

BOLETÍN JURÍDICO ACTUALIZACIÓN LEGAL Y NORMATIVA



El contenido del presente boletín jurídico fue seleccionado, compilado y dispuesto para sus destinatarios por la Gerencia Jurídica de la compañía, con especial participación de:

Nicolás Martínez Patiño – Senior Corporate Counsel – Gerente Jurídico
Xiomara Rozo Villamil - Corporate Counsel – Subgerente Jurídico
Juan Sebastián Godoy Ramírez – Abogado de la Gerencia Jurídica
Leonardo Ramírez Montoya – Abogado de la Gerencia Jurídica



CONTENIDO

PÁG

- 3 Entidades estatales no pueden aceptar garantías que no sean expedidas por instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- 3 Amparo de la póliza de estabilidad de la obra opera una vez la obra es recibida a satisfacción por la entidad contratante.
- 4 En demanda contractual, sala del Consejo de Estado revoca aparte de providencia que vinculó en calidad de litisconsortes necesarios de la parte actora a las aseguradoras.
- 4 Colombia compra eficiente indica las pólizas a contratar por las entidades estatales para la protección de bienes.
- 4 Por violaciones de datos personales, Superintendencia de Industria y Comercio ha impuesto sanciones por más de \$21 mil millones de pesos.
- 5 ¿Qué son las PEP y por qué las aseguradoras pueden exigir más requisitos para su protección?
- 5 Cámara de Representantes aprobó la ley de conglomerados financieros.

PÁG

- 6 Beneficiarios a título gratuito y beneficiarios a título oneroso en el seguro de vida, según la superintendencia financiera de Colombia.
- 6 Pólizas colectivas tomadas por parte de los establecimientos bancarios.
- 7 Cesionario de bases de datos personales es responsable de su tratamiento.
- 7 Senado de la República aprueba en último debate proyecto de ley que reduce el número de semanas mínimas de cotización exigidas a las mujeres para obtener su derecho a la pensión de vejez.
- 8 A través de Decreto, el ministerio de comercio amplía hasta enero de 2018 la inscripción de bases en el registro nacional de bases de datos.
- 8 A través de la Sentencia T-053 del 2017, la Corte Constitucional ratifica que la acción de tutela no es el mecanismo jurídico para obtener el pago de una indemnización derivado del contrato de seguro.
- 9 Conceptos del contrato de seguro, según la Corte Constitucional.
- 9 Definición del contrato de seguro.

PÁG

- 9 Principales Características del contrato de seguro.
- 9 ¿El contrato de seguro es de adhesión?
- 9 Deber de informar el estado real del riesgo por parte del tomador.
- 10 La buena fe en el contrato de seguro.
- 10 Diferenciación trascendente en contratos de seguros: el perjuicio causado por no recibir un bien o servicio, debe ser imputado al amparo de cumplimiento y no al de calidad.
- 10 “Suscripción de póliza de seguro no es requisito para firma de contratos de voluntades entre actores del sistema”: Ministerio de Salud.
- 11 “Ante bienes o servicios amparados se puede vincular a procesos de responsabilidad fiscal a compañías de seguros”: Contraloría.
- 11 Aseguradora no puede exigirle a entidad pública la declaración de caducidad del contrato como presupuesto para la ocurrencia del siniestro de incumplimiento.

PÁG

- 11 Si aseguradora demanda acto que declaró caducidad de contrato, contratista puede hacer parte del proceso como litisconsorte cuasinecesario.
- 12 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, explica el funcionamiento del seguro de cumplimiento.
- 12 Circular externa 08 del 31 de marzo de 2017.
- 13 La preexistencia no siempre es sinónimo de reticencia: Corte Constitucional.
- 14 Sarlaft, conocimiento del cliente, beneficiario real, personas públicamente expuestas.

