

“EJERCICIO ILÍCITO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA Y SUS
EFECTOS LEGALES DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO Y LA REFORMA FINANCIERA CONTENIDA EN LA
LEY 1328 DE 2009”

Presentada por:

Juana María Castillo López

Natalia Martínez del Río Samper

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad De Ciencias Jurídicas

Departamento De Derecho Económico

Bogotá D.C.

2010

“EJERCICIO ILÍCITO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA Y SUS
EFECTOS LEGALES DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO Y LA REFORMA FINANCIERA CONTENIDA EN LA
LEY 1328 DE 2009”

Dirigida por:

Dra. María Fernanda Navas Herrera

Presentada por:

Juana María Castillo López

Natalia Martínez del Río Samper

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad De Ciencias Jurídicas

Departamento De Derecho Económico

Bogotá D.C.

2010

NOTA DE ADVERTENCIA

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946:

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada en contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.”

TABLA DE CONTENIDO

1.	“INTRODUCCIÓN”	5
2.	“ANTECEDENTES DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN EL ÁMBITO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA”	7
3.	“SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA”	15
3.1	Noción de supervisión y regulación. Características.	15
3.2	Supervisión de la actividad aseguradora en Colombia.	18
3.3	Justificación de la supervisión de la actividad aseguradora.	21
3.4	Análisis de los diferentes controles y requisitos para realizar el negocio asegurador en diferentes países. Una visión desde el derecho comparado en España y Estados Unidos.	25
3.4.1	España.	26
3.4.2	Estados Unidos.	29
4.	“EJERCICIO ILEGAL DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA”	35
4.1	Consecuencia del ejercicio ilegal de la actividad aseguradora y la función del estado para evitarlo.	37
4.2	Situaciones que en principio fueron consideradas una manifestación del ejercicio ilegal de la actividad aseguradora y, por ende, controvertidos.	40
4.2.1	Los servicios funerarios.	40
4.2.2	Las sociedades afianzadoras.	47

4.2.3	La medicina Prepagada y su discusión frente al contrato de seguro.....	53
5.	AUSENCIA DE UNA SUPERVISIÓN A NIVEL SUPRANACIONAL EN MATERIA DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA.....	58
5.1	La contratación de seguros con compañías aseguradoras extranjeras dentro del territorio colombiano.....	59
5. 2	Hacia la creación de una autoridad supranacional en materia de seguros ejerciendo función de supervisión.....	63
6.	ANÁLISIS DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA BAJO EL ÁMBITO DE LA NUEVA REGULACIÓN (LEY 1328 DE 2009, REFORMA FINANCIERA).....	68
6.1	Manifestacion de la supervisión y regulación del Estado en la ley 1328 de 2009.....	69
6.2	Posibilidad que trae la ley 1328 de 2009 de crear sucursales de compañías aseguradoras extranjeras en Colombia.....	71
6.2.1	La influencia de la posibilidad de crear sucursales de compañías aseguradoras extranjeras en Colombia, representada en las negociaciones de diferentes tratados de libre comercio.....	73
6.3	Registro único de seguros (RUS).....	77
6.4	Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 de la ley 1328 de 2009 que actualmente cursa en la Corte Constitucional.....	79
6.5	Consideraciones finales sobre la reforma financiera.....	86
7.	CONCLUSIONES.....	89
	BIBLIOGRAFÍA.....	92

Resumen

La actividad aseguradora en Colombia ha venido siendo perjudicada por el ejercicio ilegal que se ha desarrollado al margen de la misma, eludiendo los controles estatales y generando ventajas competitivas que, en últimas, terminan afectando al consumidor. Siendo, dicho ejercicio ilegal, consecuencia de la excesiva supervisión estatal, que se refleja incluso en la expedición de la nueva Ley 1328 de 2009. Es por estas razones que se pretende analizar la posibilidad de crear una autoridad supranacional que integre el mercado asegurador colombiano con el mercado global, evitando así la excesiva regulación y condenando efectivamente las prácticas ilegales en materia aseguradora.

Abstract

The insurance activity in Colombia has been affected by the illegal exercise of the insurance activity that has been developed a parallel market, eluding the state controls and creating competitive advantages for these illegal organizations, that finally affects users. This illegal exercise is consequence of the state's excessive supervision that is even reflected on the recent 1328 Law of 2009. Is for these reasons that this work pretends to analyze the possibility of create a new supranational authority who integrates the Colombian insurance market with the global market, preventing and avoiding the excessive regulation and condemning effectively the illegal practices.

Palabras clave: Ejercicio ilegal, actividad aseguradora, reforma financiera, autoridad supranacional.

Key words: Illegal exercise, insurance activity, financial reform, supranational authority

1. Introducción

El presente trabajo se pretende realizar con la finalidad de evidenciar y ahondar el problema que nos afecta en estos momentos de crisis económica, social y jurídica que vive la comunidad hoy en día como lo es el ejercicio de la actividad ilegal aseguradora. En pocas palabras lo que pretendemos hacer es investigar y analizar lo que sucede con el ejercicio ilegal de la actividad aseguradora en Colombia y las implicaciones que pueda tener la reforma financiera de la Ley 1328 de 2009.

La industria aseguradora y, los seguros a lo largo de la historia, han desarrollado su propio mercado que, como es de esperarse, se rige por las leyes de la oferta y la demanda, razón por la cual los consumidores pretenden siempre ahorrar costos y maximizar beneficios. Sin embargo, en el plano nacional, se ha visto un estancamiento a nivel legislativo en cuanto al libre mercado se refiere, puesto que el Estado colombiano se ha encargado de controlar excesivamente la industria aseguradora haciéndola muy frágil frente a sus pares internacionales que no andan con este lastre Estatal quitándole movilidad y eficiencia propias de este mercado. Si bien el objetivo es loable, el minucioso control estatal hace que la industria no sea tan eficiente como debería serlo y lo peor, no pueda competir en escenarios internacionales, que aunque el gobierno ha querido cerrar, se ha vuelto cada vez más una difícil tarea que a nuestro modo de ver, ha alimentado el espíritu aventurero de todos aquellos agentes que en viaje de trabajo ingresan al país a ofrecer seguros de todo tipo; o bien de los que han hecho viajes relámpago al exterior a contratar seguros que los ampare. Esto ha incentivado la generación del mercado paralelo, el cual perjudica constantemente al gremio asegurador, quien sí es obligado a cumplir con los exigentes requisitos preestablecidos para continuar desarrollando su actividad, lo que produce desequilibrio a la hora de competir con el mercado asegurador internacional.

No obstante lo anterior, cabe preguntarse cuál es el sentido o el fin último de dicho proteccionismo estatal. De esta forma, encontramos que el objetivo de dicha intervención estatal está dada para salvaguardar los intereses del agente tomador de los seguros ya que puede darse el caso, entre muchos otros, de que la empresa con la cual el tomador decida contratar su seguro no tenga los medios para pagar la indemnización, reparación o sustitución del bien según sea el caso. Aún así, cabe recordar que el Estado colombiano sólo tiene jurisdicción al interior del territorio colombiano, motivo por el cual si un tomador sale al exterior del país a contratar un seguro en otro país ya no podrá ser objeto de protección por parte del Estado Colombiano. Es por esta razón que se discutirá la posibilidad de crear una autoridad supranacional en materia de seguros con el fin de superar esta clase de obstáculos y, así eliminar las barreras territoriales, generando un mercado más amplio y seguro.

Lo anterior, teniendo en cuenta los graves efectos que produciría un clima de incertidumbre, inseguridad jurídica y desconfianza pública el tema de los contratos de seguros si llegara a presentarse el fenómeno que se dio hasta hace poco conocido como “las pirámides”, con el cual se afectó el interés público y la comunidad en general al darse un mayor crecimiento de los índices de la pobreza nacional, por el desfaldo colectivo. Lo que no podemos permitir es que los tomadores de seguros resulten al momento del acaecimiento del siniestro desamparados en virtud de una “falsa póliza”, la cual fuera de no cumplir los requisitos legales para su expedición no cuenta con los recursos suficientes para respaldar esta serie de circunstancias. Es menester aclarar que dicho fenómeno no es exclusivo puesto que en la actualidad se presentan otras manifestaciones que podrían ser ejercicio ilegal de la actividad aseguradora.

Finalmente, se hará un análisis de la reforma financiera contenida en la Ley 1328 de 2009 en lo atinente a la actividad aseguradora y la demanda de inconstitucionalidad del artículo 86 de la misma norma, que actualmente se encuentra en la Corte Constitucional para su pronunciamiento.

2. ANTECEDENTES DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN EL ÁMBITO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA.

Se dice que los seguros fueron creados en Babilonia¹ como un mecanismo de solidaridad por virtud del cual si una caravana era atacada todos los miembros de la misma soportaban la pérdida. Esto fue evolucionando y en Roma se estableció la Ley *Rhodia Actum*, la cual disponía que si llegara a presentarse un caso fortuito o fuerza mayor que hiciera necesario lanzar por la borda la carga al mar causando un daño patrimonial, ese daño debía ser soportado por el propietario de la nave y por el dueño de la mercancía². Posteriormente, en Génova se comenzaron a formar grandes corporaciones marítimas que funcionaban como fondos mutuales al tratar de identificar y soportar sus propios riesgos y es en este mismo lugar donde se expide la primera póliza en el año de 1347 con el fin de amparar el transporte marítimo. Sin embargo, estos primeros momentos de ejercicio de la actividad aseguradora en el mundo, no eran vigilados por cada Estado y no fue sino hasta el año de 1435 que se empieza a notar una intervención del Estado con la expedición de las Ordenanzas de Barcelona³ en las que se le prohibía al asegurador amparar más de las dos terceras partes del valor de la mercancía convirtiéndose en un antecedente del deducible y se le daba un plazo a la aseguradora para el pago de la indemnización.

En este orden de ideas, la actividad aseguradora en Colombia siguió un proceso similar al del resto del mundo por cuanto en primera instancia se desarrolló sin mayor limitación y con posterioridad se presenció la intervención del Estado. Aproximadamente, en el año 1800 se empezaron a ver agencias y sucursales de seguros de compañías

¹ J.J. Garido y Comas, *Teoría General y Derecho Español de los Seguros Privados*, I, 20 (Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España, España, 1986).

² Actualmente, esto se conoce como avería gruesa y se encuentra consagrado en los artículos 1517 y siguientes del Código de Comercio de 1971 de Colombia.

³ J.J. Garido y Comas, *Teoría General y Derecho Español de los Seguros Privados*, I, 21-23 (Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España, España, 1986).

internacionales (provenientes de Inglaterra, Alemania e Italia) que amparaban principalmente los riesgos de incendio y transporte. En el año 1874 nace la primera compañía aseguradora en Colombia, La Compañía Colombiana de Seguros, para amparar los riesgos del transporte por el Río Magdalena⁴. Sin embargo, las primeras normas que empezaron a regular la materia se dieron con ocasión de la expedición de la Ley de unificación nacional en 1887 que estableció la aplicación del Código de Comercio de Panamá en Colombia⁵.

Es así como en Colombia existió, en un primer momento, un sistema de concesión e inspección material del Estado que fue establecido con la Ley 68 de 1924 (artículo 55) y que consistía en la vigilancia de las instituciones de seguros por parte de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) y que se reflejaba en una fiscalización previa o en un excesivo proteccionismo por cuanto todas las actuaciones que realizaran dichas compañías debían contar con una autorización precedente por parte de la mencionada Superintendencia.

Así mismo, se expidió la Ley 105 de 1927 que era el Estatuto de la actividad aseguradora en el país, buscaba organizar la actividad y estableció el control estatal; de tal forma que su artículo primero disponía que *“Toda compañía que se ocupe o pretenda ocuparse en negocios de seguros en Colombia, queda sometida a las leyes de la República y a la vigilancia del gobierno, la cual se ejercerá por medio de la Superintendencia Bancaria”*⁶. Dicha vigilancia estaba caracterizada por el hecho de que las compañías de seguros que realizaran negocios en Colombia debían rendirle informes a la Superintendencia mencionada quien elaboraba un examen de dichos documentos. Además, el

⁴http://www.legalseguros.net/index.php?option=com_content&view=article&id=4:desarrolloseguro&catid=2:conceptostecnicos&Itemid=5
Fecha de consulta: 20 de enero de 2010.

⁵ La Ley 57 de 1887, fue una ley expedida por el Congreso de la República que en su afán de unificación nacional estableció la adopción de códigos departamentales como códigos de aplicación nacional. Estos fueron los casos del Código Civil de Cundinamarca, o el Código de Comercio marítimo y terrestre del Estado de Panamá que a partir de la entrada en vigencia de la mencionada Ley se convirtieron en codificaciones de aplicación nacional. Es por ésta razón que tanto el actual Código Civil colombiano como el antiguo Código de Comercio de Colombia se entendían expedidos por la Ley 57 de 1887, conocida también como la Ley de adopción de códigos de la unión.

⁶ J. Efrén Ossa G., *Teoría General del Seguro: La Institución*, 282 (Temis, Bogotá, 1988).

Superintendente Bancario contaba con un poder discrecional por cuanto era quien admitía o rechazaba la solicitud para crear una entidad aseguradora, decisión que no era susceptible de ningún recurso⁷.

Posteriormente, se expidió el Decreto-ley 1691 de 1960 el cual estableció que los activos de las compañías aseguradoras debían ofrecer garantías de seguridad y liquidez teniendo en cuenta el vencimiento de las obligaciones que cubrían⁸, de forma tal que el Gobierno fijó taxativamente los rubros en los cuales podían invertir siendo así notoria la profunda intervención del Estado en la actividad aseguradora. Así, se diferenció entre las inversiones admisibles (que eran aquellas en las que la libertad de escogencia la tenía el asegurador basándose en la rentabilidad) y las obligatorias (que eran aquellas inversiones que se debían realizar conforme lo indicara la Superintendencia Bancaria, siendo éstas de bajo riesgo y baja rentabilidad).

Lo anterior fue reiterado con la expedición del Decreto-ley 1939 de 1986 que estableció a la Superintendencia Bancaria como responsable de la vigilancia e inspección de las compañías de seguros y reaseguros con el fin de obtener conocimiento de la situación financiera y del manejo de los negocios de las mismas. Así se pretendía evitar que personas no autorizadas desarrollaran la actividad aseguradora y fue con este Decreto que *“Supera la Superintendencia Bancaria la orfandad de una atribución legal específica que venía erigiéndose como obstáculo a su intervención en organizaciones convictas de ejercicio ilícito de la actividad aseguradora”*⁹ puesto que vigilaría a las compañías aseguradoras desde su constitución, administración o desarrollo y hasta su liquidación.

⁷ Ley 105 de 1927, artículo 4.

⁸ Fabio Álvarez López, Antonio David Betancort Mesa, Santiago Eduardo Calvo Quintero, (...) Flavia del Carmen Santoro Trujillo, *“La modernización de la actividad aseguradora en Colombia en el ámbito técnico, jurídico y financiero”*, 43 (Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Maestría en Derecho de Seguros, Bogotá, 1992).

⁹ J. Efrén Ossa G., *Teoría General del Seguro: La Institución*, 283 (Temis, Bogotá, 1988).

De esta forma, se dice que el régimen de los seguros en Colombia con anterioridad a 1990 se caracterizó por el alto grado de intervencionismo estatal en la medida en que había un sistema predominante de “*control rígido, de fiscalización anticipada, formal y absolutamente material, en el acentuado poder de la Superintendencia Bancaria en la autorización para la contratación de seguros en el exterior y en la autorización para la organización de entidades aseguradoras (...), en el ofrecimiento de precios y productos por parte de las entidades aseguradoras que condujo a una uniformidad de los mismos*”¹⁰. Todo esto lo hacía la mencionada Superintendencia con el fin de procurar la defensa de los tomadores y asegurados a través de una excesiva expedición de normas en la materia y la necesidad que tenían las compañías aseguradoras de someter a la aprobación de la misma entidad estatal el desarrollo de la actividad, los modelos de las pólizas, los productos y las tarifas, entre otros, convirtiéndose así la Superintendencia Bancaria en coadministradora de las compañías de seguros.

En contraposición con lo anterior, la expedición de la Ley 45 de 1990 cambió la orientación del papel de la intervención del Estado, es decir del control y de la vigilancia en la actividad aseguradora. Esto por cuanto reflejó un fenómeno de desregulación¹¹ que se manifestó en la racionalización de la fiscalización y en la eliminación de trámites innecesarios que, entre otros, buscaba el desarrollo de la libre iniciativa empresarial y del libre mercado, ahora en un inmenso crecimiento. Así mismo, las tarifas y la expedición de las pólizas quedaron sometidas a la libre decisión de las

¹⁰ Fabio Álvarez López, Antonio David Betancort Mesa, Santiago Eduardo Calvo Quintero, (...) Flavia del Carmen Santoro Trujillo, “*La modernización de la actividad aseguradora en Colombia en el ámbito técnico, jurídico y financiero*”, 10 (Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Maestría en Derecho de Seguros, Bogotá, 1992).

¹¹ En palabras del Doctor Carlos Ignacio Jaramillo J. la desregulación en materia de la actividad aseguradora se presenta no sólo en Colombia sino también en otros países del continente que estaban transformando la institución: “*Abarrotada de disposiciones de distinta índole, como estaba la actividad aseguradora de un gran número de países latinoamericanos, se imponía la necesidad, dentro del nuevo entorno, de descongestionar y oxigenar el torrente normativo de nuestras naciones, a fin de permitirle al empresario asegurador moverse con mayor facilidad en un escenario desprovisto de tantas y tantas restricciones que imperaron por décadas, todo en beneficio, por supuesto, del mismo consumidor: el asegurado, en consideración a que la desregulación, en general, tiende a fomentar la libertad de competencia, junto con lo que ello implica*”. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, “*El empresario de seguros Latinoamericano su adecuación a la economía de mercado y a los procesos de liberalización, internacionalización e integración*”, *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, No. 4, 121-178, 130 (1994).

compañías aseguradoras generando competencia en el mercado, propia de un sistema de economía de mercado; tal y como lo señala el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo al mencionar que: *“Los precios del seguro, si se quería implantar cabalmente –y en su justa proporción– el esquema de una economía de mercado, debían liberarse. Ya no debería el Estado ejercer un control técnico –o político, según el caso– en relación con ellos. Concretamente sobre las tarifas que, como recordamos, estaban sometidas a estricto control previo gubernamental (...) hoy permiten que los precios del seguro sean determinados fundamentalmente con arreglo a las leyes de la oferta y la demanda”*¹².

Además, la Ley 45 de 1990 liberalizó las inversiones que realizaban las compañías aseguradoras pero con la obligación de publicar esas inversiones en un libro de registro y cuyo objeto fuera generar rendimientos y tener activos suficientes para poder cumplir con sus obligaciones. La mencionada normatividad también permitió la participación de inversionistas extranjeros en el capital de las instituciones financieras, asunto éste que fue desarrollado por la Resolución 049 del 28 de Enero de 1991 expedida por el Conpes que estableció que dichos inversionistas debían suministrarle información a la Superintendencia Bancaria asimilando de este modo a las compañías de seguros a instituciones financieras.¹³

Es menester aclarar que este fenómeno de desregulación o de racionalización del control estatal no significó en modo alguno ausencia de control estatal sino que, por el contrario, el control que se daba de manera previa se convirtió en un sistema de control que buscaba la supervisión *a posteriori*, de forma tal que *“en adelante, la fiscalización estatal se limitará a revisar el cumplimiento de determinados presupuestos de índole patrimonial que, si no llegaren a*

¹² Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *“El empresario de seguros Latinoamericano su adecuación a la economía de mercado y a los procesos de liberalización, internacionalización e integración”*, Revista Ibero - Latinoamericana de seguros, No. 4, 121-178, 134 (1994).

¹³ Fabio Álvarez López, Antonio David Betancort Mesa, Santiago Eduardo Calvo Quintero, (...) Flavia del Carmen Santoro Trujillo, *“La modernización de la actividad aseguradora en Colombia en el ámbito técnico, jurídico y financiero”*, 109-123 (Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Maestría en Derecho de Seguros, Bogotá, 1992).

verificarse, darán lugar a la revocatoria o suspensión del certificado de autorización correspondiente”¹⁴. Así, se limitó el control que ejercía el Estado sobre las aseguradoras de manera *ex ante* a determinadas materias tales como la constitución de la compañía de seguros.

En este orden de ideas, bajo el nuevo régimen, se hizo relevante el fortalecimiento patrimonial, la solvencia¹⁵ y la liquidez¹⁶ de las compañías de seguros en la medida en que es la forma en que el Estado protege a las partes del negocio asegurador, dando cierta certeza o seguridad de que el negocio se va a llevar a cabo y, vale la pena aclarar que no se trata únicamente del asegurado o del tomador del seguro sino también del asegurador puesto que le permite cumplir los contratos y mantener un buen nombre. Así, *“para la empresa aseguradora la solvencia es una condición operativa (de ejercicio fundamental). Ella bien sabe que la insolvencia, en sí misma considerada, es el pasaporte de su desaparición del mercado, bien porque la autoridad de control, en aras de prevenir una futura crisis de hondas repercusiones financieras y sociales, decida revocar su certificado de autorización, bien porque la competencia termine por absorberla, o bien porque su situación de postración insostenible le exija tomar dicha determinación que, por traumática que resulte, se adopta para salvaguardar los intereses—superiores—de la comunidad asegurada”*¹⁷.

¹⁴ Fabio Álvarez López, Antonio David Betancort Mesa, Santiago Eduardo Calvo Quintero, (...) Flavia del Carmen Santoro Trujillo, *“La modernización de la actividad aseguradora en Colombia en el ámbito técnico, jurídico y financiero”*, 62 (Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Maestría en Derecho de Seguros, Bogotá, 1992).

¹⁵ El margen de solvencia es una reserva de recursos patrimoniales que permite garantizar en un momento determinado que la entidad financiera responderá por las operaciones que desarrolla con los diferentes usuarios a quienes presta sus servicios. Es importante aclarar que la solvencia es diferente al patrimonio técnico adecuado, puesto que éste último responde al patrimonio mínimo requerido para que opere una aseguradora y lo establece el Gobierno Nacional. (Consejo de Estado, Sentencia del 4 de septiembre de 2008. Radicación: 25000-23-27-000-2003-00343-01-15602. Disponible en:

<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/PrincipalesPublicaciones/boletinej/boletin1708/resenajurisprudencia.html>). Fecha de consulta: 3 de febrero de 2010.

¹⁶ La liquidez es la mayor o menor facilidad que tiene el tenedor de un título o un activo para transformarlo en dinero en cualquier momento. Disponible en: <http://www.superfinanciera.gov.co/>. Fecha de consulta: 3 de febrero de 2010.

¹⁷ Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *“El empresario de seguros Latinoamericano su adecuación a la economía de mercado y a los procesos de liberalización, internacionalización e integración”*, *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*, No. 4, 121-178, 161-162 (1994).

Por otro lado, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 el nuevo régimen de la actividad aseguradora adquirió rango constitucional por cuanto se le dio relevancia a la intervención del Estado en la economía, a la libertad de empresa, a la libre competencia, pero sobretodo, como dice la Corte Constitucional, *“otorgó la connotación de interés público a las actividades financiera, aseguradora y del mercado público de valores, como consecuencia de lo cual, en los términos del artículo 335 de la norma superior, su ejercicio solamente procede previa autorización estatal impartida por la agencia gubernamental correspondiente”*¹⁸, lo que implica que las compañías de seguros se encuentran sujetas a normas de orden público en lo relacionado con su constitución y funcionamiento por captar recursos del público y comprometer la confianza del público.

Igualmente, la Carta Constitucional, en su artículo 189 le otorga la función al Presidente de la República de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátiles y aseguradoras, función que actualmente es desarrollada a través de la Superintendencia Financiera. También hay que resaltar que dicha intervención no se reduce únicamente a la vigilancia o control que ejerce el Estado sobre la actividad aseguradora sino que además lo realiza por medio de la función legislativa y reglamentaria, que como se dijo con anterioridad, la actividad en cuestión está sujeta a normas de orden público. Esto mismo, lo ha sostenido la Honorable Corte Constitucional en varias de sus providencias tales como la Sentencia C 860 de 2006 y la Sentencia C 692 de 2007 al sostener que *“la Constitución Política de 1991 concibió una forma de Estado con un importante nivel de intervención en el campo económico, del que participan coordinadamente las distintas ramas del poder público, y cuya expresión más destacada es el poder de policía administrativa en el que intervienen, por una parte, el Congreso de la República a través de la expedición de leyes, y por otra, el Presidente de la República y otras autoridades*

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P. Olga Inés Navarete Barrero. Sentencia del 22 de febrero de 2001. Expedientes 4555 y 4718. Disponible en: <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Jurisprudencia2001/actividad004.htm> Fecha de consulta: 7 de enero de 2010.

administrativas de carácter técnico que cumplen funciones de inspección, vigilancia y control sobre las actividades y agentes económicos, en especial, sobre el mercado bursátil, las cuales son a su vez indelegables (...) Ese régimen de intervención en las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, es a su vez reforzado, y se materializa en la necesidad de solicitar autorización previa para su funcionamiento, e igualmente, en el hecho de ser objeto de vigilancia y control permanente por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, “con el propósito de asegurar la confianza en el sistema financiero, así como garantizar la transparencia de las actividades realizadas por las entidades vigiladas”.

