

TEMAS DE DERECHO DE SEGUROS

Alejandro Venegas Franco





UR

Temas de derecho de seguros

Alejandro Venegas Franco



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2011 Editorial Universidad del Rosario
© 2011 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2011 Alejandro Venegas Franco
© 2011 Jérôme Kullman, por el prefacio
© 2011 María Lucía Torres Villarreal, por la presentación

ISBN: 978-958-738-217-4

Primera edición: Bogotá D.C., septiembre de 2011
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Claudia Ríos
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas
Imagen de cubierta: *Sin título*, Douglas Mendoza, 2004, acrílico sobre óleo,
colección privada.
Diagramación: Margoth C. de Olivos
Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501 • Tel: 297 02 00
Http: editorial.urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso
previo escrito de la Editorial Universidad del Rosario

Venegas Franco, Alejandro

Temas de derecho de seguros / Alejandro Venegas Franco.— Facultad de
Jurisprudencia, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.—
Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2011.
374 p.— (Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-217-4

Derecho comercial – Colombia / Derecho de seguros - Colombia / Pensiones
– Colombia / Sistema General de pensiones – Colombia / Seguridad social -
Colombia / I. Título. / II. Serie.

346.08 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Avant propos	1
<i>Jérôme Kullman</i>	
Prefacio	4
<i>Jérôme Kullman</i>	
Presentación	7
<i>María Lucía Torres Villarreal</i>	
Estructura y alcances generales del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero colombiano: la actividad aseguradora y la de los intermediarios de seguros	9
Proceso de modernización, desregulación y apertura de la industria aseguradora colombiana	15
Introducción	15
1. Políticas y estímulos para la industria aseguradora.....	18
2. El papel de la Superintendencia Bancaria en la apertura	23
3. Comportamiento técnico y financiero reciente de la industria aseguradora.....	26
4. La reforma para el sector de intermediación	36
Aspectos generales de la supervisión del sistema de seguridad social en Colombia	41
Fundamento de la supervisión	41
Referencia al trámite del proyecto de ley – Ejercicio de facultades extraordinarias	43
Nuevas entidades vigiladas.....	44
Algunas funciones de la supervisión	45

Referencia histórica	47
Nueva concepción.....	47
Aspectos de supervisión.....	48
Reservas de ATEP.....	48
Objetivos de la supervisión	49
Inversiones.....	50
Revelación de información financiera	51
Transferencia de la información.....	52
Atención de consultas y quejas.....	52
Otros aspectos	52
Actividad aseguradora	53
Redes de distribución	53
Consideraciones adicionales	54
Reflexión final.....	54
El nuevo sistema colombiano de pensiones.....	55
1. Antecedentes de la reforma pensional en Colombia	55
1.1. Desarrollo histórico de la seguridad social en Colombia	55
1.2. Consagración constitucional	56
1.3. Elementos que indujeron la reforma pensional.....	56
2. El sistema general de pensiones en Colombia	58
2.1. Elementos rectores	58
3. Efectos macroeconómicos	62
3.1. Estabilidad fiscal	62
3.2. Ahorro e inversión.....	65
3.3. Ampliación de cobertura de la seguridad social	66
4. Características particulares del sistema colombiano y entorno previo.....	67
Anexo N° 1. Estructura del sistema general de pensiones en Colombia..	75
Derecho de seguros y 30 años del Código de Comercio	89
TLC y actividad de seguros	99
1. Introducción.....	99
2. Condiciones de acceso y desempeño.....	100
3. Consumo, en el exterior, de seguros por personas residentes o respecto a bienes y responsabilidades radicado en Colombia	102