ENTIDADES ESTATALES NO PUEDEN ACEPTAR GARANTÍAS QUE NO SEAN EXPEDIDAS POR INSTITUCIONES VIGILADAS POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

De acuerdo al concepto No. 4201713000001200 de Colombia Compra Eficiente, se indicó que la entidad estatal es autónoma para determinar la manera en que los oferentes acreditan los requisitos habilitantes en los casos en que nos es exigible el RUP, y en virtud de esta facultad puede aceptar certificaciones bancarias expedidas por bancos extranjeros, no obstante, las entidades estatales no pueden aceptar garantías que no sean expedidas por instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, pues la ley no permite que un proponente otorgue garantías adicionales para suplir el cumplimiento de los requisitos habilitantes, lo cual es aplicable a los

indicadores de capacidad financiera, exigidos por una entidad estatal en un proceso de contratación; para el efecto, Colombia Compra Eficiente sugiere incluir en los pliegos de condiciones modelos de certificados con los cuales los proponentes acrediten los requisitos habilitantes, el contrato de seguro contenido en una póliza sólo puede ser suscrito por compañías aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Financiera.

En consecuencia, no son contratos de seguro las fianzas u otros instrumentos expedidos por compañías de fianzas generales y demás entidades no sujetas a dicha inspección y vigilancia.

AMPARO DE LA PÓLIZA DE ESTABILIDAD DE LA OBRA OPERA UNA VEZ LA OBRA ES RECIBIDA A SATISFACCIÓN POR LA ENTIDAD CONTRATANTE.

De acuerdo a la sentencia del 9 de diciembre de 2016, correspondiente al proceso bajo el radicado No. 2005 – 2016 del Consejo de Estado, Sección

Primera, se indicó que “(...) el amparo de estabilidad de la obra es aquella cobertura destinada a indemnizar los perjuicios causados a la entidad contratante en virtud del incumplimiento por parte del contratista de la obligación de garantizar que “la obra realizada no se destruirá o amenazará ruina por vicio de construcción, o del suelo, o de los materiales, que el contratista ha debido conocer en razón de su profesión u oficio”.

Éste es un amparo post contractual, pues su vigencia sólo entra a operar una vez la obra ha sido recibida a satisfacción por la entidad contratante.

Bajo esa perspectiva, resultaría anti técnico e improcedente solicitar que este amparo esté activo durante el plazo contractual. La póliza se podrá hacer efectiva con cargo al amparo de estabilidad y calidad cuando la entidad contratante establezca que la obra presentó deterioros que impiden su uso adecuado, o que la misma ha perdido las condiciones de seguridad y firmeza de su estructura por causas imputables al contratista y no al simple deterioro causado por el paso del tiempo o por un inadecuado uso (...).”.



EN DEMANDA CONTRACTUAL, SALA DEL CONSEJO DE ESTADO REVOCA APARTE DE PROVIDENCIA QUE VINCULÓ EN CALIDAD DE LITISCONSORTES NECESARIOS DE LA PARTE ACTORA A LAS ASEGURADORAS.

Conforme a la sentencia No. 55409 del 21 de marzo de 2017, del Consejo de Estado Sección Tercera, Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, se determinó que la razón del juzgador de primera instancia para vincular a las aseguradoras como litisconsorte necesario de la parte actora en la demanda principal, se encuentra errónea, *“de manera que no existe una relación sustancial que determine que la relación jurídica deba resolverse de manera idéntica para todos – partes y aseguradoras –, toda vez que al existir una póliza de seguro del contrato de obra suscrito por las partes, implica que en caso de resultar la declaración del siniestro, se deberá responder por el valor que se deba cancelar por la entidad vencida o en su defecto tendrá que responsabilizarse de los perjuicios ocasionados, decisión que se determinará en la sentencia, si es que se acredita la relación jurídica que imponga ese deber”.*

“Ahora bien, el llamamiento en garantía permite hacer la citación en garantía para todos los casos en los que se evidencie una obligación contractual con el fin de que se garantice el reembolso del pago o la indemnización de perjuicios que resuelva la sentencia, resolviéndose la relación jurídica entre garante y garantizado en el mismo proceso, en virtud de lo preceptuado en el artículo 225 del CPACA. (...)”

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE INDICA LAS PÓLIZAS A CONTRATAR POR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA LA PROTECCIÓN DE BIENES.