Lo anterior, también se puede ver reflejado en la Ley 35 de 1993 que se encargó de fijar los parámetros sobre los cuales el Estado podía intervenir en materia de seguros, separando las funciones de regulación que quedaron en cabeza del Ministerio de Hacienda de las funciones de supervisión, vigilancia y control que continuaron a cargo de la Superintendencia Bancaria, actualmente Superintendencia Financiera. Así, en primera medida la Ley establece como objetivos de la intervención estatal el interés público, garantizar que las compañías de seguros cuenten con patrimonio y solvencia que les permita cumplir sus obligaciones y promover la competencia, entre otros. En segunda medida, es relevante subrayar que la norma establece que dicha intervención no es absoluta, de tal forma que tiene ciertos límites, como por ejemplo, que el Gobierno Nacional no pueda modificar la estructura del sistema financiero, ni las normas relativas a la constitución y forma societaria de las compañías aseguradoras.

Por último, cabe mencionar que la reciente reforma financiera establecida mediante la Ley 1328 de 2009, introdujo asuntos importantes en materia de la actividad aseguradora y del control que ejerce el Estado sobre la misma. Sin embargo, al ser esta normatividad parte central del presente estudio, se deja su análisis para un capítulo posterior.

En conclusión, se evidencia que el control del Estado sobre la actividad aseguradora, que en un primer momento se tradujo en excesiva vigilancia impidiendo el desarrollo de la actividad, con la ley 45 de 1990 se modernizó al permitir la libre competencia de las compañías aseguradoras sin dejar a un lado la seguridad del público.

3. SUPERVISIÓN DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA.

3.1 Noción de supervisión y regulación. Características.

El Diccionario de la Lengua Española define la supervisión como la acción y efecto de supervisar, de manera tal que al revisar el concepto se encuentra “*ejercer la inspección superior en trabajos realizados por otros*”¹⁹.

Actualmente, en materia de control estatal, la supervisión sólo puede ser entendida a través de tres conceptos que son vigilancia, inspección y control, nociones que determinan la menor o mayor intervención del Estado por medio de las Superintendencias. Así, por vigilancia se entiende observar, es decir que el Estado únicamente mira la conducta de los entes vigilados sin interferir en su normal desarrollo. Por su parte, la inspección se presenta cuando se establece una carga para la entidad vigilada o para sus representantes en búsqueda del interés general y, por último, el control se da cuando el Estado interviene de manera directa sobre las entidades vigiladas, siendo el grado más alto de supervisión.²⁰

De acuerdo con lo anterior, la supervisión puede ser definida como la aplicación y el cumplimiento de la reglamentación destinada a la seguridad y solidez de las instituciones y mercados financieros. Consiste en el seguimiento de las actividades de las entidades reguladas, en otorgar las autorizaciones para realizar las operaciones, en

¹⁹ “*Diccionario de la Lengua Española*”, 9, 1433 (Vigésima segunda edición, Real Academia Española, España, 2001).

²⁰ Disponible en: http://www.supersolidaria.gov.co/revista/revista_04/abc.php Fecha de consulta: 15 de enero de 2010.

Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co> Fecha de consulta: 23 de enero de 2010.

Decreto 4350 de 2007

Francisco Reyes Villamizar, “*Derecho Societario*”, 636 - 647 (Temis, Segunda edición, Bogotá, 2006).

dar asesorías y recibiendo información confidencial. Se ejerce principalmente a través de la interpretación de normas, verificando el cumplimiento de las obligaciones de información, requerimientos y entrevistas, entre otros.²¹

Igualmente, la supervisión, en palabras de Sergio Álvarez Camiña “*puede entenderse como el conjunto de procedimientos, medios y potestades públicas orientadas a la verificación de las obligaciones legales, reglamentarias y administrativas que afectan a los sujetos obligados, incluida la capacidad de intervención directa y de sanción.*”²²

Por su parte, al hacer referencia al concepto de regulación, el Diccionario de la Lengua Española lo define como la acción y efecto de regular, razón por la cual, se dice que es ajustar el funcionamiento de un sistema a determinados fines o determinar las reglas o normas a que debe ajustarse alguien o algo.²³

La regulación, es un conjunto de acciones gubernamentales cuyo objetivo es controlar los precios y las decisiones tanto de los particulares como de las empresas privadas con el fin de prevenir que las compañías actúen de forma tal que pudieran afectar el bienestar de los consumidores y el interés público. Para la Organization for Economic Development (OCDE) la regulación es un amplio rango de instrumentos legales formales e informales que tienen los gobiernos para establecer condiciones en la conducta de los ciudadanos y las empresas.²⁴

Sin embargo, hay que tener presente que, según Fernando Ramírez Hernández, “*no existe una definición única para el concepto de regulación. No obstante, todas ellas contienen elementos en común. Tomando en consideración*

²¹ Tommaso Padoa-Schioppa, “*Better supervision is key to stability – The EU needs to step up co-operation on financial supervision? That is what is required to prevent crises and maintain the soundness of financial institutions and markets*”. *The Banker*, April 1, 2008.

²² Sergio Álvarez Camiña, “*La Regulación de los Seguros Privados: Objetivos, Evolución y Nuevas Tendencias*”, 2 *El Sector Asegurador y de los Planes y Fondos de Pensiones*, No 833 (Noviembre–Diciembre 2006).

²³ “*Diccionario de la Lengua Española*”, 9, 1311 (Vigésima segunda edición, Real Academia Española, España, 2001).

²⁴ Fernando Ramírez Hernández, “*La política de competencia y el proceso de regulación en México, 1993-1999*”. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2007b/281/3.htm>. Fecha de consulta: enero 16 de 2010.

las similitudes, defino regulación como: la intervención gubernamental por medio de una política pública (puede ser una norma, ley, control de precios), cuyo objetivo es, modificar la conducta de los participantes en una actividad económica específica. La aplicación de una regulación, supone, el aumento del bienestar social o evitar la pérdida del mismo al corregir la falla de mercado a la cual se dirige la acción gubernamental.”²⁵

En este orden de ideas, la regulación es un conjunto de normas jurídicas que materializan las decisiones del legislador, en este caso, en materia de seguros, cuyo objetivo principal es influir en el funcionamiento del mercado y de los agentes que intervienen en búsqueda de la protección de los asegurados y de la eficiencia del mercado.²⁶

Es de esta forma, como se evidencia que supervisión y regulación son dos conceptos completamente distintos aunque complementarios dentro del intervencionismo estatal. Así, mientras que la regulación busca eliminar las fallas del mercado, siendo éste un proceso complejo, la supervisión está limitada por la regulación, es decir, que la autoridad de control únicamente puede intervenir en los casos consagrados en la ley y siguiendo el procedimiento que se establezca en la misma.

Es por esta razón, que crear entidades que supervisen la actividad aseguradora de manera transnacional es muy difícil, porque cada país tiene sus propias leyes y las autoridades nacionales no comparten la información que obtienen con las autoridades de otros países. La regulación es por definición una función eminentemente legislativa que puede ser realizada por comités especializados en cada país y que está dirigida conforme a los poderes burocráticos

²⁵ Fernando Ramírez Hernández, “*La política de competencia y el proceso de regulación en México, 1993-1999*”. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2007b/281/3.htm>. Fecha de consulta: Enero 25 de 2010.

²⁶ Sergio Álvarez Camiña, “*La Regulación de los Seguros Privados: Objetivos, Evolución y Nuevas Tendencias*”, 1 - 2 *El Sector Asegurador y de los Planes y Fondos de Pensiones*, No 833 (Noviembre – Diciembre 2006).

relacionados directamente con el Estado. Esto sin perjuicio de los intentos de la comunidad internacional (especialmente, la Comunidad Europea) de tener una regulación y supervisión de carácter internacional²⁷.

3.2 Supervisión de la actividad aseguradora en Colombia.

La Carta Constitucional de 1991 en su artículo 189 numeral 24 le otorgó la función al Presidente de la República de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades aseguradoras. Hay que recordar que el Presidente le delegó dicha función a la actual Superintendencia Financiera (en su momento se trataba de la Superintendencia Bancaria) a través del Decreto 4327 de 2005, al fusionar la Superintendencia Bancaria con la Superintendencia de Valores. Además, el artículo 335²⁸ de la mencionada Carta Constitucional reitera que la actividad aseguradora es de interés público y que sólo podrá ser ejercida con una autorización previa por parte del Estado. Por ello, cualquier persona que desee desarrollar el negocio de los seguros o reaseguros en Colombia debe contar con la autorización previa de la Superintendencia Financiera de Colombia acorde a los artículos 39 y 108, numeral 3º EOSF.

En este orden de ideas, se reitera que en Colombia sólo pueden ejercer la actividad aseguradora aquellas personas que hayan sido previamente autorizadas por la Superintendencia Financiera; lo que implica que las entidades de seguros extranjeras no pueden operar directa o indirectamente en Colombia sin tener previamente una filial constituida legalmente en el país (artículo 39 del Decreto 663 de 1993). Para obtener dicha autorización, es requisito *sine quanon*, estar constituido bajo la forma asociativa de una sociedad anónima o una asociación cooperativa, no se permite que

²⁷ Tommaso Padoa-Schioppa, “Better supervision is key to stability – The EU needs to step up co-operation on financial supervision? That is what is required to prevent crises and maintain the soundness of financial institutions and markets”. *The Banker*, April 1, 2008.

²⁸ El artículo 335 consagra lo siguiente, “**La actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito**” (Negritas fuera del texto).

sean personas naturales (artículo del 53 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Además, tanto la Ley 45 de 1990 como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, le otorgan facultades sancionatorias eficaces a la Superintendencia en cuestión para que ésta pueda lograr los fines del control que, como se verá en el siguiente aparte, son la protección del asegurado y tomador, la empresa, la confianza y el interés público. Es así como la Superintendencia Financiera puede imponer medidas cautelares a las personas que realicen actividades de seguros sin la autorización previa.²⁹.

Por su parte, para que la Superintendencia Financiera otorgue la mencionada autorización, la persona interesada debe presentarle una solicitud en la que indique el proyecto de los estatutos sociales de la sociedad anónima o asociación cooperativa, la hoja de vida de las personas que pretenden asociarse así como del representante legal y del administrador, un estudio de factibilidad de la empresa y el capital mínimo requerido (en el caso de tratarse de una compañía de seguros el monto es de cinco mil quinientos millones de pesos en 2003, pero que serán reajustados anualmente; esto según el artículo 16 de la Ley 795 de 2003). Luego de haber radicado toda la documentación solicitada, se publicarán dos avisos en un diario de amplia circulación para que los terceros se puedan oponer y la Superintendencia Financiera cuenta con seis meses para otorgar el certificado de autorización o negarlo.

De igual forma, las compañías de seguros establecidas legalmente en Colombia deben acreditar durante todo el tiempo en que desarrollen sus actividades no sólo el capital mínimo sino también un margen de solvencia, un patrimonio técnico saneado y unas reservas técnicas, según lo consagrado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la Circular Básica Jurídica 007 de 1996.

Por último, en este acápite del estudio es relevante hacer mención a que doctrinariamente hay tres sistemas para el ejercicio del control estatal que son el sistema de publicidad, el sistema normativo y el sistema de la inspección

²⁹ Algunas de las medidas cautelares que puede imponer la Superintendencia Financiera son la suspensión inmediata de tales actividades y la liquidación de las operaciones realizadas ilegalmente (artículo 108 del Decreto 663 de 1993).

material. En el primero de ellos, el Estado se limita a tratar que las empresas hagan públicos sus actos y sus estados financieros, mecanismo a través de los cuales el control es ejercido por el público al decidir con cual empresa contratar. El segundo, el sistema normativo, que, de igual forma denota poca intervención del Estado en la medida en que es éste último el encargado de establecer ciertas disposiciones legales que, si la compañía de seguros las cumple, se exonera de cualquier tipo de fiscalización, siendo así un sistema de control *a priori*. En tercer y último lugar, el sistema de inspección material es el que se dice ser más eficiente, la vigilancia no sólo se presenta en la constitución de la compañía de seguros sino en el desarrollo y liquidación de la misma. En Colombia, es este último sistema el que se ha visto aplicado, antes de la reforma financiera de la Ley 45 de 1990 con mayor razón puesto que, a partir de la mencionada norma, se cambió la orientación del mencionado sistema en búsqueda de un control de carácter patrimonial o financiero.³⁰

Se concluye así, que las compañías aseguradoras en Colombia para poder desarrollar sus actividades lícitamente requiere de una autorización previa por parte del Estado y que en todo momento, la Superintendencia Financiera ejerza un control de carácter financiero o patrimonial sobre las. El control que ejerce el Estado sobre las compañías de seguros en Colombia pretende ser únicamente un control *a posteriori* a pesar de requerirse un permiso de funcionamiento, puesto que establece una regulación en la que la entidad supervisora sólo entra como administradora, a imponer sanciones o a intervenir en el desarrollo de la empresa cuando la misma tiene problemas de carácter patrimonial o financiero, no cumple con los requisitos y normas de carácter legal o, cuando, hay un ejercicio ilegal de la actividad aseguradora. Esta tendencia de regulación y supervisión sobre la actividad de seguros se evidencia en Colombia desde la Ley 45 de 1990 y, hasta el día de hoy, con la nueva reforma financiera introducida por la Ley 1328 de 2009.

³⁰ Fabio Álvarez López, Antonio David Betancort Mesa, Santiago Eduardo Calvo Quintero, (...) Flavia del Carmen Santoro Trujillo, “*La modernización de la actividad aseguradora en Colombia en el ámbito técnico, jurídico y financiero*”, 156 - 161 (Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Maestría en Derecho de Seguros, Bogotá, 1992).

J. Efrén Ossa G., “*Tratado Elemental de Seguros*”, II, 282 (Lerner, Bogotá, 1963).

3.3 Justificación de la supervisión de la actividad aseguradora.

El Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo considera que, *“hoy hay consenso en la doctrina en torno a la necesidad y a la conveniencia del control ejercido por el Estado sobre la actividad aseguradora. Nadie, por lo menos con argumentos convincentes, pone en duda la pertinencia del control estatal”*³¹. Es a partir de ésta afirmación que a continuación se procede a esbozar los principales argumentos que justifican la supervisión de la actividad aseguradora.

En primer lugar, la finalidad del control estatal sobre las compañías de seguros está dada por el querer del Estado de proteger a los asegurados y a los beneficiarios del contrato de seguros, siendo éstos los consumidores. Esto en razón de que la gran mayoría de los contratos que celebran las compañías de seguros con los consumidores son contratos por adhesión, es decir, que es la empresa la que fija la mayoría de las cláusulas y que, si una persona realmente quiere tomar un seguro, debe aceptarlas, mostrando ser la parte débil del negocio.

En segundo lugar, se encuentra que la razón de ser de la intervención del Estado sobre la actividad aseguradora está dada en que la mencionada actividad o rama de la economía es de gran trascendencia para la comunidad por involucrar la confianza e interés de la población. Es menester resaltar que es la misma Constitución Política de 1991 (artículo 335) la que ha calificado en Colombia a la actividad aseguradora como una actividad de interés público por captar, manejar, aprovechar e invertir los recursos del público.

El interés general se configura en la industria aseguradora en la medida en que hay múltiples riesgos técnicos y no técnicos a los que se encuentra expuesta la actividad aseguradora. Para evitar que dichos riesgos se presenten existe un

³¹ Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, *“El empresario de seguros Latinoamericano su adecuación a la economía de mercado y a los procesos de liberalización, internacionalización e integración”*, Revista Ibero - Latinoamericana de seguros, No. 4, 121-178, 169 (1994).

sistema de verificación de los cálculos para observar los movimientos de la aseguradora. Según la Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) esos riesgos son³²:

1. El riesgo de realizar mal los cálculos y cobrar tarifas que no se ajusten con los mismos.
2. El riesgo de la pérdida de las demandas.
3. El riesgo de que las provisiones técnicas calculadas sean insuficientes para honrar las obligaciones.
4. El riesgo de que las reaseguradoras no paguen, el cual puede ser mitigado por unas reservas y con un variado portafolio de reaseguradores con el fin de impedir que haya una concentración del riesgo.
5. Costos de operación muy altos.
6. El riesgo de una inesperada acumulación de pérdidas.
7. El riesgo concerniente a las inversiones realizadas.
8. Los riesgos no técnicos que se encuentran relacionados con la falta de experiencia o mala fe del administrador de la aseguradora.

Igualmente, al ser la actividad aseguradora de orden público, ésta debe ser constantemente regulada, vigilada y controlada por la Superintendencia Financiera. En palabras del doctrinante Hernán Fabio López Blanco, “(...) *La Superintendencia Financiera tiene amplio poder discrecional para aprobar el funcionamiento de nuevas entidades aseguradoras por cuanto el artículo 34 de la ley 45 de 1990 destaca que a más de las exigencias propias de la ley*

³² Jörg Vollbrecht, “*Insurance Regulation and Supervision*” Policy Issues in Insurance, Insurance Regulation, Liberalization and Financial Convergence No. 3, 7 - 67 Disponible en: http://books.google.com.co/books?id=2hNKftGu9yoC&pg=PA9&dp=PA9&dq=%22it+is+not+surprising+that+state+supervision+of+private+insurance+is+existent+in+all+OECD+Member+countries%22&source=bl&ots=C_X2SyX9aD&sig=dprBqxMyu_4JRKIoR0vTQFDQtFs&hl=es&ei=YjjFS-iaM4-M8wTH5eiXDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAYQ6AEwAA#v=onepage&q=%22it%20is%20not%20supri sing%20that%20state%20supervision%20of%20private%20insurance%20is%20existent%20in%20all%20OECD%20Member%20counti es%22&f=false Fecha de consulta: Febrero 1 de 2010.

*(tipo de sociedad, capital mínimo, organización técnica y contable, etc.) el Superintendente debe tener la certeza, por los medios que estime pertinentes, “si el carácter, la responsabilidad e idoneidad de las personas que participen en la operación son tales que inspiran confianza y si el bienestar público será fomentado”, aspectos estos que a no dudarlo, dado lo subjetivo de ellos, radican ese poder discrecional en el Superintendente, con lo que, de paso, se siguió la tradición establecida desde el artículo 4° de la ley 105 de 1927. Y es que, no vacilo en aseverar que si el funcionamiento citado para llegar a la certeza que la ley indica, puede acudir “a los medios que estime pertinentes”, incluso llegará a la aplicación del principio de la verdad sabida y buena fe guardada para formarse la convicción que exige, a más de los aspectos puramente materiales, la ley 45 de 1990. (...)*³³.

Sin perjuicio de lo mencionado con anterioridad, en la doctrina hay quienes consideran que la intervención del Estado sobre la actividad aseguradora se presenta con la finalidad primordial de proteger a la empresa, a la compañía de seguros. Quienes están de acuerdo con esta postura, argumentan que al ampliar el objetivo de la supervisión se protege no sólo al asegurado sino también a todos los agentes del mercado que intervienen en el contrato de seguro, de forma tal que, al vigilar la estabilidad y eficiencia de la empresa, al mismo tiempo, se está protegiendo al asegurado. Es así como, si la empresa tiene solvencia patrimonial y liquidez podrá cumplir con todas sus obligaciones adquiridas, es decir, que le podrá pagar la indemnización, reparación o reposición al asegurado en caso de siniestro, siendo éste el fin último del contrato de seguros y de la protección del Estado. En palabras de Oscar Barahona Streber, “*Los objetivos de la vigilancia estatal de las empresas aseguradoras deben garantizar la estabilidad y solvencia económica de dichas empresas, su desarrollo sano y los derechos de los asegurados. Es un error creer que la vigilancia estatal debe orientarse sólo a llenar esta última finalidad, con olvido de las dos primeras*”³⁴.

³³ Hernán Fabio López Blanco. *Comentarios Al Contrato De Derecho De Seguro*. 105 y 106 (Editorial Dupre Editores 2004).

³⁴ Citado por Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, “*El empresario de seguros Latinoamericano su adecuación a la economía de mercado y a los procesos de liberalización, internacionalización e integración*”, *Revista Ibero - Latinoamericana de seguros*, No. 4, 121-178, 173 (1994).

Podemos destacar de la industria aseguradora en Colombia y en cualquier otro Estado el ejercicio de una función fundamental aunque paralela a su ejercicio de asumir riesgos y es la de ser un inversionista institucional, es decir, invierten grandes montos de dinero en títulos de deuda pública y fondos, de esta forma administran el ahorro de la comunidad para ser con posterioridad invertidos en portafolios constituidos por valores de renta fija, además representan estabilidad en cualquier mercado de capitales tanto por mantener en equilibrio la demanda de títulos del Estado como por ser un instrumento de democratización. En éste sentido “son fundamentales, para promover el ahorro personal y financiar los gastos del gobierno, esto último adquiriendo títulos de deuda pública. Son eficientes en lo que hacen ayudando a superar la necesidad del Estado de recurrir a deuda externa para financiar el gasto público de las naciones. También, es dable decir que esta industria protege el patrimonio del asegurado contra cualquier eventualidad. Esta capacidad de indemnización permite mantener los niveles de producción de las empresas, inmunizando daños y pérdidas fortuitas, previniendo el desempleo y contribuyendo al crecimiento económico de cada nación.”³⁵ Es decir que la industria aseguradora fundamenta su negocio asumiendo riesgos de terceros y cuya consecuencia es realizar inversiones con el dinero recaudado a título de prima logrando mantener el valor adquisitivo de la moneda y brindarle seguridad al asegurado.

En este orden de ideas, es necesario recordar lo estudiado en el capítulo precedente en cuanto al cambio en el control estatal sobre la actividad aseguradora, introducido por la reforma de la Ley 45 de 1990 porque es a partir de ese momento que en Colombia se empieza a acoger la tendencia mundial de centrar la supervisión estatal en el denominado margen de solvencia y la liquidez de las compañías de seguros, condiciones necesarias para que la actividad aseguradora se pueda desarrollar de manera adecuada y para que se pueda proteger al asegurado en cuanto a

³⁵http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:1r3urXB-p6cJ:www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/B89A540C-2899-46BC-994A-88B910B40E880/companias_seguros.pdf+aseguradora+y+superfinanciera&hl=es&gl=co&pid=bl&srcid=ADGEEShTMP5IvxxvAqh7gBU1BhtSMab0Mfj-MBq8lWjvi7IIAmwsBqdGfTtdArhSV8nLCL1b_qQ5bnHmHxMnmApKTizxaYkF-9cW5BT_f6yA_153k5JkPZViHx2WVpqQk4EnOYIUoMnNZ&sig=AHIEtbR7kKkmzyKWcK23Ua8wlpuHK1HGLQ. Artículo. Nazly Yulieth Munera Montoya. *Compañías Aseguradoras*. Fecha de consulta: Enero 25 de 2010

la confianza que tiene en que le paguen la prestación a su favor así como en el aspecto puramente económico de recibirla.

Se concluye que la justificación del control del Estado sobre la actividad aseguradora, hoy, se encuentra en el margen de solvencia y la liquidez de las compañías de seguros. Es con la vigilancia del Estado sobre estándares financieros y patrimoniales de las compañías de seguros que se busca no sólo proteger al asegurado y la estabilidad y permanencia en el mercado de las empresas, sino además la credibilidad en la institución de los seguros en general y, en últimas evitar una crisis financiera en el país; *“la actividad aseguradora puede, por su buen funcionamiento o por su mal ejercicio, ayudar o perjudicar la estabilidad económica de un país (...) los contratos de seguros son ante todo y sobre todo de buena fe y es por ello que el Estado debe velar porque nunca se viola la confianza del asegurado depositada en el asegurador”*³⁶.

3.4 Análisis de los diferentes controles y requisitos para realizar el negocio asegurador en diferentes países.

Una visión desde el derecho comparado en España y en Estados Unidos.