4. Actividad aseguradora y seguridad social	105
5. Incidencia en el contrato de seguro.....	107
6. Apostillas constitucionales.....	111
Arbitraje y derecho de reaseguro	115
1. Breves consideraciones en relación con el contrato de reaseguro.....	116
1.1. Concepto.....	116
1.2. Naturaleza	119
1.3. Características	120
1.4. Clases	125
2. Arbitraje y contrato de reaseguro	126
2.1. Cláusula de arbitramento	128
2.2. Elementos determinantes durante el trámite arbitral	138
2.3. Reconocimiento y ejecución del laudo-interposición de recursos.....	148
Fraude y seguro	155
El alcance de la reciprocidad legal de las sentencias en rebeldía conforme.....	161
Las sentencias en rebeldía en el contexto de The Uniform Foreign Money Judgment Recognition Act.....	164
La aplicación de The Uniform Foreign Money Judgment Recognition Act y sus posibles correctores	164
La sentencia en rebeldía.....	173
Concepto.....	173
Naturaleza de la sentencia en rebeldía.....	179
La sentencia en rebeldía y el derecho de defensa	188
Alcance de la aceptación de las sentencias en rebeldía en el derecho colombiano como consecuencia de un exequátur de un fallo de tal naturaleza. ¿Puesta en peligro del orden público?	198
Implicaciones de la reciprocidad en las mismas condiciones que se otorga (si se otorga) de acuerdo con el Uniform Foreign Money Judgment Recognition Act	198
En cuanto al concepto de <i>sentencia extranjera</i>	198
En cuanto a la Consideración 22009	198
En cuanto a los fundamentos de no reconocimiento, indicados en la sección 2204.....	199

En cuanto a la sección 2205.....	209
En cuanto a lo establecido por parte de la sección 22006	211
Sobre el cumplimiento de requisitos del exequáur, de acuerdo con el artículo 694 del Código de Procedimiento Civil	212
Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento	212
Conclusión	224
Constitucionalización del Derecho.....	227
1. Consideraciones acerca de la constitucionalización del derecho como problema general de la teoría del derecho	228
2. La constitucionalización del derecho en Colombia como problema práctico.....	230
3. Entre la sobreconstitucionalización y la infraconstitucionalización: el intento de una constitucionalización adecuada.....	232
4. Algunas conclusiones finales.....	236
Las tensiones constitucionales enfrentadas a la integración y a la necesaria protección de la diversidad	237
Introducción	238
El juez constitucional frente a las tensiones entre los derechos de libertad y los derechos económicos y sociales: decisiones constitucionales paradigmáticas.....	241
Entre la protección del derecho al trabajo y la garantía de la libertad contractual (caso Terpel. Sentencia T-375 de 1997)	241
Entre la protección del derecho a la igualdad de los grupos especialmente protegidos y la garantía de la autonomía privada para elegir los riesgos contractuales (Caso La Previsora. Sentencia T-1118 de 2002).....	243
Entre la protección de la libertad de cultos y el derecho al trabajo y la garantía del empresario para definir la organización interna de su empresa (Caso Cafamaz. Sentencia T-982 de 2001).....	245
Entre la protección del derecho constitucional a la vivienda digna y la autonomía de los establecimientos financieros para definir las condiciones de los contratos de mutuo (Caso UVR. Sentencia C-955 de 2000).....	246
Criterios constitucionales para analizar los derechos de libertad y los derechos sociales económicos	247

Las implicaciones de las tensiones constitucionales en un contexto de integración.....	250
Los procesos de integración y el constitucionalismo social	250
Breve referencia a la protección de la identificación de las naciones: un problema que exige reevaluar la protección jurídica de las creaciones humanas	251
Conclusiones	253
Intervención en el panel terrorismo, seguro y reaseguro	255
1. Noción de terrorismo	256
2. ¿Apoyo del Estado frente al riesgo de terrorismo?	257
3. Reaseguro	258
Reflexiones acerca del carácter internacional del derecho privado de seguros	261
1. Consideraciones previas.....	261
2. Consideraciones generales relativas a la determinación de ley y jurisdicción aplicable.....	263
Comentarios respecto del seguro y el reaseguro de la responsabilidad civil.....	291
1. Consideraciones	291
1.1. Responsabilidad civil.....	291
1.2. El reaseguro.....	312
2. Conclusiones	332
Pasado, presente y futuro del derecho de seguros en Colombia.....	339
1. Introducción.....	339
2. Antiguo régimen del derecho de seguros	340
3. Modernización de la actividad aseguradora	342
4. Constitucionalización de la actividad aseguradora.....	355
5. Futuro de la actividad aseguradora.....	364
A) Internacionalización de la actividad aseguradora	364