A través del concepto No. 420171400001088 de Colombia Compra Eficiente, se indicó que las entidades estatales deben contratar pólizas de responsabilidad civil extracontractual para proteger sus bienes, bajo la modalidad de selección que estimen conveniente.

Adicionalmente, las entidades pueden contratar otro tipo de garantías de acuerdo a su necesidad, por ejemplo, pólizas que amparen a sus directivos de procesos judiciales, fiscales y otros.

POR VIOLACIONES DE DATOS PERSONALES, SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO HA IMPUESTO SANCIONES POR MÁS DE \$21 MIL MILLONES DE PESOS.

La Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control del régimen de protección de datos personales, ha impuesto multas que superan los \$21 mil millones de pesos.

En total, la Superintendencia ha impuesto más de 610 sanciones desde el 2010, cuando empezó a regir el régimen legal de protección de datos personales en Colombia.



Cerca del 80% de las sanciones impuestas por la Superintendencia se relacionan con violaciones del habeas data financiero por: (i) reportes a centrales de riesgo que no corresponden con la realidad; (ii) no actualización oportuna de información; (iii) por no avisar al deudor antes de hacer el reporte a las centrales de riesgo.

¿QUÉ SON LAS PEP Y POR QUÉ LAS ASEGURADORAS PUEDEN EXIGIR MÁS REQUISITOS PARA SU PROTECCIÓN?

A través del concepto No. 2017033031 del 3 de mayo de 2017, la Superintendencia Financiera de Colombia aclaró que el artículo 4.2.2.2.1.7 de la Circular Externa 29 del 2014, modificada por la Circular 55 del 2016, por la cual se expidieron instrucciones relativas al lavado de activos y financiación del terrorismo (LA/FT), incluyó el concepto de personas públicamente expuestas, el cual comprende las categorías de personas expuestas políticamente (PEP).

Según lo establecido en el Decreto 1674 del 2016, las PEP son representantes legales de organizaciones internacionales, quienes gozan de reconocimiento público y respecto de los cuales las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, como es el caso de las aseguradoras, deben prever requisitos más exigentes de vinculación y monitoreo, teniendo en cuenta que las funciones que desempeñan podrían exponer a un grado a la entidad al riesgo de LA/FT.

Así pues, además de los requerimientos que exige el instructivo en mención para la vinculación de las personas públicamente expuestas (dentro de que están las PEP), debe tenerse en cuenta algunos datos como, por ejemplo, la identificación de las personas con las que tengan sociedad conyugal o de hecho y de los familiares hasta el segundo

grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil y, en todo caso, las aseguradoras podrán exigir mayores requisitos para expedir las respectivas pólizas.

CÁMARA DE REPRESENTANTES APROBÓ LA LEY DE CONGLOMERADOS FINANCIEROS.

Con la aprobación del proyecto de ley en la Cámara de Representantes, éste pasa a conciliación y se espera que en agosto sea sancionado por el presidente de la República para regir desde febrero de 2018, cuando esté lista su reglamentación.

La Ley de Conglomerados Financieros empezaría a aplicarse en febrero del próximo año, una vez se cumplan los seis meses máximos de plazo que tienen por ley las autoridades correspondientes para

reglamentar la nueva norma.

La ley le da facultades a la Superintendencia Financiera, que antes no tenía, para ejercer el mismo poder de supervisión que tiene ahora con los bancos pero sobre los conglomerados a los que pertenecen.

El proyecto establece que un conglomerado financiero está conformado por dos o más entidades nacionales o extranjeras, con actividad vigilada por la Superintendencia Financiera, con la condición de que, por lo menos, una de esas entidades tenga radicada su operación en Colombia.

Además, define al holding financiero como un vehículo de inversión o persona jurídica con control sobre las entidades que conforman un conglomerado financiero. Esta figura también estará sujeta a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y en caso de incumplir la ley de conglomerados financieros, podrá ser sancionada por dicho ente de control.