Teniendo clara la forma y las características de la supervisión del Estado sobre la actividad aseguradora en Colombia, haremos un breve estudio comparado de las similitudes y diferencias del ejercicio de la actividad en Colombia en relación con otros países como España y Estados Unidos. Con este ejercicio pretendemos analizar en qué punto se encuentra Colombia y hacia dónde se dirige la tendencia mundial. Se escogieron los dos países mencionados por cuanto ambos son países desarrollados, de distintos continentes y sus tendencias legales parten de principios opuestos, al estar España regulado por un sistema de derecho continental mientras Estados Unidos por un

³⁶ Fabio Álvarez López, Antonio David Betancort Mesa, Santiago Eduardo Calvo Quintero, (...) Flavia del Carmen Santoro Trujillo, *“La modernización de la actividad aseguradora en Colombia en el ámbito técnico, jurídico y financiero”*, 141 (Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Maestría en Derecho de Seguros, Bogotá, 1992).

sistema de derecho anglosajón. Así mismo, es de gran importancia el papel que juegan estas dos legislaciones y la gran influencia que tienen dichos ordenamientos en la configuración legislativa de nuestro país. Esto en la medida en que, en cuanto a España, hemos recibido toda su tradición legislativa desde los tiempos de la conquista hasta los tiempos modernos; y, en lo referente a Estados Unidos, por tratarse de un país con un sistema legislativo muy avanzado en materia financiera que propende por la libertad de los intervinientes en las distintas operaciones.

3.4.1 España:

Al igual que en Colombia, en España la actividad aseguradora se encuentra sometida al intervencionismo estatal por el riesgo que conlleva en sí mismo su ejercicio. Es de tal trascendencia la actividad aseguradora que la Constitución española le da competencia exclusiva al Estado en materia aseguradora y expresamente dice que le corresponde al Estado el control financiero de las entidades aseguradoras³⁷. Además, se evidencia con la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados que, al establecer un procedimiento propio de supervisión y control, sanciona con nulidad las operaciones realizadas por entidades no autorizadas o que transgredan la autorización.

De esta misma forma, al hablar de España es menester resaltar que como miembro de la Comunidad Europea se encuentra obligado a cumplir la normativa de dicha organización. Así, se hace referencia en materia de derecho de seguros que en un primer momento (primeras directivas) en la Comunidad Económico Europea se estableció que las entidades aseguradoras constituidas en cualquiera de los Estados miembros podían establecer sucursales en los demás países bajo la supervisión del Estado en que se estableciera la sucursal, aunque con un trato más favorable que lo exigido para las empresas de países no miembros. Además, estas directivas, empezaron a imponer la obligatoriedad

³⁷ Constitución española de 1978, artículo 149.

de un margen de solvencia y la necesidad de la intervención del Estado cuando se vean amenazados los derechos de los asegurados aún cuando todavía no se haya presentado una crisis.

En un segundo momento, con las denominadas segundas directivas se avanza en la libre prestación del servicio por cuanto una entidad perteneciente a un Estado miembro podía realizar sus actividades en los otros países miembros sin necesidad de constituir sucursales pero bajo el régimen de control de los dos Estados.³⁸

Posteriormente, con las terceras directivas, se adopta la autorización administrativa única en virtud de la cual las empresas de cualquiera de los países miembros operan bajo el control y supervisión de las autoridades del país de su domicilio social. Con esto se buscó el libre establecimiento de prestación de servicios en la medida en que las entidades sólo estarían sujetas a un único control, el de las autoridades nacionales. Así, *“la Ley de 1995 y sus desarrollos reglamentarios supuso la incorporación de la autorización administrativa única en todos los ramos del seguro, de forma que las entidades aseguradoras españolas pueden operar desde entonces en todo el ámbito del Espacio Económico Europeo en régimen de derecho de establecimiento (a través de sucursal) o en régimen de libre prestación de servicios (directamente desde España) sometidas, exclusivamente, al control financiero de las autoridades españolas”*³⁹.

Por su parte, “Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados” en España tenía varios objetivos tales como la ordenación y supervisión estatal del mercado de seguros para vigilar el cumplimiento de los requisitos y garantías exigibles, convergencia con los países del Espacio Económico Europeo, acceso a la actividad mediante autorización administrativa, protección de la población y la fijación de procedimientos administrativos de ordenación y supervisión,

³⁸ Santiago Rivero Alemán, “Ejercicio de la actividad aseguradora y régimen a la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros Privados”, 18- 21 (Libro: Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Madrid 1998 Editorial Collex, páginas 15 a 53).

³⁹ Sergio Álvarez Camiña, “La Regulación de los Seguros Privados: Objetivos, Evolución y Nuevas Tendencias”, 7 *El Sector Asegurador y de los Planes y Fondos de Pensiones* No 833 (Noviembre–Diciembre 2006).

entre otros. Para tal efecto se estableció que para el acceso a la actividad aseguradora se debía contar con una determinada forma jurídica (sociedad anónima, mutua o cooperativa debidamente constituida e inscrita en el registro mercantil), con la autorización administrativa única y cumplir los requisitos del objeto social limitado, programa de actividades, capital social, margen de solvencia, idoneidad de los socios y deberes contables, entre otros.

En este orden de ideas, en España se requiere autorización para la iniciación y ampliación a otras ramas de la actividad aseguradora, para practicarla en otras partes del territorio diferentes del autorizado, para la fusión y para la escisión. Esto muestra que el control estatal sobre la actividad aseguradora no solamente es previo por cuanto se requiere de una autorización para el acceso sino que además subsiste durante el desarrollo de la actividad al vigilar el cumplimiento de los requisitos legales y de las garantías financieras, además de la posibilidad del Estado para intervenir en la liquidación de la empresa o revocar la autorización administrativa cuando la compañía se encuentre en imposibilidad de cumplir sus fines.

La autorización administrativa para el acceso a la actividad, debe ser solicitada a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (en adelante “DGS”) del Ministerio de Economía y Hacienda que podrá negarla si no se cumple con alguno de los requisitos legales anteriormente mencionados, pero si la concede, se procede a la inscripción en el Registro administrativo de compañías aseguradoras de la misma entidad. Además, la DGS ejerce un control posterior a las pólizas y tarifas que deben adecuarse a la Ley de Contrato de Seguro, sin atentar contra la libre competencia.

La ley española también busca proteger a los residentes en su país por lo que la “Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados” consagró que los seguros sobre personas y la responsabilidad de los españoles no podrán contratarse fuera del espacio económico Europeo salvo que la persona se encuentre de viaje y sea por el término de duración del mismo. De igual forma, el artículo 76 de la norma citada, dispone que no se puede contratar directamente con entidades aseguradoras por fuera de la comunidad Europea salvo que tengan una sucursal legalmente constituida

en su territorio, sin perjuicio de que en ciertos casos el Ministerio de Economía y Hacienda otorgue la respectiva autorización.⁴⁰ Así, si una empresa obtuvo la autorización administrativa, puede actuar en todo el Espacio Económico Europeo bastando únicamente dicha autorización otorgada por la DGS que certifica que la empresa cumple con todos los requisitos legales ante la autoridad supervisora del Estado de la sucursal. Esto demuestra el control de ejercicio que ejerce el Estado puesto que si la compañía de seguros no cumple todos los requisitos la DGS no otorgará la certificación frente al otro Estado. Luego se debe esperar a que la autoridad del Estado de la sucursal emita una comunicación, lo que evidencia cierto tipo de control por parte de la autoridad de supervisión del Estado receptor. Aunado a lo anterior, con previa información a la DGS, la autoridad supervisora del Estado de origen tiene la facultad de inspección de sus sucursales en España.

De esta forma, se puede ver que hay similitudes en el proceso de regulación y supervisión de la actividad aseguradora en Colombia y en España por cuanto en un primer momento se realizaba un control previo de legalidad de los contratos y demás documentos y actualmente se llegó a un control financiero o una regulación de solvencia, sin perjuicio de que el Estado pueda intervenir totalmente cuando las compañías aseguradoras se encuentren en riesgo. Igualmente, en ambos países hay una entidad estatal de la rama ejecutiva del poder público encargada de realizar la función de control y supervisión sobre la actividad aseguradora, a pesar de que en España, se evidencia la existencia de un órgano más especializado en materia de seguros.

3.4.2 Estados Unidos:

Al igual que en Colombia y en España, en Estados Unidos, existe una supervisión por parte del Estado sobre las compañías aseguradoras que busca la protección de los asegurados y de todas las personas envueltas en la relación

⁴⁰ Santiago Rivero Alemán, “Ejercicio de la actividad aseguradora y régimen a la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros Privados”, 16 y 17. (Libro: Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Madrid 1998 Editorial Coidex, 15 - 53).

contractual (beneficiario, tomador, asegurado, asegurador). Así mismo, se ha observado que tanto en Estados Unidos como en todos los países miembros de la Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)⁴¹ hay libertad y facilidad para la innovación en la regulación ya que se considera que el negocio asegurador se debe regir por las leyes del mercado, y que los clientes están en la capacidad de elegir la opción que más les convenga entre los diferentes oferentes de dicho servicio⁴².

El título 15 del capítulo 20 sección 1011 del McCarran Ferguson Act establece que el Congreso declara que la industria aseguradora es de interés público, y que se trata de un tema del orden nacional. A pesar de que el Congreso guarde silencio no significa que no sea un tema del orden federal y que no se encuentre regulado ya que todas las personas que estén involucradas con el negocio de los seguros están sujetas a las normas de cada Estado⁴³.

A pesar de ser Estados Unidos un Estado Federal, es menester mencionar que no hay una autoridad que regule y supervise a las compañías aseguradoras a nivel federal sino únicamente a nivel estatal, lo que genera que al momento de querer establecer una compañía de seguros en Estados Unidos se requiera la autorización de la autoridad de cada

⁴¹ La OECD es un organismo de carácter internacional creado en 1961 y que tiene como principales objetivos el crecimiento económico sostenible, el aumento de los índices de personas con empleo, la estabilidad financiera y la contribución al crecimiento del comercio mundial. http://www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36734103_1_1_1_1_1,00.html Fecha de consulta: 1 de febrero de 2010.

⁴² OECD, Policy Issues in Insurance. Insurance Regulation and Supervision in the OECD Countries. N3
Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/21/1815373.pdf> Fecha de consulta: 31 de enero de 2010.

⁴³ El título 15 del capítulo 20 sección 1012 del McCarran Ferguson Act consagra: “**(a) State regulation**
The business of insurance, and every person engaged therein, shall be subject to the laws of the several States which relate to the regulation or taxation of such business.

(b) Federal regulation

No Act of Congress shall be construed to invalidate, impair, or supersede any law enacted by any State for the purpose of regulating the business of insurance, or which imposes a fee or tax upon such business, unless such Act specifically relates to the business of insurance: Provided, That after June 30, 1948, the Act of July 2, 1890, as amended, known as the Sherman Act, and the Act of October 15, 1914, as amended, known as the Clayton Act, and the Act of September 26, 1914, known as the Federal Trade Commission Act, as amended [15 U.S.C. 41 et seq.], shall be applicable to the business of insurance to the extent that such business is not regulated by State Law.”

uno de los Estados en los que se quiera ejercer la actividad, siendo riesgoso para la actividad por cuanto la compañía aseguradora está escogiendo la entidad que lo supervisará. En cada estado, hay una entidad especializada, un comisionado, un superintendente o un director en el departamento de seguros (Insurance Department). Es por esto que la mayor crítica que se le hace al sistema regulatorio de este país son los altos costos que implica una supervisión de la actividad en los diferentes estados, siendo así ineficiente. Esto se corregiría con un único regulador federal que uniformara los criterios y reglas.⁴⁴

Lo anterior, ha generado en el congreso de ese país la promoción de un régimen en materia de seguros que les permite a las aseguradoras elegir entre la regulación estatal y la federal⁴⁵. Tal es el caso del “Office of National Insurance Act of 2009” en el cual se estableció la creación de una oficina de seguros en el ámbito nacional dentro del Departamento del Tesoro. A dicha oficina se le otorgaron facultades tales como monitorear la industria aseguradora para evitar crisis sistémicas, coordinar los esfuerzos federales en la búsqueda de una política prudencial en materia de seguros a nivel internacional y representar a Estados Unidos frente a otros países en esta materia, así como también consultar a cada Estado y solicitar información de las compañías aseguradoras⁴⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que mencionar que la National Association of Insurance Commissioners (en adelante “NAIC”) es una organización que involucra a las entidades reguladoras de los 50 Estados y que tiene como principal misión asistir a los entes reguladores de cada Estado en búsqueda del interés público y la eficiencia del

⁴⁴ Therese M. Vaughan “*The economic crisis and lessons from (and for) U.S. insurance regulation*”. *Journal of Insurance Regulation*, NAIC. Disponible en: http://www.naic.org/documents/cipr_jir_vaughan.pdf Fecha de consulta: 30 de 2010.

⁴⁵ http://www.naic.org/topics/topic_federal_charter_regulation.htm Fecha de consulta: 30 de enero de 2010.

⁴⁶ Office of National Insurance Act of 2009. Disponible en: <http://www.financialstability.gov/docs/regulatoryreform/07222009/title%20V%20Ofc%20Nat%20Ins%207-22-2009%20fnl.pdf> Fecha de consulta: 30 de enero de 2010.

mercado. Esta organización fue creada con el objetivo de coordinar la regulación de todos los Estados, siendo así una organización de apoyo para la regulación de la actividad aseguradora.⁴⁷

Así, la autoridad competente tiene el poder para dar las licencias a las compañías, suspender o revocar definitivamente dichas autorizaciones, así como vigilar y supervisar de manera permanente la información de las compañías con el único fin de poder adoptar medidas correctivas, en caso de necesitarse, en el momento adecuado y que no sea demasiado tarde⁴⁸. Para tal efecto, tiene la capacidad de requerir información específica y realizar auditorías buscando impedir abusos por parte de las compañías aseguradoras hacia los clientes, corroborando la información entregada al público.

En el caso de Estados Unidos, la supervisión se ha enfocado en el control de solvencia de las empresas aseguradoras⁴⁹ y se lleva a cabo a través de un órgano que pertenece al poder ejecutivo⁵⁰. La oficina encargada de la supervisión de dicha actividad, es financiada por la misma industria que hace unos aportes obligatorios con el fin de sostener el mismo poder de inspección, vigilancia y control.⁵¹ Esos aportes son manejados por la Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) que es una agencia de supervisión de las entidades financieras, de carácter

⁴⁷ Disponible en: www.naic.org

⁴⁸ *OECD, Policy Issues in Insurance. Insurance Regulation and Supervision in the OECD Countries.* N.3

Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/21/1815373.pdf> Fecha de consulta: 31 de enero de 2010.

⁴⁹ *Editor's Perspective 159-63 Journal of Insurance Regulation 19* (No2 Wint 2000).

⁵⁰ "To the extent that the marketplace is not the governing force and should be supplemented by a regulatory authority, that authority has shifted from one or more state based regulators to a more centralized view. The NAIC has become a de facto central authority. Trade associations like those representing the guaranty funds, insurers, and agents have new clout in regulation. Professional groups like the American Academy of Actuaries have ascended to be de facto decision makers in the regulatory process. These questions are being intensely debated at every meeting of the National Association of Insurance Commissioners, the National Council of Insurance Legislators, and state and federal legislative bodies." *Editor's Perspective 159-63 Journal of Insurance Regulation 19* (No2 Wint 2000).

⁵¹ *OECD, Policy Issues in Insurance. Insurance Regulation and Supervision in the OECD Countries.* N.3

Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/21/1815373.pdf> Fecha de consulta: 31 de enero de 2010.

independiente y creada por el Congreso para mantener la estabilidad y la confianza pública en el sistema financiero de la Nación.

Por otra parte, la actividad aseguradora se encuentra regulada, aunque actualmente las empresas aseguradoras en Estados Unidos (en donde hay una banca múltiple) tienen la capacidad de realizar inversiones en el sector real de la economía para generar rendimiento de las primas recolectadas y poder honrar las obligaciones producto de los siniestros, esto no lo pueden hacer sin tener en cuenta las restricciones que para el efecto les imponen las normas.

Aunado a lo anterior, el régimen societario estadounidense establece que solamente las sociedades anónimas y las cooperativas están en la capacidad de ejercer la actividad aseguradora. Igualmente, el acta constitutiva de la sociedad debe contener además de los elementos esenciales del contrato societario el área geográfica en la cual la empresa aseguradora piensa brindar sus servicios así como los cuerpos ejecutivos de la compañía⁵², asunto éste que denota la supervisión y el control por parte de las autoridades competentes.

Ahora cabe preguntarse qué se debe regular y que no, con el objeto de permitir una estructura dinámica que a su vez sea segura para el público. Es así como en Estados Unidos se ha establecido que principalmente se debe verificar: los balances, la solvencia, la capacidad de pago, tarifas, formas de política y la publicidad, entre otros. Esto demuestra que la supervisión del Estado no se puede centrar únicamente en aspectos financieros. Además, lo que se busca evitar, en primera instancia, son las crisis financieras o sistémicas que puedan afectar gravemente al mercado y al público en general. Es por esto que a partir de la crisis financiera que se presentó entre los años 2008 y 2009, en este país se ha

⁵² *OECD, Policy Issues in Insurance. Insurance Regulation and Supervision in the OECD Countries.* N.3

Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/21/1815373.pdf> Fecha de consulta: 31 de enero de 2010.

analizado⁵³ a mayor profundidad el rol que juega cada Estado y el Estado Federal en la regulación y supervisión de la actividad aseguradora.

Por último, se puede ver que en Estados Unidos, a pesar de tener un gobierno federal, evidencia, al igual que en Colombia y España, la necesidad e importancia de que el Estado regule y supervise la actividad aseguradora.

Los tres países se han enfocado en implementar parámetros de solvencia y patrimoniales que puedan hacer el ejercicio de la actividad más estable y, así menos vulnerable ante las crisis financieras. Así mismo, los tres países evidencian la necesidad de una autoridad de vigilancia y control que sea cada vez más especializada en materia de seguros. Sin embargo, como se mencionó con anterioridad, dicho control financiero no es la única forma de vigilar las compañías de seguros ya que para poder comenzar ejercer lícitamente la actividad requieren de una autorización previa por parte de la autoridad competente.

Igualmente, en los tres países estudiados, Colombia, España y Estados Unidos, se evidencia el carácter de interés público que tiene la actividad aseguradora en la sociedad. Los Estados buscan reducir los trámites innecesarios que fueron producto de una excesiva regulación pero sin llegar al límite de la no regulación ni supervisión. Se tiene que llegar a un equilibrio en el que se proteja la libre competencia entre las compañías de seguros y la protección de los consumidores de los seguros para que en ningún momento estos últimos se vean perjudicados.

Al considerarse los servicios financieros como un servicio público, los Estados establecen que es de vital importancia para la sociedad la prestación de dichos servicios, y que si bien se le puede conferir a los particulares la prestación de los

⁵³<http://www.financialstability.gov/docs/regulatoryreform/07222009/title%20V%20Ofc%20Nat%20Ins%207-22-2009%20finl.pdf> Fecha de consulta: 28 de enero de 2010.

Therese M. Vaughan "The economic crisis and lessons from (and for) U.S. insurance regulation". *Journal of Insurance Regulation*, NAIC.

Disponible en: http://www.naic.org/documents/cipr_jir_vaughan.pdf

mismos, este debe a todo momento supervisar y regular dicho servicio con el objeto de impedir las crisis financieras que conllevan grandes costos sociales y económicos para país.

4. EJERCICIO ILEGAL DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA.

El objetivo de éste capítulo, es propiciar el conocimiento de uno de los subsectores del sistema financiero como es el sector asegurador al que muchos acceden con desconocimiento, y otros por esta razón, dejan de beneficiarse de su existencia.

Según el artículo 1037 del Código de Comercio, “*son partes del contrato de seguro; el asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos, y el tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos*”. (Negritas y subrayado fuera del texto).

Partiendo del supuesto “la persona jurídica asume riesgos”, se evidencia que dicho estatuto optó por la tesis del “Asegurador – Empresa”, pues ha sido objeto de tradicional discusión en el derecho de seguros la viabilidad de la limitación a las personas naturales de contratar como aseguradores⁵⁴.

La tesis del “Asegurador – Empresa” es originaria del tratadista italiano VIVANTE⁵⁵, la cual según nuestra opinión resulta ser la más adecuada, protectora y conveniente para el asegurado, teniendo en cuenta que la actividad aseguradora es muy compleja en cuanto a su ejercicio, motivo por el cual es casi imposible que sea desarrollada por personas naturales. Esto significa que para llevar a cabo el ejercicio de la actividad aseguradora es necesario que la misma sea realizada por una persona jurídica, habida cuenta de los riesgos que ésta debe asumir a partir de la

⁵⁴ En la Comisión redactora del Código de Comercio, el doctor Emilio Robledo Uribe manifestó: “(...) Al negarse a las personas naturales el derecho de realizar un contrato perfectamente lícito y legal como lo es el seguro, se está atentando contra la libertad y autonomía contractuales, pues si se somete la validez de un convenio legítimo a la autorización del gobierno se vulnera la autonomía de la voluntad”. Comisión redactora del código de comercio, acta número 5 de mayo 5 de 1969.

⁵⁵ Francesco Messineo, *Manual De Derecho Civil Y Comercial*, Página 159 (EJEA, Buenos Aires, 1971).

celebración de los contratos de seguros con sus clientes. Esto por cuanto sólo una persona jurídica puede llegar a tener la capacidad económica para responder a título de indemnización frente a los usuarios del contrato de seguro. La tesis “*asegurador- empresa*” adoptada dentro del ordenamiento jurídico propende por la protección de la seguridad del público en el sector financiero, así mismo permite que la confianza del público en el sector financiero sea estable y no sufra alteraciones que puedan no sólo repercutir en el sector asegurador sino en todo el mercado financiero, al ser el primero parte de éste.

De acuerdo con lo anterior, a la hora de constituir una persona jurídica como aseguradora se le exige una serie de requisitos mínimos de orden técnico, administrativo y legal, y que a su vez le permita la suficiente confianza de los asociados para contratar seguros. En resumen, sólo les es posible celebrar contratos de seguros a las personas jurídicas constituidas bajo la forma de sociedad anónima o cooperativa, las cuales dentro del ordenamiento jurídico Colombiano deberán someterse a la vigilancia de la Superintendencia Financiera⁵⁶.

Esto se destaca en el artículo 36 de la ley 45 de 1990, “*La actividad aseguradora únicamente puede ser ejercida por empresas que adopten la forma de sociedades anónimas o por los tipos de sociedades cooperativas admitidos legalmente*”.

Así mismo, se reitera lo dicho en el artículo 108 numeral 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (de ahora en adelante EOSF): “*Sólo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia. En consecuencia, se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas el ejercicio de la actividad aseguradora*”. No obstante lo anterior, el numeral 3 del artículo 108 del EOSF fue modificado por el artículo 64 de la Ley 1328 de 2009. Entra a regir el 15 de

⁵⁶ Para obtener autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia para constituir una entidad aseguradora, deben cumplirse previamente los requisitos que se establecen en el Capítulo I, Parte Tercera del EOSF y Numeral 1º, Capítulo Primero, Título I de la Circular Externa 007 de 1996 de la Superintendencia Bancaria, disposiciones que contienen el procedimiento que debe seguirse para tales fines.

julio de 2013. El nuevo texto es el siguiente: “*Salvo lo previsto en el párrafo 1o del artículo 39 del presente Estatuto y en normas especiales, sólo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia. En consecuencia se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas el ejercicio de la actividad aseguradora*”⁵⁷. La norma establece lo que ya se ha mencionado en párrafos anteriores como lo es que la persona jurídica facultada con anterioridad por la Superintendencia Financiera para llevar a cabo la actividad aseguradora deberá estar constituida bajo la forma de sociedad anónima o cooperativa, las cuales deberán en todo momento estar bajo supervisión y regulación de la misma Superintendencia. Al modificarse la normatividad se hace mención al artículo 39 del EOSF, el cual regula la prestación del servicio de seguros dentro del territorio Colombiano por parte de las aseguradoras extranjeras, lo cual se tratará en mayor extensión en el capítulo siguiente sobre “Ausencia de una supervisión a nivel supranacional en materia de la actividad aseguradora”.

