV Simposio de Integración Financiera* (pp. 50-75). Bogotá: Panamericana.

LECTURES AND CONFERENCES: Last name, name (year, month). *Title*. Document presented at...city, country.

Garzón, J.C., (2000), March. *Más allá de las decisiones económicas*. Documento presentado en la II Jornada de Análisis Económico. La Habana, Cuba.

ELECTRONIC DOCUMENTS: Last name, name (year). *Title*. Visited on day, month, year, e-address.

Departamento Nacional de Planeación (2003). *Cifras de violencia 1996-2000*. Visited last July 24, 2005 at http://www.dnp.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=562

CODES: Code (year), Publishing House.

JURISPRUDENCE (Articles within Colombia): Issuing organ, section, date, file and judge.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, enero 15 de 2009, RAD: 23587, MP Nilson Pinilla.