Avant propos

Il est toujours fort agréable à un universitaire de rédiger l'avant-propos d'un ouvrage réalisé par un prestigieux collègue, d'autant plus lorsque celui-ci enseigne dans une université géographiquement plutôt lointaine mais qui dispose d'une histoire comparable à celle dans laquelle on enseigne soi-même, en l'occurrence la Sorbonne, à Paris. Le professeur Alejandro Venegas a réuni certains de ses articles qui témoignent de sa parfaite connaissance de notre commune spécialité, le droit de l'assurance.

L'observation qui se dégage immédiatement de cet ensemble tient au très large spectre des matières qui y sont envisagées. Habituellement, un professeur de droit concentre son savoir sur le domaine du contrat d'assurance, et si cela est possible, de tous les contrats d'assurance, car il est déjà difficile de manier avec dextérité chacune des assurances de dommages et des assurances de personnes, tout en n'ignorant rien des règles générales. La proposition est ici vérifiée, car l'auteur analyse aussi bien le phénomène permanent qu'est la fraude, vice universel du monde de l'assurance, que les contrats qui ont pour objet la retraite des assurés, le risque de terrorisme ou encore la responsabilité civile. De façon plus large, l'assurance directe n'est pas la seule à être abordée, puisqu'à cette approche pourrait-on dire horizontale des contrats d'assurance s'ajoute les aspects verticaux, c'est-à-dire la réassurance. Il était alors inévitable -et cela est ici fait- de rappeler l'une des institutions caractéristiques de la réassurance: l'arbitrage.

Une originalité de l'ouvrage se discerne, sans nul doute, dans l'angle sous lequel l'assurance y est présentée. Les professeurs spécialisés dans ce domaine sont des juristes qui sont versés plutôt dans le droit privé que dans le droit public. Or, le Professeur Alejandro Venegas n'hésite pas à se pencher sur les

aspects qui relèvent de ce dernier : la constitutionnalisation du droit en est un exemple, assez rare dans la littérature juridique spécialisée. Assez rare? Au fond, de moins en moins, car sur ce point, on peut remarquer un mouvement comparable en France. Il est devenu possible à chaque justiciable, dans notre pays, de soutenir devant le juge que la loi qui devrait lui être appliquée n'est pas conforme à la Constitution française. Or, en une année, le droit de l'assurance a effectivement donné lieu à une dizaine de ce que l'on appelle la "question prioritaire de constitutionnalité". Ont ainsi été contestées des lois relatives à la prescription de l'action de l'assuré contre l'assureur, à l'assurance sur la vie, à l'assurance automobile, à l'assurance de responsabilité civile médicale, etc... alors même que les règles critiquées datent, pour certaines, de la loi du 13 juillet 1930!

Plus classique, mais tout aussi ardu, est le sujet du contrôle, de la supervision, et au-delà, du cadre réglementaire des activités des entreprises d'assurance. L'étude est devenue indispensable, tant l'encadrement de ces opérations est devenu nécessaire -comme l'a montré la récente crise financière. Or, l'intervention des autorités publiques n'a pas pour seule cible le bilan des entreprises d'assurance et de réassurance. A l'inverse des banques, ces entreprises sont soumises essentiellement à un risque de passif: seront-elles toujours et en tout lieu capables de faire face à leurs engagements envers les souscripteurs, les assurés et les bénéficiaires des contrats? Le cercle se referme alors: l'autorité de contrôle va examiner les contrats d'assurance afin de déterminer l'étendue des engagements, juridiques, il faut toujours y insister, puisque c'est de cette étendue que dépend la composition d'un actif qui permettra d'y faire face. On comprend ainsi aisément tout l'intérêt que représente cet ouvrage: les aspects purement juridiques ne sont pas les seuls à être exposés en tant que tels, ils sont très heureusement replacés dans le contexte plus large des activités financières de la Colombie. On soulignera, à cet égard, que l'auteur certes évoque la "dérégulation", mais en la rapprochant de l'ouverture de l'industrie colombienne des assurances. Contrôler plus étroitement les assureurs dans l'intérêt des assurés, tout en mettant en place une certaine dérégulation au niveau tant national qu'international, c'est ce que tentent de nombreux Etats, mais on conçoit aisément qu'il s'agisse, comme on le dit en France, de résoudre ainsi la «quadrature du cercle», même dans le cadre d'un système de libre-échange!