4.1 Consecuencias del ejercicio ilegal de la actividad aseguradora y la función del estado para evitarlo.

En cuanto al ejercicio ilegal de la actividad aseguradora, la ley establece que está prohibido para las personas naturales, o cualquier persona jurídica que no cumpla con los requisitos mencionados en el capítulo anterior, celebrar contratos de seguros. Por lo tanto, de llegarse a presentar esta situación se aplicaría lo establecido en el artículo 108, numeral 3 del EOSF, “*Sólo las personas previamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria se encuentran debidamente facultadas para ocuparse de negocios de seguros en Colombia. En consecuencia, se prohíbe a toda persona natural o jurídica distinta de ellas el ejercicio de la actividad aseguradora. Los contratos y operaciones celebrados en contravención a lo dispuesto en este numeral no producirán efecto legal, sin perjuicio del derecho*

⁵⁷ En el capítulo 5 sobre “Ausencia de una supervisión a nivel supranacional en materia de la actividad aseguradora” de la presente monografía jurídica, que se analizará a continuación, se estudia a profundidad la posibilidad o imposibilidad de las aseguradoras extranjeras para ofrecer contratos de seguros dentro del territorio Colombiano, consagrado en el artículo 39 del EOSF.

del contratante o asegurado de solicitar el reintegro de lo que haya pagado; de las responsabilidades en que incurra la persona o entidad de que se trate frente al contratante, al beneficiario o sus causahabientes, y de las sanciones a que se haga acreedora por el ejercicio ilegal de una actividad propia de las personas vigiladas por la Superintendencia Bancaria”. (Negritas fuera del texto).

Los efectos jurídicos que se generan por llevar a cabo la actividad aseguradora de forma ilegal e imprudente, son a saber:

1. El contrato o los contratos de seguros no producirán efecto legal alguno - ineficacia-.
2. El asegurado, tomador, beneficiario o quien haga las veces de contratante tendrá derecho a pedir que se le devuelva el pago que haya hecho por concepto de prima por ser un pago de lo no debido.
3. La responsabilidad en la que incurre el supuesto asegurador frente al asegurado, sus causahabientes o beneficiario, y por la cual deberá responder como el pago del siniestro si éste acaece.
4. Las sanciones a las cuales puede hacerse acreedora la entidad impuestas por la Superintendencia Financiera.

Del artículo 108 numeral 3 del EOSF, se infiere la sanción de la ineficacia de los actos jurídicos producidos de forma ilegal, como cuando no se observa y respeta que el asegurador deba ser una persona jurídica debidamente constituida acorde a la ley y éste previamente autorizada por parte de la Superintendencia Financiera para celebrar contratos de seguros con los usuarios, lo cual es un requisito esencial para que el contrato nazca y produzca efectos jurídicos.⁵⁸

⁵⁸ Artículo 326 numeral 8 del EOSF: “Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 897 del Código de Comercio, las Superintendencias Bancaria, de Sociedades o de Valores podrán de oficio efectuar el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en el Libro Segundo del Código de Comercio. Así mismo, a falta de acuerdo de las partes sobre la ocurrencia de dichas causales de ineficacia, podrá una de ellas solicitar a la respectiva Superintendencia su reconocimiento. En relación con las sociedades no vigiladas permanentemente por las referidas entidades, tal función será asumida por la Superintendencia de Sociedades”.

Sin embargo, a pesar de que el contrato sea “ineficaz”, la ley reconoce que el hecho de realizar esta clase de contratos, pueden producir un daño, lo que genera necesariamente consecuencias jurídicas, como lo es el derecho que asiste al asegurado de reclamar por entero lo que ha pagado más una indemnización por el daño que haya sufrido o que se le pague el siniestro si éste ha acaecido. Todo esto es consecuencia del hecho de causar un daño.

En conclusión, si se contrata un seguro en contravención de las normas legales que regulan su nacimiento, producción de efectos jurídicos y terminación, y así mismo si la persona jurídica no tiene aún la autorización por parte de la Superintendencia Financiera para ejercer la actividad aseguradora, pero pese a todo esto la supuesta aseguradora asume como prestación a su cargo el pago de la suma de dinero a título de indemnización en caso de darse un siniestro, a partir de ese momento y en caso de presentarse el acaecimiento del suceso deberá responder frente a quien lo contrato sin derecho a cobrar la prima y sin perjuicio de las sanciones que pueda imponer la Superintendencia por el ejercicio ilegal de dicha actividad.

Finalmente, dadas las circunstancias de la situación, es menester resaltar que el Estado aún conserva herramientas y alternativas para evitar y contrarrestar el fenómeno de la actividad aseguradora ilegal, como pueden ser:

1. Haya coherencia en las políticas del Estado sobre derecho de seguros.
2. Sistematización de la normativa sobre el derecho de seguros, porque en la práctica es un problema las amplias y dispersas disposiciones legales existentes, entre las cuales se incluyen leyes, decretos y resoluciones que regulan la actividad de las compañías de seguros, esto se presta para dualidad en interpretaciones y evasiones.
3. Diseño adecuado de esquemas sancionatorios, es decir, que deben ser realmente disuasivos.
4. Consolidación de un régimen sobre derecho de seguros propio. Ello significa que se debe evitar traer toda la normatividad de otros países pretendiendo implantarla de igual forma como en el país de donde proviene.

5. La creación de un órgano supranacional que permita la correcta aplicación de la ley en diversos países para que la misma siga una coherencia adecuada.

4.2 Situaciones que en principio fueron consideradas una manifestación del ejercicio ilegal de la actividad aseguradora y, por ende, controvertidas.

Existen figuras jurídicas similares al contrato de seguro como por ejemplo la medicina prepagada en cuanto a sus objetivos, los servicios prestados por las funerarias, el afianzamiento, sin embargo ello no indica que al hablar de éstos contratos estemos frente a una especie del contrato de seguro.

4.2.1 Los servicios funerarios.

En un principio se podría llegar a concluir que los servicios ofrecidos por las funerarias revisten del carácter de actividad aseguradora, aunque sin intervención y vigilancia del Estado habida cuenta de que dicha actividad económica reúne todos los requisitos o elementos del contrato de seguros, como son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador. A continuación procederemos a exponer los motivos por los cuales en algún momento se consideraba estas dos figuras como iguales, sin embargo queda claro con el pronunciamiento de la Corte Constitucional que no lo son, únicamente los servicios exequiales revisten de características similares al contrato de seguro exequial pero también poseen grandes diferencias las cuales la Corte Constitucional en la sentencia C- 940 de 2003 estableció y más adelante serán expuestas.

Para empezar, el contrato de servicios funerarios tiene algunas similitudes con el contrato de seguro exequial, estas son a saber:

- En los servicios exequiales, lo mismo que en los contratos de seguros funerarios, existe un interés asegurable en la persona asegurada, que consiste en trasladar a un tercero las consecuencias económicas negativas de la muerte de una persona (el propio contratante o sus parientes), con el fin de que sea ese tercero el que asuma esos gastos, bien directamente o bien contratando con otras entidades la prestación de tales servicios.
- El riesgo asegurable es la muerte, la cual causa los gastos de entierro, hecho expresamente considerado como un riesgo asegurable por el Código de Comercio en la medida de la incertidumbre de la fecha de ocurrencia .
- La prima es el precio del seguro, y en los servicios funerarios se denomina cuota periódica. Además, en el contrato de servicios funerarios, al igual que en el de seguros, se constituye un fondo mutual para atender los riesgos asegurados; sin embargo, el legislador no exige la constitución de reservas ni la inversión de las mismas de manera determinada, lo que sí exige de manera general en los demás seguros.
- Por último, la obligación condicional del asegurador aquí se refiere al pago de una indemnización en especie.

Hasta aquí luego de analizar cada uno de los elementos del contrato de servicios funerarios, era posible aseverar que estos servicios podían comprender una especie de actividad aseguradora. Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia C – 940 de 2003 dejó muy claro que no era así y que el artículo 111 de la ley 795 de 2003 es exequible al establecer que los servicios funerarios no constituyen actividad aseguradora así⁵⁹:

“A pesar de lo precaria que resulta la redacción actual del artículo 111 y de sus antecedentes en el Congreso, la Corte observa que, aunque la norma no lo diga, el alcance que comúnmente se le reconoce al llamado contrato de servicios funerarios es el de estimarse que mediante él una persona o grupo de personas adquiere el derecho de percibir en especie los servicios de tipo exequial, mediante el único requisito de estar “cancelando oportunamente las cuotas fijadas con antelación”, sin necesidad de que mediante tal pago de cuotas se haya cubierto totalmente el valor

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C–940 de 2003.

del servicio para cuando la muerte que origina la prestación acaece. Así entendido, estima la Corte, el contrato de servicios funerarios, sin llegar a identificarse con el contrato de seguros, si involucraría un factor asegurativo, al permitir que con los recursos formados por las cuotas captadas de un grupo grande de usuarios se constituya una mutualidad, que en virtud de la aplicación de la ley de los grades números permita atender el riesgo de la muerte de uno o varios de ellos cuando acaece antes de que las cuotas cubran totalmente el valor del servicio respectivo”.

Aún cuando el contrato de servicios funerarios tiene en sí un factor asegurativo no lo convierte en un contrato de seguro, esto se entiende mejor al estudiar el pronunciamiento de la Corte donde estableció las diferencias entre estos dos tipos de contratos, éstas son a saber:

“Diferencias entre el contrato de seguro funerario o exequial y el contrato de servicios funerarios.

1. El seguro comercial supone la concurrencia de dos persona distintas en la relación: el asegurador y el asegurado, mientras en la protección mutual los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos.

2. El seguro comercial presupone en contrato bilateral del cual emanan obligaciones y derechos recíprocos; el amparo mutual presupone un convenio o contrato de asociación de la cual emana la obligación de cotizar o contribuir y el derecho de auxilio.

3. En el seguro existe prima fija, el asegurador tiene derecho a apropiarse de la renta residual o empresarial, mientras en el amparo mutual ésta, cuando se produce, forma parte de la propiedad colectiva o solidaria d la entidad de la cual los asociados amparados son los mismos dueños.

4. En el seguro la prima no es susceptible de aumento o disminución. En el amparo mutuo la contribución es variable y modificable.

5. El seguro incluye, como comercial o mercantil que es, ánimo lucrativo en el asegurador; mientras el amparo mutuo excluye la idea de beneficio o provecho lucrativo.

6. El seguro expide póliza, mientras que en el amparo mutuo se obtiene un servicio por los convenios de cooperación, que origina la relación asociativa. (acuerdo cooperativo Art. 3 de la Ley 79 de 1988)

7. El seguro supone la contraprestación total del riesgo y la protección mutua hasta la concurrencia del fondo. Es decir, el fondo mutuo responderá hasta el monto total de dicho fondo’.”

No sólo las entidades cooperativas o de economía solidaria prestan los servicios funerarios, sino que también las empresas funerarias pueden organizarse bajo otras formas asociativas como la de sociedad comercial. En éste caso, “La Corte también considera que no se está en presencia de un contrato de seguros, sino de una forma jurídica diversa con características especiales, definido en el artículo 111 de la Ley 795 de 2003. Ello por las diferencias entre ambas instituciones, y que pasan a comentarse: El artículo 1045 del Código de Comercio establece los elementos esenciales del contrato de seguro, y señala que a falta de cualquiera de ellos el contrato de seguro no producirá efecto alguno. Para la Corte, en los servicios funerarios no existe “prima”, pues en ellos la ley habla de cuotas fijadas con antelación cuya cancelación oportuna da derecho a la prestación del servicio. Concepto este que difiere de la noción de prima pues el elemento de prepago ubica al contrato en una categoría diversa al puro contrato de seguros; adicionalmente la obligación que surge como contraprestación al pago de las “cuotas” consiste en la prestación de un servicio en especie y no en el pago de una indemnización, como es lo propio del contrato de seguros”.

De lo dicho pueden extraerse las siguientes conclusiones: “ (i) De la Constitución no emana que la actividad aseguradora sea exclusivamente aquella que se desarrolla bajo la forma jurídica de contrato de seguros o de cualquier otra figura jurídica particular (criterio formal de definición); (ii) de la Constitución no emana que la actividad aseguradora sea exclusivamente aquella que desarrollan las entidades constituidas bajo la forma jurídica de compañías aseguradoras (criterio orgánico de definición); (iii) **de la Constitución no emana que toda actividad que implique en alguna forma la asunción de un riesgo sea actividad aseguradora (criterio material de definición)**; (iv) de la Constitución sí emana que la actividad aseguradora conlleva el manejo, aprovechamiento o

inversión de recursos y que por esta razón, debe quedar sujeta a la intervención, vigilancia y control estatales, que se lleva a cabo mediante un reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo, a través del mecanismo de las “leyes marco”. (v) De la Constitución no emana que la intervención y vigilancia de la actividad aseguradora o de cualquier otra que involucre el manejo, aprovechamiento o inversión del ahorro público tenga que llevarse a cabo conforme a unas mismas reglas y bajo el control de un mismo órgano de supervigilancia estatal. (Subrayado fuera del texto original).

Al legislador le asiste un amplio margen de libertad para definir en qué consiste la actividad aseguradora, para lo cual puede válidamente acudir a criterios negativos, indicando qué operaciones no la constituyen. *“Desde este punto de vista puede el Congreso, desechando el criterio material, decidir que no es aseguradora toda actividad que involucre elementos asegurativos o de traslado de riesgos, incluso si conllevan la formación de mutualidades, cuando aparecen otros elementos jurídicos que estima relevantes para otorgar un tratamiento legal diferente”.*

La Corte Constitucional en esta sentencia aclara que el artículo 111 sólo se refiere a la prestación de servicios funerarios y no al contrato de seguros como muchos afirman, como pasa a explicarse. *“La expresión “cualquiera sea su modalidad de contratación y pago”, se refiere igualmente a las diversas formas en que pueden contratarse los servicios funerarios. Recuérdese que según el artículo 111 tales servicios pueden incluir solamente una serie de actividades básicas (preparación del cuerpo, obtención de licencias de inhumación o cremación, traslado del cuerpo, suministro de carroza fúnebre para el servicio, cofre fúnebre, sala de velación y trámites civiles y eclesiásticos). Además, el llamado “destino final” puede revestir una de dos modalidades: “inhumación o cremación del cuerpo”. A estas posibles variantes de la contratación es que se refiere la expresión “cualquiera sea su modalidad de contratación y pago” contenida en el referido artículo 111”.*

Por último, Fasecolda considera que los contratos de servicios funerarios, debieron en el pronunciamiento de la Corte, ser vistos y declarados como actividad aseguradora y en tal virtud deberían ser objeto de la intervención y vigilancia del Estado, porque según su opinión dichos contratos coinciden materialmente con los contratos de seguros. Fenalco se declara en contra de la opinión de Fasecolda sobre la sentencia y manifiesta su inconformidad por el artículo publicado en la Revista Fasecolda, escrito por el doctor Miguel Samper, abogado de la Vicepresidencia Jurídica de ese Gremio, mediante el cual se concluye, entre otros aspectos que *“la prestación de servicios de exequias por parte de algunas compañías comerciales funerarias, ha despertado una fuerte polémica en el sector asegurador, en la medida en que esta prestación, en diversas oportunidades, se ejecuta mediante un mecanismo idéntico al contrato de seguro”*. Fenalco considera que es entendible que este tipo de interpretaciones se suscitaran antes de la expedición de la Ley 795 de 2003, pero no después de cuatro años de vigencia, máxime si se considera que ya existen pronunciamientos jurisprudenciales que determinan la exequibilidad de la norma que establece que la prestación de servicios funerarios no constituye actividad aseguradora. Para Fenalco, resulta absolutamente claro que los contratos de prestación de servicios funerarios, sin importar si se trata de la modalidad de servicio directo con pago inmediato, mediante pago anticipado (preago), o previsión exequial, pueden ser prestados por las empresas funerarias, siempre y cuando hayan adecuado sus contratos en los términos del párrafo 2° del artículo 111 de la ley 795 de 2003, sin necesidad de contar con ningún tipo de autorización por parte de la Superintendencia Financiera, por cuanto no ejercen actividad aseguradora. Por las razones expuestas, le solicitan a Fasecolda que evite continuar dando erróneas interpretaciones a los contratos de prestación exequial celebrados por las empresas de servicios funerarios, al calificarlos de ilegales por tener, supuestamente el carácter de seguros. Dichas interpretaciones según la entidad tienen por objeto generar confusión al público en general e incluso, eventualmente, podrían constituirse en actos de competencia desleal, al afectar la libre y lícita actividad desarrollada por tales empresas⁶⁰.

⁶⁰ http://www.fenalcobogota.com.co/index.php?option=com_content&task=view&id=608&Itemid=56. Fecha de consulta: 5 de Febrero de 2010.

En conclusión, de acuerdo a lo anterior queda claro que el legislador puede y expresa que no constituye actividad aseguradora la prestación de servicios exequiales, ello no viola ningún artículo de la Constitución Política, ni conlleva el someter a las cooperativas, personas o empresas que los prestan a las mismas reglas de vigilancia y control que rigen la actividad aseguradora. Aún así, hay que señalar que tales cooperativas, personas o empresas que presten servicios exequiales deben sujetarse a la vigilancia y control que legalmente les corresponda, según su naturaleza jurídica respectiva.

A pesar de los argumentos juiciosos esgrimidos por la Corte Constitucional pensamos que aún quedan preguntas, dudas y cuestionamientos por resolver, como por ejemplo ¿cuáles son las autoridades que deberán vigilar, supervisar y regular a las funerarias?. A nuestro modo de ver, éste es un vacío no resuelto por la sentencia, uno podría atreverse a dar una respuesta diciendo que depende de la forma jurídica que elija la funeraria para operar debe ser vigilada por una u otra autoridad, es decir, si la funeraria se constituye como sociedad anónima debería estar supervisada por parte de la Superintendencia de Sociedades, mientras que si la funeraria es una cooperativa su vigilancia correría por cuenta de la Superintendencia de Economía Solidaria. A pesar de que puedan ser vigiladas, supervisadas y reguladas por cualquiera de las dos personas jurídicas antes mencionadas, consideramos que no es suficiente dada la importancia jurídica de la cual reviste los servicios prestados por estas entidades. Es bien sabido que las funerarias a cambio del servicio prestado exigen pagos anticipados los cuales no son otra cosa que recursos del público, motivo por el cual la Superintendencia indicada para manejar la supervisión correcta de estas funerarias sería la Financiera por su gran conocimiento, experiencia y profesionalismo en la materia, la cual es la más capacitada para mantener la seguridad y confianza del público en el sector financiero. Así mismo, a nuestro juicio la Corte Constitucional debió reconocer que los servicios prestados por las funerarias no distan de ser un contrato de seguro, hubiera sido mejor para el usuario que se reconociera como tal, vigilado por la Superintendencia Financiera brindando mayor confianza y sostenibilidad del sector pero constituyendo en una excepción para que esas entidades presten el servicio.

Ahora bien, es tan claro el interés público que reviste la actividad aseguradora que la legislación nacional, al igual que la de otros países, contempla normas que prohíben a personas no autorizadas ejercer la actividad aseguradora, lo anterior con el propósito de proteger no sólo a los inversionistas, sino principalmente a los consumidores. Desde esta perspectiva, el artículo 111 de la ley 795 de 2003 puede potencialmente llegar a poner en riesgo el interés público protegido por la Constitución Nacional en perjuicio de los usuarios actuales y potenciales de los susodichos servicios funerarios si éstos no tiene la vigilancia debida para su actuar. En ese orden de ideas, las exigencias mínimas requeridas para actuar en el mercado donde se manejan recursos de terceros deberían ser igualmente exigidas para las funerarias prestadoras de los servicios funerarios.

4.2.2 Las sociedades Afianzadoras.

En relación con las sociedades afianzadoras, se presentan dos situaciones que involucran ejercicio ilegal de la actividad aseguradora en ámbitos diferentes. La primera, relacionada con aquellas sociedades que celebran contratos denominados de fianza⁶¹ con el fin de garantizar contratos estatales y, la segunda, cuando las mismas sociedades

⁶¹ En contraposición encontramos el seguro de cumplimiento “... por el cual una compañía aseguradora se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones a cargo del tomador dimanantes de un contrato, clasifica en la especie de los seguros de daños, y, por ende, se aplica el principio de indemnización que los inspira, el cual se concreta en que, respecto del asegurado, “serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1088 del C. de Comercio; el riesgo lo constituye, entonces, la eventualidad del incumplimiento del deudor. Dada su naturaleza jurídica, el beneficiario del seguro de cumplimiento, ante el acaecimiento del siniestro, debe demostrar ante la compañía aseguradora, ya mediante reclamo extrajudicial o ya por vía judicial, la existencia del daño padecido y su cuantía, pues sólo hasta allá se extiende la responsabilidad de la compañía a quien, por razón de tal vínculo, le corresponde pagar, únicamente en esa medida, los perjuicios derivados para aquél por causa del incumplimiento de las obligaciones del tomador. La aseguradora puede resultar exonerada de pagar la indemnización si demuestra que las obligaciones por cuyo cumplimiento se comprometió a responder fueron satisfechas, o que si bien fueron incumplidas, fue porque primero correspondía al otro contratante acatar las suyas (excepción de contrato no cumplido); o, en fin, que la infracción se dio por mediar un motivo legítimo o una causa extraña; en pocas palabras, no puede entenderse que la

afianzadoras que celebran contratos de fianza para garantizar el cumplimiento de contratos comerciales celebrados entre particulares.

En cuanto a las garantías en la contratación estatal los artículos 38 y 63 de la Carta Política, establece que el patrimonio público del Estado debe ser adecuadamente protegido y la ley señalará las acciones y derechos para protegerlos. Para el caso concreto de la contratación estatal, el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007, señala sobre la garantía que deben prestar los contratistas para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato estatal y de la seriedad de los ofrecimientos: *“Los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Los proponentes prestarán garantía de seriedad de los ofrecimientos hechos. Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, en garantías bancarias y en general, en los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por el reglamento para el efecto. Tratándose de pólizas, las mismas no expirarán por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral. El Gobierno Nacional señalará las condiciones generales que deberán ser incluidas en las pólizas de cumplimiento de los contratos estatales (...)”*.

aseguradora en todo caso responde por el cumplimiento de las obligaciones del tomador, así éste tuviera motivos válidos para desatenderlas. Sobre el punto ha dicho la Corte: para adoptar un criterio sobre el perjuicio que puede haber causado ese siniestro es preciso en primer lugar dejar muy en claro que son dos cosas diferentes la fianza o aval de una parte, y el seguro de cumplimiento, de otra. En los primeros nace para el fiador o el avalista desde el momento del contrato la misma obligación del deudor principal. El acreedor tendrá, pues, pluralidad de deudores y en muchas ocasiones podrá escoger a su arbitrio a cuál de ellos ejecutar; (.....) en el segundo, bajo la forma de seguro se puede garantizar el cumplimiento de una obligación, en forma tal de que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo ‘hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada’, como reza textualmente la póliza citada (en este caso la visible a folio C. 1). A ese texto simplemente una glosa: no ha debido emplearse la expresión afianzada ‘porque ciertamente el seguro en que se garantiza una obligación, comúnmente denominado SEGURO DE CUMPLIMIENTO, es negocio diferente de la fianza’” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de Septiembre de 2000, Proceso 6140, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno..

Por su parte, el artículo 3 del Decreto 4828 de 2008, señaló como garantías exclusivas de la contratación estatal las siguientes: *“En los procesos de contratación los oferentes o contratistas podrán otorgar, como mecanismos de cobertura del riesgo, cualquiera de las siguientes garantías:*

3.1 Póliza de seguros

3.2 Fiducia mercantil en garantía

3.3 Garantía bancaria a primer requerimiento

3.4 Endoso en garantía de títulos valores

3.5 Depósito de dinero en garantía.

Lo anterior, sin perjuicio de que la responsabilidad extracontractual de la administración derivada de las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas o subcontratistas sólo puede ser amparada mediante póliza de seguro. (...).”

Lo anterior, evidencia que bajo el contrato de fianza no se podrán garantizar las obligaciones que surgen de los contratos estatales ni la seriedad de las ofertas de esos contratos.

Es importante destacar que el ejercicio de la libertad de configuración normativa del legislador para determinar las garantías admisibles en los contratos estatales, fue avalado constitucionalmente a través de la sentencia C-154 de 1996, mediante la cual se declaró la constitucionalidad de la norma que bajo la vigencia del texto original de la Ley 80 de 1993 establecía el régimen de garantías. En dicha sentencia la Corte Constitucional señaló lo siguiente: *“Por lo demás, el legislador goza en este caso de un amplio poder discrecional para configurar la norma jurídica en punto a las garantías contractuales, porque la satisfacción de los intereses públicos y sociales que implica el cumplimiento de los objetos contractuales y la consecuente protección del patrimonio público, determinan que aquél pueda diseñar el tipo de garantía que juzgue más conveniente para la protección de los referidos intereses. **No cualquier persona o empresa puede ofrecer las características y seguridades mencionadas. Por lo tanto, no puede admitirse, invocando***

el principio de igualdad, que cualquier interesado esté en condiciones de asumir el amparo de riesgos, generalmente muy cuantiosos, sin poseer un respaldo patrimonial y técnico suficiente, y la idoneidad profesional que surge como resultado de la especialización en el manejo de tales riesgos. La actividad que cumplen los bancos y las aseguradoras en materia de garantías de riesgos, trasciende el ámbito meramente particular y privado de las relaciones contractuales entre garantes y asegurados, hasta el punto de que el Constituyente ha considerado dicha actividad como de interés público y la ha sometido, por tal motivo, a la inspección, control y vigilancia del Estado (C.P.arts. 150-19 d, 189-25, 335, ley 35 de 1993 y decreto 663 de 1993).” (Subrayado fuera del texto original).