BENEFICIARIOS A TÍTULO GRATUITO Y BENEFICIARIOS A TÍTULO ONEROSO EN EL SEGURO DE VIDA, SEGÚN LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.

La Superintendencia Financiera de Colombia a través del concepto No. 2017059589-001 del 22 de junio de 2017, indicó que dentro de los principios comunes a los seguros de personas, el Código de Comercio en su artículo 1141 se refiere al beneficiario a título gratuito como *"...aquél cuya designación tiene por causa la mera liberalidad del tomador"* señalando que *"...En los demás casos, el beneficiario será a título oneroso"*.

Así las cosas, si como se señala en su comunicación en dicho contrato el tomador asegurado, *"(...)" indica quiénes son los beneficiarios del mismo"*, en concordancia lo previsto en el numeral

3 del artículo 1047 del Código de Comercio, tales beneficiarios de acuerdo con el referido artículo 1141 del mismo ordenamiento se enmarcarían dentro de la categoría de beneficiarios a título gratuito y entendiendo con base en la misma expresión que es una designación específica de beneficiarios, sería a estos a quienes corresponda la indemnización a cargo del asegurador al producirse la muerte del asegurado.

Dicho pago por parte del asegurador se realizaría sin consideración alguna a la vocación hereditaria que pueda tener un hijo póstumo del asegurado o a los mismos sucesores de este, pues su obligación condicional se concreta al pago de la indemnización una vez acaecida su muerte a los beneficiarios del seguro por él designados, en tanto que los mismos acrediten su derecho según lo establecido por el artículo 1080 del señalado estatuto mercantil.

PÓLIZAS COLECTIVAS TOMADAS POR PARTE DE LOS ESTABLECIMIENTOS BANCARIOS.

A través del concepto No. 2017052169-001 del 5 de junio de 2017, la Superintendencia Financiera de Colombia indicó que los establecimientos bancarios no se encuentran autorizados para ser tomadores de pólizas colectivas por cuenta de sus clientes no deudores, pues solo resulta viable en la medida en que corresponda a una operación conexas a las propias de su objeto social, teniendo en cuenta el especial carácter de las actividades que éstos desarrollan.

De acuerdo con lo anterior, los establecimientos bancarios no se encuentran autorizados por la ley para la adquisición de pólizas colectivas por cuenta de sus clientes de modo general. Únicamente tienen capacidad jurídica para ello cuando hay interés asegurable en el riesgo objeto de cobertura o si la actividad desarrollada es conexas a sus



operaciones (por ejemplo, en los seguros de vida grupo deudores).

Así las cosas, la contratación que no se efectúe dentro de los anteriores presupuestos se traduce en el ofrecimiento o comercialización de seguros, que debe realizarse a través de los canales establecidos por la ley (los intermediarios de seguros o utilizando los canales de comercialización legalmente establecidos, contenidas en la Circular Externa 049 de 2015, o los corresponsales de las entidades aseguradoras de que trata el Decreto 034 de 2015, el cual modifica el Decreto 2555 de 2010).

CESIONARIO DE BASES DE DATOS PERSONALES ES RESPONSABLE DE SU TRATAMIENTO.

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) precisó que la cesión o transferencia nacional de dichos datos solo procede para la comunicación entre responsables y/o encargados ubicados dentro del territorio nacional con otro responsable.

El cesionario, es decir, quien recibe la base de datos, se considera responsable de su tratamiento a partir del momento en que se perfecciona la cesión.

Por lo tanto, el responsable, entendido como aquella persona natural o jurídica

pública o privada que decide sobre la base de datos y la forma de llevar a cabo su tratamiento determinando los medios empleados para el efecto, como ponerlos en circulación o usarlo de alguna manera o permitir su acceso, tiene, entre otras, la obligación de actualizar y rectificarla.

Por otra parte, reitera que los datos personales solo pueden suministrarse a: (i) el titular, sus causahabientes o representante legal, con el fin de garantizar el derecho fundamental de conocer dónde se encuentra la información; (ii) a las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones y (iii) a un tercero, previa autorización del titular o por la ley.