Finalement, on trouve dans l'ouvrage du Professeur Alejandro Venegas les éléments qui manifestent l'existence d'un Traité de droit des assurances: un tome est consacré aux acteurs, entreprises d'assurance, intermédiaires en assurance, et autorités de contrôle; un autre, au contrat d'assurance en général et aux diverses branches; le suivant s'aventure sur les chemins des relations internationales, et notamment celles liées dans le cadre de la réassurance, sans omettre les aspects procéduraux, et pour terminer, on couronne le tout par un volume qui réalise une synthèse: passé, présent et futur du droit des assurances en Colombie, bien entendu.

Nous cantonnant au présent et au futur, nous concluons par une –très facile– prospective: les profondes qualités de l'oeuvre du Professeur Alejandro Venegas la promettent à un véritable succès, amplement mérité.

26 mai 2011

Jérôme Kullman

Directeur de l'Institut d'Assurances de Paris,
Professeur à l'université Paris Dauphin

Prefacio*

Siempre es muy agradable para un universitario redactar el encabezado de una obra realizada por un colega prestigioso, más aún cuando éste enseña en una universidad distante geográficamente pero que posee una historia comparable a la de la universidad en la que uno enseña, como es en este caso la de la Sorbona en París. El profesor Alejandro Venegas reunió en esta obra algunos de sus artículos que dan fe de su perfecto conocimiento de nuestra especialidad común, el derecho de los seguros.

La observación que se desprende inmediatamente de este conjunto está ligada al muy amplio espectro de las materias allí previstas. Habitualmente, un profesor de derecho concentra su saber únicamente en el campo del contrato de seguro, y, de ser posible, de todos los contratos de seguros, porque, de hecho, ya resulta difícil manejar con destreza cada uno de los seguros de daños y de personas, sin ignorar nada de las reglas generales. Dicha proposición se prueba en esta obra, ya que el autor analiza tanto el fenómeno permanente que es el fraude, vicio universal del mundo de los seguros, como los contratos que tienen como objeto el retiro de los asegurados, el riesgo de terrorismo e incluso la responsabilidad civil. De manera más amplia, el seguro directo no es el único que se aborda, ya que a esta aproximación, podríamos decir, horizontal de los contratos de seguro, se añaden los aspectos verticales, es decir, el reaseguro. Resulta entonces inevitable –y así sucede en esta obra– recordar una de las instituciones características del reaseguro: el arbitraje.

Se aprecia sin ninguna duda una originalidad en la obra, en el ángulo bajo el cual se presenta el seguro. Los profesores especializados en este campo son

* Traducción realizada por Viviana Díaz Perilla, profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

juristas más versados en derecho privado que en derecho público. Ahora, el Profesor Alejandro Venegas no duda en examinar aspectos relacionados con este último: la constitucionalización del derecho es un ejemplo de ello: un ejemplo bastante raro en la literatura jurídica especializada. ¿Bastante raro? En el fondo, cada vez menos, ya que sobre este punto se observa un movimiento similar en Francia.

En nuestro país se ha hecho posible para los ciudadanos sostener delante del juez que la ley que debería serle aplicada es contraria a la Constitución francesa. Ahora bien, en un año, el derecho de los seguros ha dado efectivamente lugar a una decena de lo que nosotros llamamos la “cuestión prioritaria de constitucionalidad”. De este modo han sido puestas en tela de juicio las leyes relativas a la prescripción de la acción del asegurado contra el asegurador, al seguro de vida, al seguro de automóviles, al seguro de responsabilidad civil médica, etc., aún cuando las reglas criticadas datan, en algunos casos, de la ley del 13 de julio de 1930!