Ahora bien, el efecto que genera el incumplimiento de lo dispuesto por la ley 80 de 1993, la ley 1150 de 2007 y el Decreto 4828 de 2008, lo constituye el riesgo al que se expone el patrimonio del Estado en el evento en que se realice cualquiera de los riesgos frente a los cuales se debe proteger, toda vez que estas afianzadoras en nuestra opinión pueden llegar a ser fachadas jurídicas con apariencia de legalidad, y no se encuentran sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia y, por ende, no poseen capitales mínimos para su operación, ni tienen la obligación de inversión, ni cumplen con el margen de solvencia exigido, elementos todos que buscan garantizar el cumplimiento de las obligaciones. Todo lo anterior, nos lleva a concluir respecto de las personas jurídicas que celebran contratos de fianza para garantizar contratos estatales, que éstas podrían estar desarrollando o participando en una actividad ilegal que además involucra riesgos financieros, poniendo en peligro los recursos públicos, violando el artículo 1 del Decreto 4334 de 2008, así como también se estarían incumpliendo las normas de la contratación estatal, en concreto el artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 4828 de 2008.

El contrato de fianza y el contrato de seguro de cumplimiento⁶², pueden llegar a ser igualmente válidos frente al ordenamiento jurídico Colombiano en la medida en que cumplan con sus requisitos y, su alcance, se delimite al

⁶² “El cometido de esta especie de seguro no es otro que el de garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento o en la eventualidad del incumplimiento del deudor. Y justamente, en torno a la especificación de su naturaleza jurídica un buen número de importantes especialistas han concurrido a nutrir las confrontaciones sostenidas sobre el tema en cuestión, disquisiciones que abarcan aspectos de distinto talante, como que esta clase de seguro se identifica con la fianza e, inclusive, que se trata realmente de un contrato de ese linaje; criterio fundamentado, en esencia, en que siendo una garantía y, por ende, que su función principal se circunscribe a asegurar o a caucionar la eventual indemnización derivada de los perjuicios provenientes del incumplimiento de obligaciones legales o derivadas de un contrato, surgen entre ellos, en lo básico, innegables coincidencias. La doctrina tanto patria como extranjera, concuerdan en resaltar las siguientes similitudes y diferencias entre el contrato de seguro, y el afianzamiento: con respecto a las similitudes, afirman que: a) ambos contratos constituyen cauciones de tipo personal, b) los dos contratos, tienden a precaver los efectos nocivos en el patrimonio del asegurado o afianzado, como consecuencia de un hecho futuro e incierto, c) son accesorios, circunstancia por la cual, su existencia, depende de una obligación principal cuyo cumplimiento garantizan, d) en ninguno de los dos contratos, el asegurador y el fiador, pueden obligarse a más de lo que se comprometió el deudor o de lo que expresamente hayan convenido. Concerniente a las diferencias, usualmente se evoca que: a) la fianza puede ser gratuita u onerosa, mientras que el seguro es, siempre, oneroso, b) la aseguradora asume obligación propia, en cambio, la fianza involucra una obligación ajena, c) en el contrato de seguro, la aseguradora, frente al siniestro, bien puede optar por cancelar la indemnización o reponer la pérdida sufrida por el asegurado, mientras que en la fianza el fiador siempre debe satisfacer la obligación debida, d) en la fianza existe el beneficio de excusión, mientras que el contrato de seguro no brinda esa prerrogativa al asegurador, e) la fianza la puede extender, regularmente, cualquier persona, en cambio, el seguro debe expedirse por una entidad especializada como es una aseguradora, f) las empresas aseguradoras, cualquier ramo en que operen, incluido, desde luego, el de cumplimiento, están bajo la vigilancia de la autoridad competente, amén de que controlan el producto mismo en cuanto a sus condiciones generales y especiales; cosa diferente sucede en los contratos de fianza que no tienen, en línea de principio, control alguno, ni previo ni posterior, g) no existe la posibilidad que el acreedor o afianzado, reclame la sustitución o cambio del asegurador (afianzador), ante una eventual insolvencia; y, h) el asegurador, ante el pago de la indemnización, a pesar de la subrogación que opera, no puede pretender que el responsable del daño le reconozca perjuicios, como sí acontece con el fiador. Finalmente, el asunto relativo a su distinción con la fianza bien puede declararse superado, pues en múltiples providencias ha optado por reconocer que son dos modalidades contractuales independientes y que cada uno tiene su propia regulación, por tanto, el primero responderá a su esencia de tal y el afianzamiento por su lado asumirá lo propio”. (Sentencia de Casación. 15 de marzo de 1983, posición ratificada en sentencia de 21 de septiembre de 2000). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 15 de Agosto de 2008, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

ámbito propio de su naturaleza. Por un lado, el contrato de fianza, al igual que el contrato de seguro de cumplimiento, busca garantizar el cumplimiento de una obligación ajena, y los caracteriza su consensualidad respecto de la celebración. Sin embargo, presentan grandes diferencias, la principal de ellas radica en la legislación que les es aplicable y por lo tanto en el ámbito de aplicación del mismo.

El contrato de fianza se encuentra regulado por los artículos 2361 y siguientes del Código Civil, mientras que el contrato de seguro se encuentra regulado por el Código de Comercio por los artículos 1036 y siguientes. Precisamente el contrato de seguro al ser regulado por la legislación mercantil, en el artículo 20 numeral 10, el cual de manera enunciativa establece que es actividad mercantil, consideró a la actividad aseguradora como tal, por el contrario el mismo artículo excluyó a las sociedades afianzadoras y a la actividad afianzadora como actividad comercial.

Con el fin de demostrar la similitud de las actividades que realizan las Compañías de Seguros en el ramo de cumplimiento y las sociedades Afianzadoras como CREDIAFIANZAR mediante el contrato de afianzamiento, se dice que el objeto del contrato de afianzamiento sigue la estructura básica de cualquier póliza de seguro, establecida en el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuando da cumplimiento al mandato según el cual lo primero que se debe señalar son los amparos básicos y después, las exclusiones a esos amparos. Los dos contratos coinciden en los siguientes amparos: I. Cumplimiento de las obligaciones del contrato II. Valores anticipados de dinero. III obligaciones laborales IV. Buena calidad del servicio u obra. En lo relativo a las cláusulas de exclusiones encontramos que algunas de ellas son usadas en los dos tipos de contrato indistintamente como son: fuerza mayor o caso fortuito; responsabilidad civil extracontractual; exoneración de responsabilidad del contratista; prórrogas o modificaciones al contrato no autorizadas; daños causados por el contratista (afianzado) a los bienes o al personal de la entidad⁶³.

⁶³<http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/boletin%20no%2018-2009%20semana%20del%2011%20al%2015%20de%20mayo.pdf>. Fecha de consulta: 5 de Febrero, 2010.

Todo lo anterior, nos evidencia la posibilidad de, “ *que el contrato de afianzamiento y el de seguros pueden llegar a ser idénticos, lo que significa que tanto las sociedades afianzadoras como CREDIAFIANZAR y las compañías de seguros que explotan el ramo de cumplimiento se encuentran realizando el mismo negocio, es decir están expuestas al mismo riesgo, o mejor, la sociedad CREDIAFIANZAR se encuentra actuando como una compañía de seguros bajo una fachada jurídica ficticia, sin autorización previa del Estado y además captando recursos del público de forma ilegal, requisitos estos que legitiman la intervención del Estado bajo el procedimiento del artículo 1 del Decreto 4334 de 2008*”.⁶⁴

4.23 La medicina prepagada y su discusión frente al contrato de seguro.

En cuanto a la controversia que puede suscitar el analizar el contrato de medicina prepagada frente al contrato de seguro de hospitalización y cirugía en lo tocante a las similitudes que poseen, no hay pronunciamiento alguno por parte de la Corte Constitucional como si lo hay en materia de funerarias. El doctor Hernán Fabio López, considera que se trata de dos contratos completamente diferentes.

En nuestra opinión, se trata de dos figuras totalmente diferentes, autónomas e independientes, tanto así que cada una se encuentra vigilada, supervisada y regulada por una autoridad distinta, es decir, la persona jurídica encargada de las aseguradoras es la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Salud inspecciona a las entidades promotoras del servicio de medicina prepagada. Sin olvidar, que el punto más importante es la efectiva prestación del servicio que tratándose de medicina prepagada es directo y por ello incursiona en el ámbito de la salud, por otra parte las aseguradoras usualmente hacen un pago en dinero a título de indemnización aún cuando puede éste también ser en

⁶⁴<http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/boletin%20no%2018->

[2009%20semana%20del%2011%20al%2015%20de%20mayo.pdf](http://www.fasecolda.com/fasecolda/BancoMedios/Documentos%20PDF/boletin%20no%2018-2009%20semana%20del%2011%20al%2015%20de%20mayo.pdf). Fecha de consulta: 5 de Febrero de 2010.

especie, pero lo que normalmente ocurre es que el asegurado paga el servicio y la aseguradora le reembolsa el dinero aunque también lo puede hacer ella sin necesidad de que el usuario pague algo.

Es importante comprender que en el mundo jurídico puede llegarse uno a encontrar no sólo estas tres figuras a las cuales hemos hecho mención sino frente a muchas otras que puedan ser comparadas con el contrato de seguro y hasta similares pero no tiene porque serlo efectivamente. Gracias a que existen diferentes personas encargadas de ofrecer estas prestaciones, los clientes encuentran variedad de oferta y eso los beneficia en cuanto a los precios.

De acuerdo a lo anterior, se puede decir que los dos contratos son afines pero diferentes, según lo demostraremos a continuación:

1. En efecto, tal como lo dispone el artículo 1 del Decreto 1570 de 1993, modificado por el artículo 1 del Decreto 1486 de 1994, la medicina prepagada es un *"sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme el presente decreto, para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado (...)"*.

El objeto social de las empresas de medicina prepagada es la gestión para la prestación de servicios de salud, o la prestación directa de tales servicios, bajo la forma de prepago⁶⁵. Se entiende por prepago *"(...) la modalidad de acceso a servicios de salud en la que su característica esencial es el acuerdo previo del tipo y las condiciones para su prestación, con diferentes modalidades de financiación"*⁶⁶.

⁶⁵ Decreto 1570 de 1993, artículo 5 [Ministerio de Protección Social]. Por medio del cual se reglamenta la Ley 10 de 1990 en cuanto a la organización y funcionamiento de la medicina Prepagada. 12 de Agosto de 1993.

⁶⁶ Decreto 1938 de 1994, artículo 41. [Ministerio de la Protección Social]. Por medio del cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud. 5 de Agosto de 1994.

El artículo 1054 del Código de Comercio, señala los elementos esenciales del contrato de seguro y dentro de ellos prevé el riesgo asegurable como el suceso incierto que no depende de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Aplicando tal concepto, a la normatividad anterior, es decir, a los eventos previstos en el contrato de prestación de servicios de medicina prepagada se observa que a partir del perfeccionamiento del contrato queda la empresa obligada a través de los diversos médicos adscritos a ella a prestar el servicio de consulta que se lleva a cabo por expresa voluntad y a petición del usuario sin requerirse que se encuentre enfermo, toda vez que el fin de dicha medicina es ser preventiva⁶⁷.

Las empresas que prestan el servicio de medicina prepagada hacen campañas de prevención de enfermedades porque en todo momento es más barato evitar que los usuarios del sistema se enfermen, lo cual puede llevar consigo menos erogaciones. A pesar de ello, si el cliente necesita hacer uso del servicio, la entidad de medicina prepagada se hace responsable del mismo, al asumir los gastos de consulta, hospitalización y cirugía requeridos en los establecimientos adscritos. El usuario al contratar estos servicios se libra de toda clase de preocupaciones sobre el costo de sus tratamientos, porque a él sólo le interesa recibir el servicio pertinente y pagar una suma por el mismo.

La actividad implica el pago de una indemnización aún cuando la aseguradora no tenga nada que ver con los médicos, hospitales, enfermeras, quienes realizan un contrato con el asegurado de la póliza de hospitalización. El usuario usualmente paga y solicita el reintegro a su aseguradora, aunque puede suceder que la aseguradora pague directamente el servicio prestado al usuario.

Pero no todo lo que corresponda a hechos futuros e inciertos, previsibles o imprevisibles necesariamente indica que éste sea un contrato de seguro.

⁶⁷ Hernán Fabio López Blanco, *Comentarios Al Contrato De Seguro*, Página 25 (DUPRÉ, Bogotá,,2004).

2. El contenido de tales contratos debe ajustarse a las prescripciones del Decreto 1570 de 1993 y 1486 de 1994, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva, mientras que el contrato de seguro debe sujetarse a las normas contenidas en el Código de Comercio, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás disposiciones de carácter imperativo que resulten aplicables.

3. La vigencia de los contratos de prestación de servicios de medicina prepagada no puede ser inferior a un año acorde a lo dispuesto por el artículo 15 numeral 3 del decreto 1570 de 1993⁶⁸, con las excepciones previstas en la ley, como el contrato de medicina prepagada de asistencia al viajero, el cual sólo cubre el viaje. En las disposiciones que regulan el contrato de seguro, no se encuentra ninguna restricción que prohíba al asegurador celebrar contratos con una vigencia inferior a la señalada.⁶⁹

4. El contrato de medicina prepagada debe contener las firmas de las partes contratantes según lo dispuesto por el decreto 1570 de 1993 en su artículo 15 numeral 5. Esta exigencia no se predica del contrato de seguro, toda vez que no se requiere la firma del tomador⁷⁰. (Código de Comercio, artículo 1046, modificado por el artículo 3 de la Ley 389 de 1997 y artículo 1047, numeral 10).

5. El asegurador no está obligado a renovar el contrato de seguro, esta es una facultad que por virtud de lo dispuesto en la ley puede ejercer el tomador. No sucede lo mismo con los contratos de medicina prepagada que, en los

⁶⁸ Artículo 15 numeral 3 del decreto 1570 de 1993: <NOTA DE VIGENCIA: Numeral modificado por el artículo 7o. del Decreto 1486 de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 41.443, del 15 de julio de 1994>El contrato debe contener mención expresa sobre su vigencia que no podrá ser inferior a un (1) año, el precio acordado, su forma de pago, el nombre de los usuarios y la modalidad de aquél.

⁶⁹ <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas1999/medicinaprepagada0112.html>. (28 de octubre de 1999). Concepto: 1999061529-3. Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización. Fecha de consulta: 25 de Enero de 2010.

⁷⁰ *Ibidem*. Ver también:<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2006/2006026484.pdf>. (4 de agosto de 2006). Concepto 2006026484-001 ‘Medicina Prepagada no es un seguro, diferencias’. Fecha de consulta: 25 de Enero de 2010.

términos del artículo 8 del Decreto 1486 de 1994, se le impone a la entidad de medicina prepagada el deber de renovar dichos contratos, a menos que medie un incumplimiento por parte del usuario.

6. Los contratos para la prestación de planes complementarios deben ser aprobados previamente por la Superintendencia Nacional de Salud y la petición deberá demostrar la viabilidad financiera del plan⁷¹. Tratándose de Seguros de Salud, se aplica el régimen de pólizas y tarifas que establece el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, según el cual *“La autorización previa de la Superintendencia Bancaria de los modelos de las pólizas y tarifas será necesaria cuando se trate de la autorización inicial a una entidad aseguradora o para la explotación de un nuevo ramo. (...)”*.

7. El doctor Hernán Fabio López Blanco considera *“que la forma de cobrar la contraprestación por la actividad de la medicina Prepagada, es un derecho que tiene por suministrar los servicios contratados, jamás puede catalogarse como una prima de seguro. Esto se establece sobre la base de los costos (tantos los servicios suministrados como los administrativos) e ingresos, reservas y una equitativa utilidad. Lo más saliente de este aspecto es que la prima constituye siempre un porcentaje que se cobra sobre el valor asegurado o sea que a mayor valor aseguradora mayor prima, aspecto que por entero es ajeno al contrato de prestación de servicios de medicina Prepagada, donde se cobra una suma fija, sencillamente porque no existe valor asegurado”*⁷².

⁷¹ <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas1999/planesadicionalesalud0138.htm>. (22 de octubre de 1999). Concepto: 1999028169-7. Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización. Fecha de consulta: 25 de Enero de 2010.

⁷² Hernán Fabio López Blanco; *Comentarios Al Contrato De Seguro*; Página 28 (DUPRÉ, Bogotá, 2004).

5. AUSENCIA DE UNA SUPERVISIÓN A NIVEL SUPRANACIONAL EN MATERIA DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA.

Las entidades Colombianas supervisoras y reguladoras de la actividad aseguradora desempeñan una labor importante tanto a nivel económico como social, toda vez que con su actuar no sólo se propende por la protección de los usuarios de los seguros en todo lo relacionado a los pagos que realizan a título de prima, sino que también se respalda y apoya una relevante rama económica del mercado como lo es el mercado asegurador.

Pese a lo anterior, las personas jurídicas encargadas de la supervisión y regulación en ocasiones se encuentran limitadas en lo atinente a su función frente a mercados emergentes por la falta de experiencia y conocimiento sobre todo lo que conlleva algo nuevo, impidiendo que su labor asegure la eficiencia y transparencia del sector asegurador. . Está es una de las razones por las cuales, en éste capítulo nos proponemos demostrar el por qué de la necesidad de una autoridad supranacional.

Actualmente, una de las razones por las cuales no se permite que las aseguradoras extranjeras ofrezcan toda clase de seguros dentro del territorio Colombiano es por falta de una autoridad Colombiana que las vigile en su país de origen, motivo por el cual resulta a todas luces casi imposible proteger al usuario de ese seguro de forma eficaz. Sin embargo, esto podría solucionarse con la creación de una autoridad supranacional en Colombia mediante tratado internacional, que permitiría a las aseguradoras extranjeras participar en el nicho de mercado en igualdad de condiciones frente a las nacionales, o también se podría llegar a dar el momento en que la Superintendencia Financiera pueda vigilar las compañías aseguradoras extranjeras en su país de origen mediante un acuerdo internacional entre Estados. Aún cuando existan las dos posibilidades consideramos mejor la primera en cuanto sería una autoridad que realizaría sus funciones de forma neutral sin pensar en el beneficio de un Estado en particular, mientras que con la

segunda opción es probable que el Estado receptor de la Superintendencia Financiera se sienta vulnerado en su ordenamiento jurídico al tener que aceptar decisiones de una autoridad extranjera.

5.1 La contratación de seguros con compañías aseguradoras extranjeras dentro del territorio colombiano.

¿Es posible adquirir seguros en Colombia con compañías aseguradoras extranjeras? Para resolver dicho interrogante debemos acudir a nuestro ordenamiento jurídico como procedemos a continuación.

Al respecto el artículo 39 del EOSF prescribe lo siguiente, *“Queda prohibido celebrar en el territorio nacional operaciones de seguros con entidades extranjeras no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en Colombia o hacerlo con agentes o representantes que trabajen para las mismas. Las personas naturales o jurídicas que contravengan lo dispuesto en el presente artículo quedarán sujetas a las sanciones previstas en los artículos 209 y 211 del presente Estatuto”*.

El artículo citado tal como se transcribe tiene vigencia hasta el 14 de julio de 2013⁷³, momento a partir del cual la normatividad permitirá “a las compañías de seguros del exterior ofrecer dentro del territorio colombiano a sus residentes, única y exclusivamente⁷⁴, seguros asociados al transporte marítimo internacional, la aviación comercial internacional y el lanzamiento y transporte espacial (incluyendo satélites), que amparen los riesgos vinculados a las mercancías objeto de transporte, el vehículo que transporte las mercancías y la responsabilidad civil que pueda

⁷³ El artículo 39 del EOSF, fue modificado por el artículo 61 de la Ley 1328 de 2009, publicada en el Diario Oficial No. 47.411 de 15 de julio de 2009. Entra a regir el 15 de julio de 2013.

⁷⁴ Artículo 39 parágrafo 1 del EOSF: *Las compañías de seguros del exterior podrán ofrecer en el territorio colombiano o a sus residentes, única y exclusivamente, seguros asociados al transporte marítimo internacional, la aviación comercial internacional y el lanzamiento y transporte espacial (incluyendo satélites), que amparen los riesgos vinculados a las mercancías objeto de transporte, el vehículo que transporte las mercancías y la responsabilidad civil que pueda derivarse de los mismos, así como seguros que amparen mercancías en tránsito internacional.*

derivarse de los mismos”. A su vez, permitirá que cualquier persona natural o jurídica, residente en el país adquiera un seguro en el exterior, salvo en los siguientes casos: los seguros relacionados con el sistema de seguridad social, tales como los seguros previsionales de invalidez y muerte; los seguros obligatorios como el SOAT; los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario debe demostrar previamente a la adquisición del respectivo seguro que cuenta con un seguro obligatorio o que se encuentra al día en sus obligaciones para con la seguridad social; y los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario sea una entidad del Estado. No obstante, el Gobierno Nacional podrá establecer, por vía general, los eventos y las condiciones en las cuales las entidades estatales podrán contratar seguros con compañías de seguros del exterior.

Bajo los anteriores lineamientos, y en especial en virtud de la prohibición legal contenida en el artículo 39 del EOSF, *“las entidades aseguradoras extranjeras no pueden operar, ni contratar directamente seguros en Colombia. Para ello deben constituir una entidad filial en el país de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución y la ley”*⁷⁵. Así mismo, cuando entre a regir el 15 de julio de 2013 el nuevo artículo 39 del EOSF, con ello se evidenciará que los seguros que no se pueden contratar en el extranjero son aquellos que tiene que ver con temas excesivamente regulados a nivel interno y por ende hacen parte del orden público. De ahí la exigencia de contratar estos seguros con entidades colombianas porque el gobierno de éste modo garantiza el ejercicio absoluto y reglado sobre las aseguradoras y ésta clase de seguros. Consideramos que lo anterior, no hace otra cosa que demostrar el recelo que siente el Estado de delegar alguna de sus funciones⁷⁶ en un órgano que no haga parte del control exclusivo del Estado Colombiano.

⁷⁵ <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/NormasyReglamentaciones/infogral.htm>. Fecha de consulta: 28 de Enero de 2010

Para evitar que se incurra en lo prohibido por el artículo 39 del EOSF, en el artículo 208 numeral 3 del EOSF se consagran como sanciones: “(...) 3. a) *Amonestación o llamado de atención; b) Multa pecuniaria a favor del Tesoro Nacional. Cuando se trate de las sanciones previstas en el artículo 209 de este Estatuto, la multa podrá ser hasta de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000,00) del año 2002. Cuando se trate de las sanciones previstas en el artículo 211 de este Estatuto y no exista norma especial que establezca la respectiva sanción, la multa podrá ser hasta de quinientos cincuenta millones de pesos (\$550.000.000,00) del año 2002; c) Suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años para el ejercicio de aquellos cargos en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria que requieran para su desempeño la posesión ante dicho organismo; d) Remoción de los administradores, directores, representantes legales o de los revisores fiscales de las personas vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Esta sanción se aplica sin perjuicio de las que establezcan normas especiales; e) Clausura de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior. Las sumas indicadas en este numeral se ajustarán anualmente, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el Índice de Precios al Consumidor suministrado por el DANE. Las multas pecuniarias previstas en este artículo podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó. (...)”.* Las sanciones de orden administrativo⁷⁷ están dirigidas a las personas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar con la debida autorización.

El artículo 39 y el artículo 208 del EOSF, denotan la imposibilidad de las aseguradoras extranjeras de prestar sus servicios de forma libre y directa dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, ya que de llegar a hacerlo estarán sometidas a cualquiera de éstas sanciones impuestas por la Superintendencia Financiera mediante resolución motivada acorde a los principios que trae en su primer numeral dicha norma. Todo esto tiene como fin último la protección del asegurado, tomador o beneficiario según sea el caso. También, se puede decir que del contexto de las normas reseñadas se concluye que el ofrecimiento de seguros en Colombia, incluido el seguro cuya suma asegurada

⁷⁷ Sin perjuicio de las sanciones de carácter penal como por ejemplo el delito de utilización indebida de fondos captados del público en el artículo 314 del Código Penal y el delito de captación masiva y habitual de dinero consagrado en el artículo 316 del Código Penal.

sea en dólares, es una actividad exclusiva de las personas jurídicas legalmente autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia⁷⁸.