SENADO DE LA REPÚBLICA APRUEBA EN ÚLTIMO DEBATE PROYECTO DE LEY QUE REDUCE EL NÚMERO DE SEMANAS MÍNIMAS DE COTIZACIÓN EXIGIDAS A LAS MUJERES PARA OBTENER SU DERECHO A LA PENSIÓN DE VEJEZ

El pasado 14 de junio de 2017, la plenaria del Senado aprobó en último debate el Proyecto de Ley No. 206 de 2016 Senado y 49 de 2015 Cámara, "(...) por medio del cual se modifica el número de semanas por cotizar para acceder a la pensión por parte de las mujeres".

Así las cosas, y de acuerdo con el texto aprobado en la Comisión de Conciliación y que consta en el informe correspondiente, se modificará el numeral segundo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, reduciendo el número de semanas mínimas requeridas para que las

mujeres tengan derecho a la pensión de vejez, a un total de 1.150 semanas.

No obstante lo anterior, y de acuerdo con el párrafo segundo que se adicionará a la norma, el beneficio de pensionarse con las 1.150 semanas "(...) obrará exclusivamente en favor de las mujeres que cumplen con el requisito de garantía de pensión mínima. En todo caso, la suma de la pensión, rentas y remuneraciones de la afiliada y sus beneficiarios no superará los dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

En todo caso, el texto producto de la Comisión de Conciliación y aprobado por último debate en el Senado, está pendiente de sanción presidencial para convertirse en ley y tener plenos efectos, con posterioridad a su publicación en el diario oficial.





A TRAVÉS DE DECRETO, EL MINISTERIO DE COMERCIO AMPLÍA HASTA ENERO DE 2018 LA INSCRIPCIÓN DE BASES EN EL REGISTRO NACIONAL DE BASES DE DATOS.

A través del Decreto No. 1115 del 29 de junio de 2017, el Ministerio de Comercio amplió el plazo para que los responsables del tratamiento inscriban sus bases de datos, de acuerdo con las instrucciones que para el efecto imparte la Superintendencia de Industria y Comercio.

A TRAVÉS DE LA SENTENCIA T- 053 DEL 2017, LA CORTE CONSTITUCIONAL RATIFICA QUE LA ACCIÓN DE TUTELA NO ES EL MECANISMO JURÍDICO PARA OBTENER EL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN DERIVADO DEL CONTRATO DE SEGURO.

La Corte Constitucional a través de la sentencia T-053 de 2017, consideró que en las ocasiones en las que ha estudiado el tema de la procedencia de la acción constitucional para resolver controversias generadas por inconformidades respecto de las cláusulas contractuales pactadas, ha señalado que el amparo por vía de tutela solo es viable de manera excepcional, por cuanto se trata de una cuestión que recae sobre un acuerdo privado por lo que, en principio, los conflictos que de allí surgen deberían ser resueltos mediante acciones ordinarias de carácter civil, comercial o contencioso dependiendo la naturaleza del caso particular.

En ese sentido, de manera general, la

tutela resulta improcedente para dirimir asuntos cuyo eje se contraiga a una inconformidad contractual. Sin embargo, la excepción se presenta cuando con la situación se genere una afectación a las garantías fundamentales de un ciudadano o lo exponga a un perjuicio irremediable, oportunidad en la que el juez constitucional debe determinar la idoneidad y eficacia de los otros medios de defensa de cara a las circunstancias particulares que afronta la persona.

Así mismo, ha señalado esta Corte que cuando quien recurra a la tutela sea un sujeto de especial protección constitucional, le corresponde al juez analizar lo relativo al agotamiento de los recursos, mecanismos judiciales y la configuración de un perjuicio irremediable, de forma más flexible en atención a las especiales condiciones de estas personas, *“teniendo en cuenta que su capacidad para reaccionar (...) y defender sus derechos adecuadamente, se encuentra limitada”*.

Por tanto, es deber del juez de tutela realizar la verificación, de cara a las circunstancias particulares del caso, de que la persona se encuentra frente a un perjuicio irremediable de modo tal que solo sea posible obtener una protección efectiva por medio del mecanismo constitucional, debido a que los demás procedimientos no resultan idóneos.