Más clásico, pero también arduo, es el tema del control, de la supervisión, y más allá, del marco reglamentario de las actividades de las empresas de seguros. Tanto su estudio como la limitación de sus operaciones se han hecho necesarios –como lo mostró la reciente crisis financiera. Ahora bien, la intervención de las autoridades públicas no tiene como único blanco el balance de las empresas de seguros y de reaseguros. Al contrario de los bancos, dichas empresas están sometidas esencialmente a un riesgo de pasivo: ¿serán ellas capaces de asumir siempre y en todo lugar sus compromisos con los suscriptores, los asegurados y los beneficiarios de los contratos? Entonces, el círculo se cierra: la autoridad de control va a examinar los contratos de seguro con la finalidad de determinar la extensión de los compromisos, jurídicos, siempre es necesario insistir sobre ello, ya que es de esta extensión que depende la composición de un activo que permitirá asumirlos. Así se comprende fácilmente todo el interés que comporta esta obra: los aspectos puramente jurídicos no son expuestos únicamente como tales, sino que de manera muy afortunada son puestos dentro del contexto más amplio de las actividades financieras de Colombia.

Debe subrayarse, desde este punto de vista, que el autor ciertamente evoca la “desregulación”, pero aproximándola a la apertura de la industria colombiana de los seguros. La tendencia de numerosos Estados es controlar

más estrechamente a los aseguradores buscando el interés de los asegurados, al tiempo que instalar una cierta desregulación tanto a nivel nacional como internacional, pero fácilmente comprendemos que se trata, como lo decimos en Francia, de resolver de esta manera la “cuadratura del círculo”, ¡incluso dentro del marco de un sistema de libre competencia!

Finalmente, en la obra del Profesor Alejandro Venegas se encuentran los elementos que manifiestan la existencia de un Tratado del derecho de los seguros: una parte, se dedica a los actores, empresas de seguros, intermediarios de seguros y autoridades de control; otra, al contrato de seguros en general y a las diversas ramas; de la misma forma, otro segmento se aventura en los caminos de las relaciones internacionales y, especialmente, las entabladas en el marco del reaseguro, sin omitir los aspectos procedimentales. Igualmente, se incluye una síntesis concluyente de la obra: pasado, presente y futuro del derecho de los seguros en Colombia, por supuesto.

Limitándonos al presente y al futuro, concluiremos con una muy fácil prospectiva: las profundas calidades de la obra del Profesor Alejandro Venegas le prometen un verdadero éxito, ampliamente merecido.

26 de mayo de 2011

Jérôme Kullman

Director del Instituto de Seguros de París,

Profesor de la Universidad París Dauphin



Se reúnen en esta nueva aportación científica de unas de las voces más serias y rigurosas del derecho del seguro colombiano aportes científicos tratados a lo largo de las últimas dos décadas. La hondura intelectual, el rigor científico, el conocimiento de la realidad aseguradora y su imbricación en el sistema financiero, la extraordinaria y solícita sagacidad jurídica del autor, doctor Venegas Franco, cobran todo su dinamismo en estos quince estudios profundos, rasgadores y reflexivos de quién es uno de los autores más reputados y prolíficos del derecho latinoamericano de los seguros.

Nada ha escapado de la atención del doctor Venegas, el jurista y académico atento y noble, comprometido y sobresaliente, que repasa, a lo largo de estas contribuciones de altísima calidad dogmática y científica, aspectos tan importantes para el seguro como la intermediación, la desregulación y la modernización del seguro, la internacionalización en un mundo cada vez más interdependientes, el fraude, el Tratado de Libre Comercio, la responsabilidad civil en su dimensión tanto nacional como reaseguradora internacionalmente, así como las tensiones constitucionales de la actividad, o temas tan impactantes como el terrorismo. Cierra el libro su contribución significativa y sagaz del pasado, presente y futuro de un área tan variante y a la vez interesante, como es el derecho de seguros. Un gran libro de presente pero, sobre todo, para el futuro del seguro, que invita a la reflexión, la investigación y el avance del derecho de los seguros.

Prof. Abel Veiga Copo
Facultad de Derecho de la Universidad de Comillas (España)