En este orden de ideas, “se concluye que las compañías de seguros extranjeras tienen restricción para realizar operaciones de seguros en Colombia, y sólo excepcionalmente las entidades aseguradoras del exterior pueden expedir seguros en nuestro territorio cuando concurran los supuestos de orden territorial y temporal señalados en el numeral 1 del artículo 188 y en aquellos casos en que en forma particular la Superintendencia evalúe, califique y otorgue la correspondiente autorización con fundamento en razones de interés general que lo ameriten, conforme con lo dispuesto en la misma norma”⁷⁹.

“Cabe agregar que las razones de interés general, a las cuales se hace referencia en el artículo arriba transcrito, para efectos de la autorización correspondiente por parte de la Superintendencia, deben estar ligadas en forma estrecha al desarrollo del país y, en especial, a la adecuada protección contra los riesgos a los cuales se refiera la solicitud en particular. Adicionalmente, las solicitudes de los particulares, deben soportarse en la situación del mercado nacional, esto es la oferta de las aseguradoras nacionales, el precio, la suficiencia de los amparos y servicios ofrecidos, la cobertura nacional, regional o mundial de las entidades y el manejo del reaseguro”⁸⁰.

Finalmente, los contratos de seguros celebrados por parte de las aseguradoras sólo adquieren validez si la Superintendencia Financiera ha autorizado previamente la realización de los mismos. Es por ello, que las personas que

⁷⁸ <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2004/polizadeseguro083.htm> Concepto No. 2004019695-1. (3 de Mayo de 2004). En el mismo sentido el Concepto No. 1999045371-1. Agosto 17 de 1999. Fecha de consulta: 15 de Febrero de 2010.

⁷⁹ www.superfinanciera.gov.co. Concepto 2009070205-001 del 14 de octubre de 2009 (14 octubre de 2009). En ese mismo sentido Concepto 2008069039-001 del 30 de octubre de 2008. Fecha de consulta: 9 de Febrero de 2010.

⁸⁰ *Ibidem*.

desean adquirir un seguro con una aseguradora extranjera deben formular un derecho de petición especificando las condiciones del seguro que se necesitan con el fin de obtener autorización, si con ello se da cumplimiento a las razones de interés general de la actividad aseguradora⁸¹.

5.2 Hacia la creación de una autoridad supranacional en materia de seguros ejerciendo funciones de supervisión.

Para comenzar, la palabra supranacionalidad tuvo su aplicación concreta cuando se creó la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), por el Tratado de París en 1951. Efectivamente, el artículo 92 numeral 2 de dicho Tratado, expresamente se refería al neologismo, al mencionar las facultades de autoridad máxima de los Estado miembros, en la forma que sigue: *“Los miembros de la Alta Autoridad ejercerán sus funciones, con plena independencia, en interés general de la Comunidad. En el cumplimiento de sus deberes, no solicitarán ni atenderán instrucciones del gobierno ni organismo alguno. Se abstendrán de todo acto incompatible con el carácter supranacional de sus funciones. Cada Estado miembro se compromete a respetar este principio y a no intentar influir sobre los miembros de la Alta Autoridad en la ejecución de sus tareas”*⁸².

La Real Academia Española define a la autoridad como *“Prestigio y crédito que se le reconoce a una persona o institución por su legitimidad o por su calidad y posee competencia en alguna materia”*⁸³, mientras la misma entidad

⁸¹ <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2004/polizadeseguro083.htm> Concepto No. 2004019695-1. (3 de mayo de 2004). En ese mismo sentido el Concepto No. 1999045371-1. Agosto 17 de 1999. Fecha de consulta: 19 de Febrero de 2010.

⁸² http://europa.eu/index_es.htm. (25 mayo de 2005). 10 de Enero de 2010.

⁸³ *“Diccionario de la Lengua Española”*, tomo I, 253 (Vigésima segunda edición, Real Academia Española, España, 2001).

dice que supranacional se refiere a “a una entidad o institución que está por encima del ámbito de los gobiernos e instituciones nacionales y que actúa con independencia de ellos”⁸⁴.

A partir de dichos conceptos podríamos decir que la autoridad supranacional, es aquella creación institucional de los Estados soberanos mediante un tratado internacional, por medio del cual deciden trasladar o ceder a un órgano parte de su soberanía en lo ejecutivo, legislativo y jurisdiccional como es el caso de la Junta, Comisión y Tribunal Andino de Justicia⁸⁵. En otras palabras, el concepto hace mención a cuando los Estados miembros de una comunidad delegan en organismos independientes de los gobiernos de dichos Estados, para que tengan competencia suficiente de normar, ejecutar y dirimir todo lo referente a los fines comunes que tuvieron en miras dichos Estados para integrarse en un espacio común. Por lo tanto, para que exista supranacionalidad, ese poder comunitario debe ser autónomo, es decir, distinto e independiente de los poderes constituidos de los Estados partes y que las tomas de decisiones que genere se apliquen en forma directa e inmediata en el ámbito geográfico de los países miembros, sin ningún tipo de interferencias, aún cuando los miembros de dicho ente puedan ser propuestos por parte de los Estados miembros.

En ese orden de ideas, una institución, para ser considerada supranacional, debería reunir al menos dos condiciones. La primera, estar integrado de manera que sus miembros respondan nada más que a los intereses comunitarios, es decir, al interés de los Estados parte, sin recibir instrucciones de ningún gobierno en particular. La segunda, tener la potestad de dictar normas obligatorias para los Estados miembros, cuya aplicación sea inmediata y prevalente en los ordenamientos internos de cada uno de ellos. Aplicación inmediata quiere decir que dicha norma adquiere plena vigencia en los Estados partes, sin necesidad de ningún trámite nacional para su utilización a nivel

⁸⁴ “*Diccionario de la Lengua Española*”, tomo II, 2112 (Vigésima segunda edición, Real Academia Española, España, 2001).

⁸⁵ Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho Internacional Público*, Pág. 4 (TEMIS, Bogotá, 2002).

interno, por su parte prevalente, implica que se debe aplicar con preeminencia a cualquier norma nacional que la contradiga.

Por otro lado, pese a que aún Colombia no posee tratado internacional alguno dentro del cual se comprometa a la creación de una autoridad supranacional⁸⁶, dentro de nuestro ordenamiento es evidente que la inversión extranjera en el mercado nacional es necesaria y obligada, lo cual impone por razón de su propia técnica, una serie de relaciones jurídico-económicas y conexiones mutuas entre las distintas empresas. Es así como, la participación y consecuente inversión extranjera en el sector económico de los seguros privados ha sido y es muy importante cuantitativa y cualitativamente, consecuencia del nivel de desarrollo del país en sí mismo.

Para finalizar, *“la intervención, cada vez más acusada, del Estado en la mayoría de los sectores económicos, ha sido en todo el mundo una característica de los últimos tiempos. Esto ha traído como efecto la atribución al Estado, en forma cada vez más intensa de una serie de funciones, que anteriormente los entes públicos por sí mismos no debían desarrollar. El control estatal del seguro tiene su origen en la defensa de una serie de intereses de las personas ligadas a las aseguradoras por una relación de seguro, cuyas prestaciones o entregas dinerarias, hechas a priori, han de tener una pública garantía de que serán financieramente bien administradas, y en último término, si se produce el siniestro serán debidamente compensadas por la correspondiente contraprestación indemnizatoria del asegurador. Hasta aquí no sería grave ni contraproducente para los ciudadanos el que el Estado pretenda realizar actividades que en principio eran absolutamente privadas si el Estado Colombiano fuera dentro del mundo uno solo,*

⁸⁶ Consideramos que la autoridad supranacional se podría crear para los siguientes fines: ampliar el mercado de seguros ofrecidos en Colombia así como las oportunidades de elegir de los asegurados, todo esto en beneficio de los usuarios teniendo en cuenta que al existir más aseguradoras el mercado asegurador sería más competitivo; suplir la necesidad de contratar seguros con aseguradoras extranjeras en virtud de su capacidad económica cuando una aseguradora nacional no puede asumir el riesgo por falta de recursos. Con la creación de la superintendencia de orden supranacional se elimina la imposibilidad del estado colombiano de proteger al usuario del seguro en Colombia por la falta de herramientas legales que le permitan acudir ante el otro estado y velar por la protección de estas personas de forma eficaz.

*sin embargo hoy sostener este tipo de cosas es atentar contra la integración económica y globalización y los derechos del usuario, toda vez que en otros países puede encontrarse gente más capacitada para labores requeridas en otro Estado*⁸⁷.

Es un fenómeno real, característico de nuestros tiempos que las relaciones entre Estados son cada vez mayores y están desembocando en verdaderas uniones supranacionales de tipo socioeconómico. Frente a este hecho consideramos que es absolutamente necesario plantearse la posibilidad de darle origen a una autoridad supranacional, la cual podrá determinar mejor en qué medida han de ser regulados los entes aseguradores tanto nacionales como extranjeros. Si no se hubiese producido el fenómeno de integración económica, cada vez más en crecimiento, quizá no sería tan urgente someter a revisión los conceptos básicos en que se fundamenta la institución o los servicios de control de seguros. *“En un principio y pese a la condición eminentemente internacional del seguro, en tiempos pasados cada sistema legislativo nacional no incidía en los de los demás, toda vez que el principio de reciprocidad era suficiente para resolver cada supuesto*⁸⁸. Hoy en día el estrecho criterio de las relaciones bilaterales va sucediendo de una manera inexorable al principio más amplio, liberalizador y comunitario de las relaciones multilaterales. Y naturalmente la actividad aseguradora que es fundamentalmente internacional por su propia esencia técnico-económica no puede permanecer insensible ante el proceso de internacionalización⁸⁹.

En Colombia aún a corto plazo no se prevén cambios esenciales en los distintos servicios estatales de control, que habrá no obstante de mantenerse en continuo contacto de cara principalmente a las modificaciones que necesariamente habrá que introducir en la legislación de cada Estado, vigilando su aplicación. Con posterioridad, con

⁸⁷ Ernesto Caballero Sánchez, *El Seguro Privado Ante Nuevos Horizontes*, Pág. 105 (Magisterio Español, Madrid, 1962).

⁸⁸ *Ibidem*. Página 106.

⁸⁹ Ernesto Caballero Sánchez, *El Seguro Privado Ante Nuevos Horizontes*, Pág. 105 (Magisterio Español, Madrid, 1962).

la obligatoria movilidad operatoria de las empresas y agentes productores será un hecho, y no es difícil de predecir que se implantará la creación de servicios de control a nivel internacional, con finalidades y medios supranacionales.

Todo esto porque cada vez serán mayores las necesidades de los usuarios y es probable como se observa en Colombia, las aseguradoras nacionales no están preparadas económicamente ni administrativamente para asumir nuevos riesgos y quizás éstos sean totalmente desconocidos para ellas. Ante esto nos planteamos la siguiente pregunta ¿Será posible en un futuro que los usuarios encuentren seguros en Colombia ofrecidos por toda clase de aseguradoras extranjeras, los cuales constituyan mecanismos de satisfacción de necesidades insatisfechas hasta el momento?. La discusión sigue en pie.

Las aseguradoras nacionales no siempre poseen la capacidad económica para asumir toda clase de riesgos como por ejemplo en el caso de la garantía única de cumplimiento que exige el Estado en los contratos estatales. Tal dificultad se presentó en el proceso de licitación del túnel de la línea, donde las propuestas estaban incompletas porque ninguna aseguradora en Colombia aceptaba expedir la póliza por sus altos riesgos, motivo por el cual en más de una ocasión la licitación tuvo que declararse desierta por falta de propuestas que se ajustaran al pliego de condiciones.

En conclusión, no puede ser un obstáculo para la creación de una Superintendencia de orden supranacional que cada país legisle de forma interna y autónoma sobre el derecho de seguros, habida cuenta que si se hace un estudio comparado de tales normas como se hizo en el tercer capítulo “sobre los fundamentos de la supervisión del estado” con España y Estados Unidos se encontrará que las normas que regulan la supervisión de mercado de seguros en los diferentes Estados como en éste caso, poseen grandes similitudes y tienen el mismo fin de proteger al usuario del servicio. Por esta razón, darle vida jurídica a una autoridad supranacional es posible, en la medida en que ello tiene ventajas, como que la misma legisle de forma coherente, sistemática, y elimine los problemas que en ocasiones se presentan cuando una aseguradora nacional no posee los recursos suficientes para amparar un riesgo.

6. ANÁLISIS DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA BAJO EL ÁMBITO DE LA NUEVA REGULACIÓN (LEY 1328 DE 2009, REFORMA FINANCIERA).

Para comenzar este análisis, en la exposición de motivos de la nueva ley de reforma financiera se sostuvo que *“El Estado interviene en el sistema financiero colombiano fundamentalmente a través de la regulación, dada la naturaleza de la actividad financiera que es calificada por la Constitución como de interés público. El modelo constitucional colombiano señala que el Gobierno Nacional debe sujetarse a una ley general o marco, (ley 795 de 2003), que fija objetivos y criterios para regular la actividad financiera, aseguradora, bursátil y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público”*⁹⁰. En atención a esta previsión, el proyecto de ley incorporó nuevos objetivos e instrumentos de intervención en materia aseguradora.

Pretendemos entonces analizar la manifestación de la supervisión y regulación dentro de la Ley 1328 de 2009, la posibilidad de crear sucursales de compañías extranjeras en Colombia y su influencia en el país, la creación del Registro Único de Seguros (RUS) y la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 de la tan reiterada norma, como se expone a continuación.

6.1 Manifestación de la supervisión y regulación del Estado en la Ley 1328 de 2009

La reciente reforma financiera establecida mediante la Ley 1328 de 2009, introdujo asuntos importantes en la actividad aseguradora y en el control que ejerce el Estado sobre la misma. En primer lugar, en cuanto a la supervisión

⁹⁰ Gaceta del Congreso número 138 de 11 abril de 2008. Exposición de motivos.

que ejerce el Estado sobre las compañías de seguros, reitera que las aseguradoras se encuentran sometidas al control estatal a través de la Superintendencia Financiera⁹¹ y a lo largo de la norma se establecen los parámetros por medio de los cuales se ejercerá dicho control. Es así como el artículo 7 consagró distintas obligaciones que deben cumplir las entidades vigiladas, tales como la de suministrar información comprensible y publicidad transparente de los productos ofrecidos, abstenerse de realizar conductas que impliquen abusos contractuales o abuso de la posición dominante y guardar reserva de la información dada por sus clientes, entre otras. Esto demuestra que los lineamientos de la actividad aseguradora en Colombia son de estirpe policiva por estar severamente regulada por la entidad gubernamental competente. Esto debido a la importancia de la actividad para el desarrollo y crecimiento de la sociedad y el impacto que tiene sobre la misma. Adicionalmente, cabe reiterar que al haber sido consagrada la actividad aseguradora como una actividad de interés general por la Constitución de 1991, no puede dejar de ser objeto de fiscalización por parte del Estado. Así, las obligaciones contenidas en el artículo 7 de la ley de reforma financiera, evidencian la protección que el Estado quiere brindarles a los consumidores de los servicios de los seguros.

La consagración de un régimen especial dentro del proyecto de reforma financiera, como los obligaciones establecidos por el artículo 7, obedece al propósito claro de consolidar la protección al consumidor financiero⁹², entendiendo por este toda persona natural o jurídica que accede a cualquiera de los productos y servicios ofrecidos por las instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera. Ahora, no es el primer conjunto normativo que se adopta sobre la protección del consumidor financiero, lo que demuestra que es justificable una protección especial a este tipo de consumidores, dado el hecho de que la actividad financiera es una actividad de interés público, que existe un criterio evidente de necesidad ya que, por regla general, la población requiere acceder a un producto o servicio

⁹¹ “*Conviene resaltar que el proyecto de ley establece la facultad para la Superintendencia Financiera de Colombia de establecer un registro obligatorio de las compañías de seguros del exterior que pretendan ofrecer seguros en el territorio nacional o a sus residentes. Dicha medida pretende establecer algún nivel de control que permita verificar la idoneidad de la compañía que va a ofrecer los seguros*”. Gaceta del Congreso número 138 de 11 abril de 2008.

⁹² www.secretariassenado.gov.co Gaceta del Congreso número 138 de 11 abril de 2008. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2010.

financiero con el ánimo de alcanzar un bienestar económico y que existe una relación contractual generalmente asimétrica⁹³.

También se dice en la mencionada ley que la intervención del Estado debe tener como objetivos además, de los establecidos en el artículo 46 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la promoción de los seguros dentro de la población de escasos recursos y de las pequeñas empresas y que en el comercio transfronterizo de seguros se protejan los intereses de los residentes en Colombia y la estabilidad del sistema. Esto denota la necesidad que se tiene de ampliar el mercado de los seguros en Colombia tanto en el ámbito nacional al ofrecer mayor cobertura entre toda la población, como a nivel internacional al abrir las barreras territoriales y jurisdiccionales⁹⁴.

En este orden de ideas, la Ley 1328 de 2009 estableció distintos mecanismos por medio de los cuales la Superintendencia Financiera puede ejercer su control para las compañías de seguros. De esta forma, se le dará importancia a los hechos que por su naturaleza y monto puedan afectar la confianza pública y la estabilidad del sistema financiero. Hay que aclarar que el legislador reguló la supervisión del Estado sobre la actividad financiera no sólo en el artículo 24 de la mencionada norma que hace expresa referencia a los instrumentos de la intervención, sino en todo el articulado como se verá a continuación. Así, el artículo 24, que complementa el artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dispone que la Superintendencia mencionada con anterioridad puede determinar *“relaciones patrimoniales u otros indicadores que permitan inferir un deterioro de la entidad financiera, con el fin de que para subsanarlo se adopten programas de recuperación o se apliquen de manera automática y gradual medidas apropiadas, todo ello en la forma, condiciones, plazos y con las consecuencias que fije el Gobierno (...) Regular la*

⁹³ www.secretariassenado.gov.co Gaceta del Congreso número 138 de 11 abril de 2008. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2010.

⁹⁴ *“Se faculta al Gobierno a regular la prestación transfronteriza de servicios financieros y de seguros, así como la prestación de servicios financieros y de seguros en territorio Colombiano a través de sucursales de entidades del exterior, con el objeto de que se tutelén adecuadamente los intereses de los residentes en el país y la estabilidad del sistema”*. http://servoasprimprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.nivel_3. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2010. Gaceta del Congreso número 138 de 11 abril de 2008.

prestación transfronteriza de servicios financieros y de seguros (...) Dictar normas y establecer instrumentos que faciliten el acceso a servicios financieros, de seguros y a los que involucren el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, por parte de la población de menores recursos, la pequeña, mediana y microempresa”.

De igual forma, en este punto cabe mencionar que, a raíz de las recientes experiencias tanto nacionales como internacionales, la Ley 1328 de 2009 buscó fortalecer la supervisión del Estado sobre las compañías sujetas a su supervisión, como es el caso de las aseguradoras, por cuanto se hace necesario adoptar disposiciones que le permitan a la entidad supervisora establecer mecanismos oportunamente para impedir o corregir situaciones de riesgo que puedan comprometer la estabilidad del sistema.

También estableció que las compañías de seguros de vida deben obligatoriamente inscribirse en el Fondo de Garantías de Instituciones Financiera -FOGAFIN- (artículo 42) y que la Superintendencia Financiera ejercerá la inspección, vigilancia y control sobre dicho Fondo..

6.2 Posibilidad que trae la Ley 1328 de 2009 de crear sucursales de compañías aseguradoras extranjeras en Colombia.

La Ley 1328 de 2009 prohíbe celebrar en el país operaciones de seguros con entidades extranjeras que no hayan sido autorizadas previamente para tal efecto salvo que se trate de seguros que amparen la mercancía, el vehículo de transporte y la responsabilidad civil tratándose de transporte marítimo, aéreo y espacial; en estos casos, y gracias a la nueva ley, las compañías aseguradoras no deben constituir una sucursal o una filial en Colombia. Sin embargo, esta

norma que autoriza celebrar contratos de seguros con aseguradoras extranjeras en determinadas ramas de los seguros sólo empezará a regir en julio de 2013.⁹⁵

En este sentido, estableció la Ley 1328 de 2009 que las sucursales de las compañías de seguros del exterior son entidades financieras y que por tal razón, están sometidas a la inspección y vigilancia de la mencionada Superintendencia así como también deben inscribirse en FOGAFIN, todo esto con los mismos términos y condiciones que se utiliza para las compañías de seguros constituidas en Colombia (artículo 65⁹⁶), con el objetivo de

⁹⁵ Tema que se analizó con profundidad y de manera minuciosa en el capítulo quinto de la presente monografía jurídica sobre la necesidad de una autoridad supranacional, motivo por el cual aquí se hace una somera enunciación sólo con el propósito de resaltar que es un avance y novedad de la ley.

⁹⁶ ARTÍCULO 65 de la Ley 1328 de 2009: “*Régimen de sucursales de bancos y compañías de seguros del exterior. Adiciónase un Capítulo XIV en la Parte Primera Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual quedará así:*

CAPÍTULO XIV. SUCURSALES DE BANCOS Y COMPAÑÍAS DE SEGUROS DEL EXTERIOR.

Artículo 45A. Régimen aplicable a las sucursales de bancos y compañías de seguros del exterior. Las disposiciones del presente Estatuto, incluyendo las concernientes al régimen patrimonial, son aplicables a las sucursales de los bancos y compañías de seguros del exterior.

Las sucursales de los bancos y compañías de seguros del exterior, son entidades financieras, están sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, gozan de los mismos derechos y están sujetas a las mismas obligaciones que los bancos y compañías de seguros nacionales, según sea el caso.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo siguiente del presente Estatuto, el capital asignado a las sucursales de bancos y compañías de seguros del exterior deberá ser efectivamente incorporado en el país y convertido a moneda nacional, de conformidad con las disposiciones que rigen la inversión de capital del exterior y el régimen de cambios internacionales. Las operaciones de las sucursales de bancos y compañías de seguros del exterior estarán limitadas por el capital asignado y efectivamente incorporado en Colombia.

No pueden entablarse reclamaciones diplomáticas respecto de los negocios y operaciones que efectúen en territorio colombiano, las sucursales de los bancos y compañías de seguros del exterior, invocando para ello derechos derivados de su nacionalidad.

PARÁGRAFO. La inspección y vigilancia de las sucursales de los bancos y compañías de seguros del exterior se realizará en los mismos términos y condiciones en que se realiza dicha función respecto de los bancos y las compañías de seguros constituidas en el territorio nacional, respectivamente, sin perjuicio de las facultades del Gobierno Nacional en la materia.

Artículo 45B. Régimen de responsabilidad de las sucursales de bancos y compañías de seguros del exterior:

1. Responsabilidad de la entidad del exterior. El banco o compañía de seguros del exterior responderá en todo momento por las obligaciones contraídas por la sucursal establecida en Colombia.

2. Preferencia sobre los activos de la sucursal. Los acreedores residentes en Colombia tienen derecho preferente sobre el activo de una sucursal de un banco o de una compañía de seguros del exterior establecida en el país, en el evento de la iniciación de un proceso de insolvencia de la sucursal o de la entidad del exterior que la estableció, con ocasión de las operaciones realizadas con dicha sucursal.

brindar no sólo seguridad y competencia sino a la vez igualdad entre las compañías aseguradoras para permitir un mercado transparente de seguros en el país. Además, es importante resaltar que la nueva regulación permite que las compañías de seguros extranjeras constituyan sucursales en Colombia y se les aplique las mismas normas y obligaciones a las que se encuentran sujetas las aseguradoras colombianas, exigiéndoles así el mismo capital mínimo requerido y bajo la misma supervisión del Estado Colombiano.⁹⁷ No obstante lo anterior, no se facultó al gobierno para que estableciera las medidas tributarias necesarias para eliminar las diferencias y hacer más justa la competencia entre las compañías de seguros nacionales e internacionales.

6.2.1 La influencia de la posibilidad de crear sucursales de compañías aseguradoras extranjeras en Colombia, representada en las negociaciones de diferentes Tratados de Libre Comercio.

Es menester aclarar que la mencionada norma que, además, derogó el artículo 188 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (con su artículo 101) y que ya fue objeto de estudio en un capítulo anterior de la presente monografía, actualmente ha empezado a fomentar el crecimiento del mercado y de la competencia dentro del mismo por cuanto en la negociación del TLC entre Colombia y la Unión Europea se hace referencia a la liberalización de los

3. Responsabilidad de los directores. Las sucursales de bancos o compañías de seguros del exterior no estarán obligadas a tener junta directiva para la administración de sus negocios dentro del territorio colombiano, pero deberán tener un apoderado ampliamente autorizado para que las represente en el país, con todas las facultades legales. Dicho apoderado deberá cumplir con los requisitos de integridad profesional y moral exigidos por la Superintendencia Financiera de Colombia a los administradores de entidades financieras constituidas en el país y deberá tomar posesión ante la Superintendencia Financiera de Colombia.

Las responsabilidades y sanciones que afecten a los miembros de las juntas directivas o máximos órganos de administración de las sucursales de los bancos o compañías de seguros extranjeras corresponderán o podrán hacerse efectivas frente al respectivo apoderado.

Artículo 45C. Inscripción ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Fogafin–. Las sucursales de los bancos y compañías de seguros del exterior que obtengan autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia para operar en el país deberán inscribirse ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en los mismos términos previstos para los establecimientos bancarios y las compañías de seguros constituidas en Colombia”.

⁹⁷ http://www.camaramedellin.com.co/Portals/0/Documents/2009/congreso_derecho_ocial/superfinanciera.pdf Fecha de consulta: 20 de febrero de 2010.

servicios de seguros que se encuentra habilitada en nuestra legislación gracias a la Ley 1328 de 2009. Esto implicaría que los colombianos podrían adquirir seguros fuera del territorio colombiano y dentro de la Unión Europea a excepción de los vinculados con la seguridad social o con el Estado y los seguros obligatorios.⁹⁸

Todo lo anterior no hace más que demostrar que los procesos de integración comercial se convierten en una oportunidad interesante para ampliar y diversificar los mercados. En el caso de los mercados financieros, al presentarse una mayor liberalización de los servicios financieros se tiende a aumentar la oferta de dichos servicios. Y, bajo un esquema de mayor competencia, y ante la oferta de mayores recursos, la industria incrementa la demanda de recursos para iniciar nuevos procesos de producción y generar desarrollo económico. Con la estrategia de liberalización de mercados, el país ha adquirido, y eventualmente seguirá haciéndolo, compromisos en materia de liberalización de servicios financieros, para cuya implementación se han acordado periodos de tiempo razonables con el ánimo de efectuar los ajustes regulatorios necesarios y otorgar un compás de espera a la industria nacional, con el fin de que pueda prepararse adecuadamente para afrontar con éxito los retos venideros⁹⁹.

En este orden de ideas, al hacer referencia a la liberalización de mercado y con el fin de lograr una real y conveniente apertura económica con otros países es menester tener en cuenta que Colombia deberá:

1. En virtud del TLC con Estados Unidos, y de acuerdo con la estrategia de negociación adoptada para las demás negociaciones en curso, tanto en materia de seguros y servicios financieros relacionados, como los servicios bancarios, asumir obligaciones de apertura relativas, es decir, que la integración económica es un proceso lento y en crecimiento

⁹⁸ Artículo 61 parágrafo segundo de la ley 1328 de 2009: “a) Los seguros relacionados con el sistema de seguridad social, tales como los seguros previsionales de invalidez y muerte, las rentas vitalicias o los seguros de riesgos profesionales; b) Los seguros obligatorios; c) Los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario debe demostrar previamente a la adquisición del respectivo seguro que cuenta con un seguro obligatorio o que se encuentra al día en sus obligaciones para con la seguridad social, y d) Los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario sea una entidad estatal.”

FASECOLDA, disponible en: <http://www.bancayriesgo.com/Noticias20090930Nota001.html> Fecha de consulta: 10 de febrero de 2010.

⁹⁹ www.secretariasenado.gov.co. Gaceta del Congreso número 138 de 11 abril de 2008. Fecha de consulta: 5 de febrero de 2010.

toda vez que cada Estado debe asegurarse de que con este actuar no perjudicará su propia economía sino que por el contrario se fortalecerá.

2. Igualmente, Colombia asumirá obligaciones de apertura relativas en materia de seguros, ya que el acuerdo permite el aseguramiento transfronterizo de ciertos seguros, sólo hasta dentro de un plazo máximo de cuatro años¹⁰⁰. Así mismo, y con la misma limitación temporal, en relación con personas localizadas dentro del territorio colombiano, y nacionales donde quiera que se encuentren, permite comprar los servicios de seguros de proveedores de Estados

¹⁰⁰ El artículo 61 de la ley 1328 de 2009 Dispone: “**ARTÍCULO 61. Comercio transfronterizo de seguros.** Modifícase el artículo 39 del *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, el cual quedará así:

Artículo 39. Personas no autorizadas. *Salvo lo previsto en los párrafos del presente artículo, queda prohibido celebrar en el territorio nacional operaciones de seguros con entidades extranjeras no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en Colombia o hacerla con agentes o representantes que trabajen para las mismas. Las personas naturales o jurídicas que contravengan lo dispuesto en el presente artículo quedarán sujetas a las sanciones previstas en el artículo 208 del presente Estatuto.*

Parágrafo 1º. las compañías de seguros del exterior podrán ofrecer en el territorio colombiano o a sus residentes, única y exclusivamente, seguros asociados al transporte marítimo internacional, la aviación comercial internacional y el lanzamiento y transporte espacial (incluyendo satélites), que amparen los riesgos vinculados a las mercancías objeto de transporte, el vehículo que transporte las mercancías y la responsabilidad civil que pueda derivarse de los mismos, así como seguros que amparen mercancías en tránsito internacional, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá establecer la obligatoriedad del registro de las compañías de seguros del exterior que pretendan ofrecer estos seguros en el territorio nacional o a sus residentes.

Salvo lo previsto en el presente párrafo, las compañías de seguros del exterior no podrán ofrecer, promocionar o hacer publicidad de sus servicios en el territorio colombiano o a sus residentes.

Parágrafo 2º. Toda persona natural o jurídica, residente en el país podrá adquirir en el exterior cualquier tipo de seguro, con excepción de los siguientes: a. Los seguros relacionados con el sistema de seguridad social, tales como los seguros previsionales de invalidez y muerte, las rentas vitalicias o los seguros de riesgos profesionales.

b. Los seguros obligatorios;

c. Los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario debe demostrar previamente a la adquisición del respectivo seguro que cuenta con un seguro obligatorio o que se encuentra al día en sus obligaciones para con la seguridad social; y

d. Los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario sea una entidad del Estado. No obstante, el Gobierno Nacional podrá establecer, por vía general, los eventos y las condiciones en las cuales las entidades estatales podrán contratar seguros con compañías de seguros del exterior”.

Unidos fuera de Colombia. Sin embargo, en esta última obligación, Colombia se reservó el derecho de hacer obligatorio el consumo en Colombia de ciertos seguros, los cuales fueron mencionados con anterioridad¹⁰¹.

3. Con el mismo fin, Colombia se reservó en la negociación del TLC, el derecho de exigir que el resto de servicios financieros fuesen prestados por medio de un vehículo legal establecido en el país y asumió obligaciones en relación con el establecimiento de sucursales, bancarias o de seguros. quede esta forma, los inversionistas extranjeros pueden decidir si se instalan en nuestro territorio como sucursales o subsidiarias. Si una entidad se establece como sucursal estará sujeta a la naturaleza jurídica de la matriz y con el respaldo de su capital; por el contrario, si se establece como subsidiaria actuará con su propia naturaleza jurídica y capital propio¹⁰².

4. Ahora bien, Colombia se reservó el derecho de regular las sucursales de forma idéntica a como se regula una entidad legalmente constituida en el país, en particular el derecho de exigir a las sucursales capital propio que debe ser incorporado efectivamente al país. En desarrollo de esta previsión, el proyecto de ley incorporó disposiciones en relación con el régimen aplicable a las sucursales, incluyendo normas relacionadas con las responsabilidades de la matriz y con la constitución, registro y obligación de inscribirse ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Lo anterior para garantizar que se cumplan con los requerimientos de regulación y supervisión prudencial, asegurando, no sólo un tratamiento homogéneo con respecto a las entidades bancarias y de seguros constituidas en el país, sino también garantizando coberturas y respaldos suficientes para el cubrimiento de los riesgos a que se ven expuestas estas entidades en el ejercicio de su operación, para la adecuada protección del ahorro del público¹⁰³.

¹⁰¹ Los mencionados seguros son a) Los seguros relacionados con el sistema de seguridad social, tales como los seguros previsionales de invalidez y muerte, las rentas vitalicias o los seguros de riesgos profesionales; b) Los seguros obligatorios; c) Los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario debe demostrar previamente a la adquisición del respectivo seguro que cuenta con un seguro obligatorio o que se encuentra al día en sus obligaciones para con la seguridad social, y d) Los seguros en los cuales el tomador, asegurado o beneficiario sea una entidad estatal. Disponible en: www.secretariasenado.gov.co Gaceta del Congreso número 138 de 11 abril de 2008. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2010.

¹⁰² www.secretariasenado.gov.co Gaceta del Congreso número 138 de 11 abril de 2008. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2010.

¹⁰³ www.secretariasenado.gov.co Gaceta del Congreso número 138 de 11 abril de 2008. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2010.

Adicionalmente, la mencionada reforma financiera en su artículo 64, al modificar el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, estableció expresamente como ejercicio ilegal de la actividad aseguradora la práctica de dicha actividad por personas naturales o jurídicas no autorizadas previamente por la Superintendencia Financiera, operaciones que carecerán de efecto alguno y darán derecho al contratante para solicitar el reintegro de lo pagado. No obstante lo anterior, la Ley 1328 de 2009 no calificó como delito penal a la práctica de la actividad aseguradora sin el lleno de los requisitos exigidos por la ley.

6.3 Registro único de seguros (RUS).

En el artículo 78 de la tan reiterada reforma financiera, se consagra la creación del RUS que busca proveer al público de información sobre los tomadores, asegurados y beneficiarios de las pólizas de seguros, lo que implica, a su vez, la consiguiente obligación de las compañías de seguros de suministrar permanentemente la información que se requiera para el funcionamiento del mismo registro. El objetivo de esta figura de creación legal, es el de dar a conocer al público las pólizas que se han contratado puesto que en muchos casos, ni siquiera los beneficiarios de las mismas las conocen. Sin embargo, al promover dicha finalidad se desconoce el interés que pueden tener las personas al contratar un seguro y se deja a un lado el peligro que les pueda causar a los tomadores al hacer dicha información pública, violando además el derecho constitucional de habeas data¹⁰⁴ al acabar el derecho a la reserva de la información.

¹⁰⁴ “El derecho fundamental al habeas data, es aquel que otorga la facultad¹⁰⁴ al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales (...) la Corte ha señalado como características del dato personal las siguientes: i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad¹⁰⁴ reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación”. Corte Constitucional, Sentencia T-729 de 2002.

Es así como la Ley 1328 de 2009 no fue del todo positiva en este tema porque al establecer la creación del RUS se está violando el derecho constitucional al habeas data al hacer pública cierta información personal que no sólo pueden no querer hacerlo los tomadores de seguros sino que a la vez los puede poner en peligro.

Aunado a lo anterior, la citada reforma financiera dejó innumerables vacíos por cuanto no estableció la naturaleza jurídica ni la administración del mismo ni la forma de operar del RUS, haciéndolo totalmente inaplicable hasta que una nueva norma jurídica no lo desarrolle.¹⁰⁵ Con base en la ley, se expidió el Decreto 3680 de 2009, que, aunque trató de establecer la forma bajo las cuales sería administrado el RUS siguió dejando varios vacíos en la medida en que sólo estableció las condiciones o requisitos¹⁰⁶ que debería cumplir el RUS, los mecanismos o formas de manejo de la información¹⁰⁷, el contenido¹⁰⁸ del mismo y los deberes de las aseguradoras y de los consultantes¹⁰⁹, pero en ningún

¹⁰⁵http://movil.larepublica.com.co/archivos/FINANZAS/2009-07-30/reforma-financiera-creo-el-registro-unico-de-seguros_79715.php Fecha de consulta: 3 de Febrero de 2010.

¹⁰⁶ El artículo 2 del Decreto 3680 de 2009 estableció que el RUS debía cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Garantizar la reserva y confidencialidad de la información;*
- b) Contar con un sistema adecuado de seguridad y la infraestructura técnica suficiente para garantizar el manejo de la información administrada;*
- c) Contar con mecanismos que impidan el deterioro, pérdida, alteración, uso no autorizado o fraudulento de la información;*
- d) Contar con los recursos necesarios para suministrar de manera oportuna la información solicitada;*
- e) Contar con políticas para el manejo de la información, atendiendo el tipo o ramo de seguros objeto de consulta, lo cual podrá conllevar diferentes niveles de acceso, de acuerdo con la reserva de la información;*
- f) Contar con los mecanismos de seguridad necesarios para garantizar la confidencialidad y conservación de la información, así como el acceso restringido a la misma.”*

¹⁰⁷ El artículo 3 del Decreto 3680 de 2009 consagró que la información contenida en el RUS se manejaría de forma centralizada (teniendo una base de datos con la información relacionada con la existencia de la póliza y la entidad aseguradora que la expidió) o canalizada (requiriendo a las entidades aseguradoras para que remitan la información relacionada con la existencia de la póliza, los tomadores, asegurados y beneficiarios).

¹⁰⁸ Se hace referencia a los seguros de automóviles relacionados con la responsabilidad civil, a los seguros de vida y a los seguros obligatorios de bienes comunes.

¹⁰⁹ Según los artículos 5 y 6 del Decreto 3680 de 2009, algunos de los deberes de las aseguradoras y de los consultantes son:

- a) Suministrar al RUS, la información sobre la existencia o no de la póliza y, en el primer caso, si el consultante tiene la condición de tomador, beneficiario o asegurado de la misma;

momento se estableció quién lo administraría, ni bajo qué figura jurídica operaría, ni quien suministraría los recursos necesarios para su funcionamiento, ni con qué periodicidad debería suministrarse información. Por estas razones, consideramos que el RUS sigue siendo inaplicable aún después de haber sido reglamentado.

6.4 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 de la Ley 1328 de 2009 que actualmente cursa en la Corte Constitucional.

El artículo 86 de la reforma financiera fue demandado mediante acción pública de inconstitucionalidad número 7946, el 22 de octubre de 2009, por los motivos que se exponen a continuación¹¹⁰.

El artículo 86 dice lo siguiente: *“Adiciónese un inciso 2o y un párrafo 3o al artículo 111 de la Ley 795 de 2003, las cuales quedarán así: Las entidades de carácter cooperativo o mutual, las entidades sin ánimo de lucro y las sociedades comerciales, con excepción de las empresas aseguradoras, podrán prestar directamente y en especie este tipo de servicios, independientemente de que las cuotas canceladas cubran o no el valor de los servicios recibidos, cualquiera sea la forma jurídica que se adopte en la que se contengan las obligaciones entre las partes.*

-
- b) Colaborar activamente con el RUS en la atención de las solicitudes con el fin de que los consultantes obtengan información veraz, precisa, completa y oportuna;
 - c) Implementar y actualizar en forma permanente una base de datos que contenga la información sobre las pólizas vigentes, sus tomadores, beneficiarios y asegurados con el fin de tener un registro actualizado que permita dar respuesta oportuna a las solicitudes que se presenten ante el RUS.
 - d) Formular en forma clara y precisa las consultas o solicitudes sobre existencia de pólizas de seguros vigentes y el nombre de la aseguradora que la haya expedido;
 - e) Dirigirse a la aseguradora respectiva, cuando sea del caso, para obtener información acerca de la condición de beneficiario, tomador o asegurado, previa la acreditación de la condición en que actúa.

¹¹⁰ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad. Demandante: Roberto Junguito Bonnet. Expediente número 7946 (22 de octubre de 2009).

PARÁGRAFO 3o. Las empresas aseguradoras autorizadas por la Superintendencia Financiera de Colombia o quien haga sus veces, en la explotación del ramo del seguro exequial o cualquiera otro con modalidad de cubrimiento para gastos funerarios, deberán indemnizar únicamente en dinero a favor del tomador o sus beneficiarios, previa comprobación por parte de estos del pago del monto del servicio funerario asegurado, suministrado directamente por entidades legalmente constituidas para prestar este tipo de servicios exequiales; salvo que el servicio funerario se preste con afectación a la Póliza de Seguro Obligatorio en Accidentes de Tránsito (SOAT).”

Al respecto el señor Roberto Junguito Bonnet actuando como representante de Fasecolda y, como demandante considera que desde el punto de vista constitucional, es relevante destacar de esta disposición que divide las empresas que se hacen cargo de los gastos funerarios y la organización del entierro en dos clases. En la primera están todas las empresas con exclusión de las aseguradoras, quienes pueden prestar directamente en especie el servicio funerario y, en la segunda están únicamente las compañías aseguradoras, quienes sólo pueden pagar en dinero la indemnización a favor del tomador del servicio exequial o sus beneficiarios. De esta forma, la norma permite que los servicios funerarios prestados directamente en especie por cualquier empresa distinta a las aseguradoras no sean pagados completamente puesto que las cuotas pueden no cubrir los servicios recibidos; en cambio en el caso de las aseguradoras exige que todo el monto del servicio funerario haya sido cancelado por el usuario como condición previa al pago de la indemnización por parte de la aseguradora. El efecto de esta clasificación sobre las empresas que cubren gastos funerarios es que todas, menos las aseguradoras, pueden desarrollar de manera autónoma su actividad económica.

De lo anterior se deduce que el artículo 86 introduce una serie de prohibiciones aplicables a las aseguradoras: les está prohibido prestar directamente los servicios exequiales; les está prohibido indemnizar en especie; les está prohibido pagar la indemnización al tomador o sus beneficiarios antes de que ellos paguen el monto del servicio

funerario asegurado; como consecuencia de ello les está prohibido seguir desarrollando la actividad aseguradora lícita que venían prestando en beneficio de millones de personas. A su vez el artículo 86 amplía las permisiones para las empresas que no son aseguradoras: les permite prestar servicios funerarios directamente y en especie; les permite prestarlos independientemente de que las cuotas canceladas cubran o no el valor de los servicios recibidos; les permite regular el servicio exequial acudiendo a cualquier forma jurídica; les permite definir en esa forma jurídica las obligaciones de las partes sin ninguna limitación; se les autoriza asumir el traslado de riesgos atinentes a los servicios funerarios sin ninguna condición que garantice que los usuarios efectivamente van a recibirlos puesto que todo ha sido librado a la voluntad de las partes.

El problema jurídico hace referencia a que el artículo 86 se inscribe en un contexto dentro del cual las personas ejercen diversos derechos constitucionales puesto que surte sus principales efectos en el momento del fallecimiento y sepelio de un ser humano. La razón de ser de esto, es según el actor que todo hombre tiene derecho a ser enterrado, y la dignidad humana, protegida por la Constitución (en el artículo 1º), impide que el cuerpo humano sea tratado como una cosa. *“De esta forma, el cadáver humano no puede ser abandonado como un objeto. Tampoco puede ser mezclado como masa de carne con otros cuerpos anulando su dignidad como ser humano de ser único e irrepetible”*¹¹¹. La Corte Constitucional desde sus primeros fallos explicó la importancia del derecho de los familiares a decidir sobre las condiciones en que un ser querido será enterrado¹¹².

En ese orden de ideas, es importante destacar que los usuarios actuales o potenciales también tienen derecho a la libre competencia económica. Este derecho ha sido establecido no sólo como un derecho de las empresas sino como un derecho de todos al tenor del artículo 333 de la Constitución. Los consumidores sólo podrán ejercer de manera

¹¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-473 de 2005.

¹¹² Corte Constitucional, Sentencia T-162 de 1994.

efectiva su derecho a elegir si hay competencia entre prestadores de servicios o productores de bienes, cosa que considera el demandante no ocurrirá en virtud de la nueva normatividad.

Ahora bien, es de interés advertir que las aseguradoras venían ofreciendo seguros de exequias con indemnización en especie durante muchos años y que han desarrollado esta actividad cumpliendo los requisitos de ley y las autorizaciones exigidas por la Constitución para la actividad aseguradora (artículo 335). El artículo 86 de manera súbita impide que continúen desplegando esta actividad lícita sin prever ninguna transición no sólo para las aseguradoras sino para cerca de un millón de tomadores de pólizas de seguros de exequias con indemnización en especie, a los cuales no se les podrá mantener la continuidad de los contratos bajo los términos pactados.

Para finalizar, los cargos por los cuales el demandante considera que la norma viola la Constitución son a saber:

1. *“El artículo 86 de la ley 1328 de 2009 viola el derecho de los usuarios a elegir libremente, en conexidad con el libre desarrollo de la personalidad y por lo tanto contradice los artículos 78 y 16 de la Constitución”*. La norma aquí demandada vulnera esos derechos porque suprime una de las opciones esenciales que antes estaban al alcance de los usuarios de servicios funerarios: prohíbe que se ofrezcan seguros de exequias con indemnización en especie y por ende impide que las personas escojan esta opción legítima para planear sus situación ante el fallecimiento de un ser querido. Si el usuario elige el seguro de exequias con indemnización en dinero, debe asumir la organización del entierro y pagar en su integridad el monto del servicio funerario con sus propios recursos, que es precisamente lo que quiere evitar el tomador de un servicio de exequias, en especial el de escasos recursos.
2. *“El artículo 86 afecta el goce efectivo del derecho a la intimidad, honra y dignidad familiar, y por lo tanto viola el artículo 42 de la Constitución Política, y puede incidir negativamente en el ejercicio de la libertad de cultos, violando el artículo 19 de la Constitución”*. Los servicios funerarios se prestan cuando una persona ha muerto, el sepelio del fallecido involucra a la familia, la cual desea honrar al ser querido en ejercicio de su

derecho a la intimidad y honra familiar, así como despedirlo siguiendo el ritual religioso en ejercicio de su libertad de culto. Por lo tanto, si se mira más allá del tenor literal del artículo 86 y se analizan todos sus efectos, se tiene que las restricciones al derecho de los usuarios de escoger un seguro de exequias también incide en el goce efectivo de los derechos fundamentales mencionados. La norma no puede ser leída como una norma meramente económica sino que sus efectos trascienden la celebración de contratos y se proyectan en el ejercicio y goce efectivo de los derechos fundamentales. El grado de afectación de los derechos varía según el caso, es decir, de acuerdo a la circunstancia en que se encuentren los familiares.

3. *“El artículo 86 viola el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución”*. Ello es así puesto que se concede a toda clase de empresas a excepción de las aseguradoras el derecho de ofrecer servicios funerarios directamente y al mismo tiempo, prohíbe a las aseguradoras de ofrecer seguros de exequias en los cuales se garantice al tomador y los beneficiarios que recibirán el servicio funerario por ellos mismos seleccionado (indemnización en especie). La jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoce que las personas jurídicas también son titulares del derecho a la igualdad, lo cual se exige aquí (sentencia SU- 182 de 1998).
4. *“El artículo 86 viola el principio de la confianza legítima”* Esto ocurre en la medida que el artículo 86 no prevé ningún medio de transición donde se le permita a los tomadores de las pólizas de exequias con pago en especie antes de la expedición de la norma y entrada en vigencia, que continúen con su contrato en los términos inicialmente pactados. Sobre todo cuando los usuarios tenían razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, la cual ha estado vigente durante décadas y se ha venido aplicando de manera estable e ininterrumpida.

Con base en dichos argumentos el actor solicita en su demanda mediante el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad que se declare inexecutable en su totalidad el artículo 86 de la ley 1328 de 2009. En cuanto a la

demanda ha habido varias intervenciones ciudadanas de las cuales mencionaremos dos, que a nuestro juicio consideramos tienen argumentos sólidos, los cuales expondremos a continuación.

El doctor Mario Iguarán Arana solicita a la Corte Constitucional que se declare exequible el artículo 86 de la ley 1328 de 2009, porque según su criterio el artículo era necesario para vislumbrar el contenido del artículo 111 de la ley 795 de 2003 y de esta forma proyectar mayor seguridad y confianza en los usuarios de los servicios funerarios prestados directamente y en especie por las empresas funerarias. Con esta norma no hay cabida a diferentes interpretaciones. Tal claridad y precisión fueron criterios que igualmente utilizó el legislador para delimitar las actividades que podían realizar tanto aseguradoras como empresas funerarias. La adición se pretende hacer para aclarar el alcance de lo regulado en el artículo 111, de tal manera que se ajuste a lo dispuesto por la Corte constitucional en sentencia C - 940 de 2003. Ahora bien, el legislador quiso además, restablecer una distorsión en el mercado, originado en la indemnización en especie ofrecida por las aseguradoras en el seguro de exequias, que se concreta en que los usuarios no reciben una indemnización integral, proporcional a la prima pagada por el traslado del riesgo y poner fin al ofrecimiento de este tipo de indemnización sin autorización legal. El sentido coherente indica que la indemnización en dinero a cargo de la aseguradora debe cancelarse inmediatamente se presenta el siniestro, de esta manera se evita que el usuario deba cancelar previamente el costo de las honras fúnebres y luego acuda a la aseguradora para el cobro de la indemnización. Una lectura correcta de la misma indica igualmente que la funeraria asume directamente la prestación del servicio funerario y luego le cobre el costo del mismo a la aseguradora.

A manera de ver del doctor Iguarán Arana, si se acepta que las aseguradoras en el seguro de exequias puedan ofrecer la indemnización en especie, todo se reduce en últimas al pago de una suma de dinero. Como la aseguradora esta imposibilitada fáctica y jurídicamente para prestar directamente los servicios funerarios, y por ello debe contratarlos con una empresa funeraria, que al prestarlos efectivamente, la aseguradora paga a esta última una suma de dinero a manera de indemnización al asegurado o a su beneficiario. Indemnización que no es proporcional a la prima

por el traslado del riesgo. El doctor Iguarán considera que este fue uno de los motivos que tuvo el legislador para exigir a las aseguradoras que indemnicen en dinero, que es la manera adecuada para la indemnización integral.

Por otra parte, el doctor Julio César Ortiz Gutiérrez interviene para defender la norma demandada en los siguientes términos: a su juicio el legislador construye una clara delimitación entre el negocio financiero de seguros y el de servicios funerarios, para que cada uno maneje exclusivamente los atinente a su actividad. Tal decisión sirve para prevenir una futura integración vertical (es una de las formas de generar posición dominante en el mercado en virtud de la cual se da una unión entre empresas ubicadas en distintas fases de la cadena de producción, comercialización y del ejercicio directo del poder del mercado).¹¹³

Igualmente, el doctor Julio César considera que el artículo 86 no viola el libre desarrollo de la personalidad, ni el derecho a elegir libremente, porque al ser la actividad aseguradora considerada constitucionalmente de interés público, la intensidad de su regulación debe ser más estricta, asunto éste que es ordenado por el propio constituyente y, por tanto dicho condicionamiento hace parte del ordenamiento jurídico y como tal hace parte de las cargas que tiene que soportar la persona al vivir el sociedad. Él opina que no hay violación del derecho a la igualdad por que las dos empresas no se encuentran en situaciones iguales entonces se admite lo que la Corte ha reconocido que es posible conferir un trato diferencial a personas diferentes siempre que se den las siguientes condiciones: las personas se encuentren en distinta situación de hecho, el trato distintivo tenga una finalidad, esa finalidad sea razonable y proporcionada. Para el ciudadano ello se aplica al caso porque las aseguradoras realizan actividades financieras mientras que las entidades de carácter cooperativo, sin ánimo de lucro prestan un servicio funerario. El trato distinto que se otorga tiene como fin evitar que a través del pago en especie se preste el servicio funerario directa o

¹¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-1041 de 2007 Magistrado Ponente Dr. Humberto Sierra Porto

indirectamente. Es razonable porque con ello se busca no dar lugar a distorsiones que las aseguradoras puedan causar en el mercado funerario y es proporcional porque propende por la preservación de las empresas funerarias¹¹⁴.

6.5 Consideraciones finales sobre la reforma financiera.

En conclusión, consideramos que la reforma financiera contenida en la Ley 1328 de 2009 es de gran trascendencia en materia de la actividad aseguradora en Colombia, por cuanto reitera la necesidad e importancia de la supervisión por parte del Estado sobre la misma al establecer principios y mecanismos tales como la obligatoriedad de las compañías aseguradoras de inscribirse en FOGAFIN.

Igualmente, busca promover el crecimiento del mercado asegurador tanto a nivel nacional como internacional, lo que ha posibilitado un avance en la negociación de diferentes acuerdos de libre comercio como lo son el TLC entre Colombia y la Unión Europea y el TLC entre Colombia y Estados Unidos de América. Para tal efecto se consagró la posibilidad de que compañías aseguradoras extranjeras ofrezcan sus servicios en Colombia a través de la constitución de una sucursal o de una subsidiaria, salvo que se trate de seguros que amparen la mercancía o el vehículo de transporte tratándose de transporte aéreo, marítimo o terrestre, en los que no se necesita autorización alguna por parte

¹¹⁴En el mismo sentido, defendiendo la exequibilidad de la norma se encuentra la intervención del doctor Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola, el doctor Luis Carlos Pineda Téllez, el doctor Alfredo Beltrán Sierra, la doctora Fanny Lucía Castellanos Zuluaga y el doctor Germán Alberto Cubillos Guzmán. Cabe aclarar que ninguno de los intervinientes en el proceso está de acuerdo con el doctor Roberto Junguito Bonnet. Los ciudadanos consideran que lo regulado en el artículo 86 debe interpretarse a la luz no de la ley 1328 que lo insertó, sino de la ley 795 de 2003 que adicionó. Sostiene que la norma no elimina la posibilidad de los usuarios para escoger el camino de acceso a los servicios funerarios y menos aún se imponen cargas onerosas o desproporcionadas que vayan en detrimento de su libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, con la disposición demandada el legislador al introducir el inciso segundo y el párrafo tercero al artículo 111 de la ley 795 de 2003, llenó los vacíos que había dejado en el 2003 en la redacción de tal disposición, vacíos que fueron advertidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-940 de 2003. Como por ejemplo, en la adición contenida en el inciso segundo se señaló la clase de empresas que podían prestar los servicios funerarios, mientras en el párrafo tercero el legislador aclaró la forma en que concurren al mercado los dos tipos de empresas (las aseguradoras con el seguro exequial y las empresas funerarias prestando los servicios funerarios acorde con el artículo 110 del Código de Comercio).

del Estado Colombiano. Todo esto, en búsqueda de un mercado competitivo y eficiente que promueva las mejores ofertas para los consumidores dentro de un ambiente transparente y seguro.

A pesar de lo anterior, cabe reiterar que la mencionada norma objeto de estudio no fue del todo positiva por cuanto al establecer la creación del RUS se está violando el derecho constitucional al habeas data al hacer pública cierta información personal que no sólo pueden no querer hacerlo los tomadores de seguros sino que a la vez los puede poner en peligro.

Aunado a lo anterior, cabe recordar la demanda de inconstitucionalidad que actualmente se encuentra en curso en la Corte Constitucional y que hace referencia principalmente a los seguros exequiales y/o servicios prestados por las funerarias, frente a la cual estamos de acuerdo y consideramos que se debería permitir que las compañías aseguradoras continuaran prestando este tipo de servicios. Por un lado, se evidencian los elementos constitutivos del contrato de seguros como lo es el riesgo asegurable (la muerte), el interés asegurable (trasladar a un tercero las consecuencias económicas negativas de la muerte), la prima (precio del seguro o cuota periódica en el caso de los servicios funerarios) y la obligación condicional a cargo del asegurador (indemnización en especie).

Igualmente, pensamos que se ha debido hacer un estudio económico y de las implicaciones que traería dicha norma sobre la actividad aseguradora puesto que deja por fuera a las compañías aseguradoras a la hora de prestar los servicios funerarios, rama ésta que representaba un nicho de mercado para las mismas. La norma tampoco tuvo en cuenta en ningún momento a aquellas personas que ya hubieran contratado un seguro exequial con alguna aseguradora pero que todavía no se hubiera presentado el riesgo, dejándolas en el aire en el sentido de ¿qué pasa con el contrato que hasta ese momento tenían con una aseguradora? Además, hay que tener en cuenta que es el mismo Código de Comercio (artículo 1110) el que establece las formas en que una compañía aseguradora puede pagar la indemnización que a saber son: en dinero, con la reparación del bien o con la reposición del bien. Este último caso es

un claro ejemplo de la posibilidad que tienen las aseguradoras para entregar una indemnización en especie. Es por lo anterior que se tiene que a la aseguradora a la hora de ocurrencia del siniestro le surge la obligación de indemnizar, obligación que como se dijo, puede ser cumplida de tres formas, siendo así una obligación alternativa por cuanto la decisión acerca de cómo cumplirla le corresponde al deudor, es decir, a la aseguradora.¹¹⁵

La mencionada norma también desconoció la autonomía de la voluntad privada puesto que al establecer que las compañías aseguradoras debían indemnizar en dinero se dejó a un lado que el motivo de muchos consumidores de los seguros exequiales y/o servicios funerarios es la de tener la tranquilidad de que al momento de la muerte del tomador o de un ser querido a cuyo nombre se haya contratado, la empresa va a salir a brindarle un respaldo económico y organizacional frente al cual no quieran en un principio estar preocupados y por tal razón contratan el seguro o servicio.

¹¹⁵ A pesar de lo mencionado, es importante resaltar que otra parte de la doctrina, como lo es el Doctor Carlos Darío Barera, sostienen que se trata de una obligación facultativa al decir que se tiene sólo hay una prestación que tiene por objeto una cosa determinada (que sería la indemnización en dinero) pero se le concede al deudor la posibilidad de pagar con otra cosa (indemnización a través de la reparación o reposición del bien). Además hay que tener en cuenta que el Código Civil (artículo 1564) establece que si hay duda respecto de si es una obligación alternativa o facultativa, se mirará como alternativa. Información disponible en: Hernán Fabio López Blanco, *Comentarios al Contrato de Seguro*, 195 a 201 (Dupré Editores, Bogotá, 2004).

7. CONCLUSIONES

A lo largo del desarrollo de la monografía jurídica hemos llegado a las siguientes consideraciones:

1. En el último cuarto de siglo el mundo ha vivido una revolución sin par, las comunicaciones, los negocios, la política y la economía y todo lo que se pueda pensar se mueve hoy como una sola ola alrededor de la tierra. En el ámbito jurídico la tendencia no es diferente, a lo largo de la historia se evidenció como el desarrollo de la actividad aseguradora y de la supervisión del Estado sobre la misma en un principio surgió de forma precaria, posteriormente con el discurrir de los años la regulación y supervisión de este nicho del mercado ha ido evolucionando tanto a nivel nacional como internacional hasta llegar al máximo proteccionismo de las instituciones en busca de la eficiencia del mercado.
2. Hoy en día nos encontramos ante una supervisión más especializada en materia aseguradora, que se centra en establecer exigencias mínimas de carácter patrimonial para aquellas personas jurídicas que pretendan dedicarse a ofrecer seguros en el mercado, manteniendo siempre un margen de solvencia y liquidez que le permitan siempre cumplir con las obligaciones que ha adquirido previamente. Esto con el fin de proteger al consumidor habida cuenta que con el cabal cumplimiento de estos requisitos el patrimonio de la entidad aseguradora permanecerá estable y dispuesto a cubrir las necesidades de sus usuarios. La ventaja de esta moderna supervisión es que le evita al Estado desgastes innecesarios sobre temas que no afectan el normal desenvolvimiento del mercado asegurador.
3. Como consecuencia del estudio de derecho comparado realizado en el capítulo sobre la supervisión Estatal, encontramos que la tendencia mundial se dirige hacia el establecimiento de organismos expertos que elaboren controles patrimoniales y financieros en temas específicos y trascendentes para el mercado, a partir de los cuales se pueda llevar a cabo la actividad aseguradora de forma más segura y transparente.
4. En cuanto al ejercicio ilegal de la actividad aseguradora, podría pensarse que un claro ejemplo de esto es los servicios funerarios prestados por las funerarias los cuales no cumplen con los requisitos mínimos exigidos por la ley para las compañías aseguradora conllevando un beneficio para las primeras en desventaja de las segundas. A pesar de encontrar en los servicios funerarios ofrecidos todos los elementos del contrato de

seguros, la Corte Constitucional dio fin a la discusión en la sentencia C-940 de 2003 por cuanto estableció que dichas prestaciones son diferentes del contrato de seguro y por lo mismo no pueden llegar a configurar un contrato de seguro exequial y por ende pueden seguir siendo ofrecidos por las empresas funerarias tal como se ha venido dando hasta hoy. Pesé a que el pronunciamiento debe ser acatado por todos los Colombianos, aún encontramos que así como nosotras el gremio asegurador como Fasecolda no compartimos tal decisión.

5. En igual sentido, se encuentra la medicina prepagada frente al contrato de seguro de hospitalización y cirugía. Es también muy discutido porque dentro del contrato de medicina prepagada se evidencia la presencia de los elementos del contrato de seguro. Al respecto cabe decir que no existe pronunciamiento alguno por parte de la Corte Constitucional por lo que la doctrina se encuentra dividida y dentro de ellos se puede encontrar posiciones que defienden sus diferencias como el doctor Hernán Fabio López y otros que apoyan la idea de que son el mismo contrato.
6. Debemos recordar que para constituir una entidad aseguradora no sólo se requiere cumplir requisitos patrimoniales sino además, debe tratarse de una persona jurídica conformada bajo la modalidad de sociedad anónima o cooperativa ya que de no ser así se estaría ejerciendo ilegalmente la actividad aseguradora y los contratos producidos durante éste lapso serían declarados ineficaces por parte de la Superintendencia Financiera. Aunado a lo anterior quién haya ofrecido y contratado el seguro deberá devolver el dinero pagado a título de prima más una indemnización por los perjuicios que haya ocasionado con su actuar, pero si el siniestro se presenta antes de que se declare la ineficacia la supuesta aseguradora deberá indemnizar por lo sucedido.
7. Cada día se pretende que los múltiples ordenamientos jurídicos de distintas estirpes se estandaricen con el objeto de facilitar las relaciones comerciales con personas que habitan en otros Estados. Pese a los esfuerzos y medidas que se puedan tomar y llevar a cabo, no se puede dejar de lado la creciente necesidad de darle vida jurídica a una autoridad supranacional, la cual, no tendrá la limitación que poseen las personas jurídicas estatales sobre la jurisdicción restringida al territorio de cada país como es el caso de Colombia. La existencia de una autoridad supranacional podría promover el crecimiento del mercado de seguros a nivel nacional e internacional gracias a la integración económica que se podría presentar con otros países, permitiendo en Colombia la presencia de aseguradoras extranjeras ofreciendo contratos de seguro en igualdad de

condiciones a las aseguradoras nacionales. En todo caso siendo supervisados por un organismo especializado para tal efecto que sería la autoridad supranacional.

8. La reforma financiera contenida en la ley 1328 de 2009, reitera la necesidad de supervisar la actividad aseguradora por cuanto está es considerada de interés general y puede tener implicaciones y repercusiones políticas, sociales y económicas de gran trascendencia e impacto. Es por esto que el ejercicio de la misma no se puede dejar únicamente al libre juego de la oferta y la demanda. La nueva normatividad sigue demostrando una vez más la excesiva reglamentación que se encuentra al respecto, haciendo más difícil el entendimiento de las normas que se encuentran vigentes y su aplicación. Por otro lado, dicha reforma ha sido tan controvertida que actualmente cursa en la Corte Constitucional una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 86 el cual trata lo referente a la prestación de los servicios funerarios, la cual solicita el actor se declare inexecutable por cuanto considera se trata de una norma que viola el derecho a la libre escogencia, al desarrollo de la personalidad, y genera desigualdad entre los servicios funerarios y el seguro exequial. Las intervenciones ciudadanas por su parte consideran que la norma debe ser declarada executable. Esto lo que nos muestra es que todo lo referente al servicio prestado por las funerarias a la ciudadanía no le quedó muy claro el pronunciamiento de la Corte en su momento.

Bibliografía

1. Normas.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Código de Comercio.

Ley 57 de 1887.

Ley 68 de 1924.

Ley 105 de 1927.

Ley 45 de 1990.

Ley 35 de 1993.

Ley 795 de 2003.

Ley 1328 de 2009.

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993).

Decreto ley 1691 de 1960

Decreto ley 1939 de 1986

Decreto 1570 de 1993.

Decreto 1938 de 1994.

Decreto 4327 de 2005.

Decreto 4350 de 2007

Decreto 4334 de 2008.

Decreto 3680 de 2009.

Resolución 049 de 1991

Circular Básica Jurídica 007 de 1996.

2. Doctrina.

Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, “*El empresario de seguros Latinoamericano su adecuación a la economía de mercado y a los procesos de liberalización, internacionalización e integración*”, *Revista Ibero - Latinoamericana de seguros*, No. 4.(1994).

Comisión redactora del Código de Comercio, acta número 5 de mayo 5 de 1969 .

Constitución española de 1978.

Demanda de acción pública de inconstitucionalidad. Demandante: Roberto Junguito Bonnet. Expediente número 7946 (22 de octubre de 2009).

“*Diccionario de la Lengua Española*”, 9, (Vigésima segunda edición, Real Academia Española, España, 2001).

Editor's Perspective 159-63 Journal of Insurance Regulation 19 (No2 Wint 2000).

Ernesto Caballero Sánchez, *El Seguro Privado Ante Nuevos Horizontes* (Magisterio Español, Madrid, 1962).

Fabio Álvarez López, Antonio David Betancort Mesa, Santiago Eduardo Calvo Quintero, (...) Flavia del Carmen Santoro Trujillo, “*La modernización de la actividad aseguradora en Colombia en el ámbito técnico, jurídico y financiero*”(Pontificia Universidad Javeriana, Tesis de Maestría en Derecho de Seguros, Bogotá, 1992).

Fernando Ramírez Hernández, “*La política de competencia y el proceso de regulación en México, 1993-1999*”.

Francesco Messineo, *Manual De Derecho Civil Y Comercial* (EJEA, Buenos Aires, 1971).

Francisco Reyes Villamizar, “*Derecho Societario*” (Temis, Segunda edición, Bogotá, 2006).

Gaceta del Congreso número 138 de 11 abril de 2008.

Hernán Fabio López Blanco, *Comentarios Al Contrato De Seguro* (DUPRÉ, Bogotá, 2004).

J. Efrén Ossa G., *Teoría General del Seguro: La Institución* (Temis, Bogotá, 1988).

J.J. Garrido y Comas, *Teoría General y Derecho Español de los Seguros Privados*, I, (Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España, España, 1986).

Jörg Vollbrecht, “*Insurance Regulation and Supervision*” Policy Issues in Insurance, Insurance Regulation, Liberalization and Financial Convergence No. 3.

Marco Gerardo Monroy Cabra, *Derecho Internacional Público* (TEMIS, Bogotá, 2002).

McCarran Ferguson Act

Santiago Rivero Alemán, “*Ejercicio de la actividad aseguradora y régimen a la Ley de Ordenación y Supervisión de los seguros Privados*”(Libro: Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Madrid 1998 Editorial Coldex).

Sergio Álvarez Camiña, “*La Regulación de los Seguros Privados: Objetivos, Evolución y Nuevas Tendencias*”, 2 *El Sector Asegurador y de los Planes y Fondos de Pensiones*, No 833 (Noviembre–Diciembre 2006).

Therese M. Vaughan “*The economic crisis and lessons from (and for) U.S. insurance regulation*”. *Journal of Insurance Regulation*, NAIC.

Tommaso Padoa-Schioppa, “*Better supervision is key to stability – The EU needs to step up co-operation on financial supervision? That is what is required to prevent crises and maintain the soundness of financial institutions and markets*”. *The Banker*, April 1, 2008.

3. Jurisprudencia.

Corte Constitucional, Sentencia T - 162 de 1994.

Corte Constitucional. Sentencia T - 283 del 2001.

Corte Constitucional, Sentencia T – 729 de 2002.

Corte Constitucional, Sentencia C- 940 de 2003.

Corte Constitucional, Sentencia C – 473 de 2005.

Corte Constitucional, sentencia C - 860 de 2006.

Corte Constitucional, sentencia C - 692 de 2007.

Corte Constitucional Sentencia C-1041 de 2007.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 4 de septiembre de 2008. Radicación: 25000-23-27-000-2003-00343-01-15602.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, Sentencia del 22 de febrero de 2001. Expedientes 4555 y 4718.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 21 de Septiembre de 2000, Proceso 6140, M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 15 de Agosto de 2008, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

4. Páginas web.

http://books.google.com.co/books?id=2hNKftGu9yoC&pg=PA9&lpg=PA9&dq=%22it+is+not+surprising+that+state+supervision+of+private+insurance+is+existent+in+all+OECD+Member+countries%22&source=bl&ots=C_X2SyX9aD&sig=dprBqxMyu_4JRKIoR0vTQFDQfFs&hl=es&ei=YjjFS-iaM4-M8wTH5eiXDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CAYQ6AEwAA#v=onepage&q=%22it%20is%20not%20surprising%20that%20state%20supervision%20of%20private%20insurance%20is%20existent%20in%20all%20OECD%20Member%20countries%22&f=false

<http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:1r3urXB-p6cJ:www.eafit.edu.co/NR/rdonlyres/B89A540C-2899-46BC-994A->

[88B910B40E88/0/companias_seguros.pdf+aseguradora+y+superfinanciera&hl=es&gl=co&pid=bl&srcid=ADGEEShTMP5IvxxvAqh7gBU1BhtSMab0Mfj-](http://docs.google.com/viewer/a=v&q=cache:88B910B40E88/0/companias_seguros.pdf+aseguradora+y+superfinanciera&hl=es&gl=co&pid=bl&srcid=ADGEEShTMP5IvxxvAqh7gBU1BhtSMab0Mfj-)

[MBq8lWjvi7lIAmwsBqdGfTtdArhSV8nLCL1b_qQ5bnHmHxMnmApKTizxaYkF-](http://docs.google.com/viewer/a=v&q=cache:MBq8lWjvi7lIAmwsBqdGfTtdArhSV8nLCL1b_qQ5bnHmHxMnmApKTizxaYkF-)

[9cW5BT_f6yA_153k5JkPZViHx2WVpqQk4EnOYIUoMnrZ&sig=AHIEtbR7kKkmzyKWcK23Ua8wlpuHK1HGLQ](http://docs.google.com/viewer/a=v&q=cache:9cW5BT_f6yA_153k5JkPZViHx2WVpqQk4EnOYIUoMnrZ&sig=AHIEtbR7kKkmzyKWcK23Ua8wlpuHK1HGLQ). Artículo. Nazly Yulieth Munera Montoya. *Compañías Aseguradoras*.

http://europa.eu/index_es.htm. (25 mayo de 2005).

http://movil.larepublica.com.co/archivos/FINANZAS/2009-07-30/reforma-financiera-creo-el-registro-unico-de-seguros_79715.php

<http://www.bancayriesgo.com/Noticias20090930Nota001.html>

http://www.camaramedellin.com.co/Portals/0/Documents/2009/congreso_derecho_ccial/superfinanciera.pdf

<http://www.eumed.net/libros/2007b/281/3.htm>

http://www.fenalcobogota.com.co/index.php?option=com_content&task=view&id=608&Itemid=56

<http://www.financialstability.gov/docs/regulatoryreform/07222009/title%20V%20Ofc%20Natl%20Ins%207-22-2009%20fnl.pdf>

http://www.naic.org/documents/cipr_jir_vaughan.pdf

<http://www.oecd.org/dataoecd/48/21/1815373.pdf>

http://www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36734103_1_1_1_1_1,00.html

<http://www.superfinanciera.gov.co/>

<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2006/2006026484.pdf>. (4 de agosto de 2006). Concepto 2006026484-001 “Medicina Prepagada no es un seguro, diferencias”.

<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas1999/medicinaprepagada0112.html>. (28 de octubre de 1999). Concepto: 1999061529-3. Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización.

<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas1999/planesadicionalesalud0138.htm>. (22 de octubre de 1999). Concepto: 1999028169-7. Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización.

<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2004/polizadeseguro083.htm> Concepto No. 2004019695-1. (3 de Mayo de 2004). En el mismo sentido el Concepto No. 1999045371-1. Agosto 17 de 1999.

<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/doctrinas2004/polizadeseguro083.htm> Concepto No. 2004019695-1. (3 de mayo de 2004). En ese mismo sentido el Concepto No. 1999045371-1. Agosto 17 de 1999.

<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Jurisprudencia2001/actividad004.htm>

<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/NormasyReglamentaciones/infogral.htm>.

<http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/PrincipalesPublicaciones/boletinej/boletin1708/resenajurisprudencia.html>

<http://www.supersociedades.gov.co>

http://www.supersolidaria.gov.co/revista/revista_04/abc.php

<http://www.superfinanciera.gov.co>.Concepto 2009070205-001 del 14 de octubre de 2009 (14 octubre de 2009).
En ese mismo sentido Concepto 2008069039-001 del 30 de octubre de 2008.