CONCEPTOS DEL CONTRATO DE SEGURO, SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La Corte Constitucional a través de la sentencia T – 670 de 2016, abordó algunos conceptos del contrato de seguro conforme a pronunciamientos jurisprudenciales:

DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro surge con la finalidad principal de proteger los intereses particulares contra pérdidas provenientes de imprevistos. Si bien no existe definición legal de esta figura, la Corte Constitucional, retomando a su vez lo expuesto por la Sala de Casación Civil entiendo el contrato de seguro como aquel en virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina “prima”, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al “asegurado” los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta (...).”

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SEGURO

El artículo 1036 del Código de Comercio describe las principales características del contrato de seguro como consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. Las mismas han sido explicadas por esta Corporación de la siguiente forma:

“Es consensual, en la medida en que se perfecciona y nace con el sólo consentimiento, desde el momento en que se realiza el acuerdo de voluntades entre el asegurador y el tomador sobre los elementos esenciales del contrato de seguros. Es bilateral, por cuanto las partes se obligan reciprocamente. Genera obligaciones para las dos partes contratantes: para el tomador, la de pagar la prima, y para el asegurador, la de asumir el riesgo y, por ende, la de pagar la indemnización si llega a producirse el evento que la condiciona. Es oneroso porque es un contrato que reporta beneficio o utilidad para ambas partes. El gravamen a cargo del tomador es el del pago de la prima y el del asegurador es el pago de la prestación asegurada en caso de siniestro. Es aleatorio por cuanto en el contrato de seguros tanto el asegurado como el asegurador están sujetos a una contingencia que es la posible ocurrencia del siniestro. Es de ejecución sucesiva,

puesto que las obligaciones a cargo de los contratantes se van desarrollando continuamente hasta su terminación”

¿EL CONTRATO DE SEGURO ES DE ADHESIÓN?

La tipificación del contrato de seguro como un ejemplo paradigmático de un negocio de adhesión no es un tema enteramente pacífico al interior de la jurisprudencia constitucional. Mientras que una parte ha establecido de forma absoluta que se trata de un “contrato de adhesión, porque no hay discusión sobre el clausulado y condiciones entre las partes”, otra aproximación considera necesario examinar cada caso en particular, ya que es posible que en ocasiones ocurra una “verdadera negociación sobre las condiciones particulares del negocio jurídico, en estos casos mal podría decirse que una de las partes se ‘adhirió’”

En cualquier caso, la finalidad primordial de recurrir a esta denominación es la búsqueda del restablecimiento del equilibrio contractual por medio de unas reglas de interpretación favorables a la parte más débil en casos de ambigüedad o vacíos. Al respecto, el Código Civil prescribe que “las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

Este ideal de protección del consumidor financiero que se encuentra en situación de indefensión, mediante reglas hermenéuticas, ha sido acogido unánimemente por la jurisprudencia nacional.

DEBER DE INFORMAR EL ESTADO REAL DEL RIESGO POR PARTE DEL TOMADOR.

La Corte ha establecido que si bien es cierto sobre el tomador del seguro recae el deber de informar acerca de las circunstancias reales que determinan





la situación de riesgo, también lo es que corresponde a las aseguradoras dejar constancia de las preexistencias o de la exclusión de alguna cobertura al inicio del contrato, para evitar en un futuro ambigüedades en el texto del mismo, es más, se determinó que si no hubo una exclusión y no hay prueba de que se haya practicado un examen de ingreso “la carga de las preexistencias está en cabeza de la entidad aseguradora o de medicina prepagada y no del asegurado, constituyéndose en un imperativo jurídico que consten en el contrato”.

LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE SEGURO

Por vía jurisprudencial se ha afirmado que este es un contrato especial de buena fe, en el que las partes se sujetan al contrato con lealtad y honestidad. En este sentido, en sentencia T-086 de 2012, la Corte sostuvo que: “ambas partes en las afirmaciones relacionadas con el riesgo y las condiciones del contrato se sujetan a cierta lealtad y honestidad desde su celebración hasta la ejecución del mismo. De conformidad con lo dispuesto en el artículo

1058 del C.Co., el tomador o asegurado debe declarar con sinceridad los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, puesto que ello constituye la base de la contratación. En caso de presentarse reticencias e inexactitudes en la declaración que conocidas por el asegurador lo hubieran retraído de contratar, se produce la nulidad relativa del seguro. El asegurador también debe cumplir con el principio de buena fe evitando cláusulas que sean lesivas al asegurado, cumpliendo con la prestación asegurada a la ocurrencia del siniestro y comprometiéndose a declarar la inexactitud al momento en que la conozca y no esperar a la ocurrencia del siniestro para alegarla como una excepción al pago de la indemnización.”

De conformidad con lo anterior, el principio de la buena fe que ampara el contrato de seguro obliga a las partes a comportarse con honestidad y lealtad desde la celebración hasta que termine la vigencia del mismo, porque de ello depende la eficacia y cumplimiento de las cláusulas en el previstas.

DIFERENCIACIÓN TRASCENDENTE EN CONTRATOS DE SEGUROS: EL PERJUICIO CAUSADO POR NO RECIBIR UN BIEN O SERVICIO, DEBE SER IMPUTADO AL AMPARO DE CUMPLIMIENTO Y NO AL DE CALIDAD

El Consejo de Estado, Sección Tercera, a través de la sentencia 50254 del 22 de febrero de 2017, estableció lo siguiente:

“Para lo que aquí sí se discute se advierte que no puede confundirse el concepto de amparo de incumplimiento del contrato estatal con el de perjuicio, en su caso, derivado del incumplimiento. Tal como ha observado la Superintendencia Financiera de Colombia: (...). También es importante que se identifique y distinga el origen del perjuicio, puesto que –para los efectos de la póliza de seguros- corresponde separar la cuantificación del perjuicio amparado por la cobertura de incumplimiento del contrato, de aquella referida a la falta de calidad del bien o servicio entregado. La diferenciación resulta trascendente en casos como el presente, toda vez que el perjuicio causado por no recibir un bien o servicio, debe ser imputado al amparo de cumplimiento y no al de calidad”.

“SUSCRIPCIÓN DE PÓLIZA DE SEGURO NO ES REQUISITO PARA FIRMA DE CONTRATOS DE VOLUNTADES ENTRE ACTORES DEL SISTEMA”: MINISTERIO DE SALUD

A través del concepto No. 201711600434541 del 3 de marzo de 2017, el Ministerio de Salud indicó que “(...) Los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud deben acogerse



a los requisitos mínimos contenidos de contratación, que establecen que para el prestador de servicios de salud no se prevé la suscripción de pólizas. Vale la pena señalar que la contratación entre EPS e IPS se rige por el derecho privado, por lo que no le son aplicables las normas previstas en la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, razón por la que no habría obligatoriedad de incluir las pólizas de cumplimiento a que alude el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.”

Por lo anterior, el Ministerio de Salud concluyó que sería objeto de discusión entre la Entidad Promotora de Salud y la Institución Prestadora de Servicios de Salud, la suscripción o no de pólizas, teniendo en cuenta que el Decreto 780 de 2016, no establece que estas sean requisito para que se pueda llevar a cabo la suscripción de contratos y/ o acuerdos de voluntades entre los actores del sistema.

“ANTE BIENES O SERVICIOS AMPARADOS SE PUEDE VINCULAR A PROCESOS DE RESPONSABILIDAD FISCAL A COMPAÑÍAS DE SEGUROS”: CONTRALORÍA

La Contraloría General de la Nación, a través del concepto No. SGD 31-03-2017, determinó que la responsabilidad fiscal

se estructura sobre tres elementos, es decir, el daño patrimonial al Estado, una conducta dolosa o culposa atribuible a la persona que realiza gestión fiscal y un nexo causal entre el daño y la conducta.

La responsabilidad fiscal surge cuando el daño al patrimonio del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado, puesto que, el objeto de las garantías lo es la protección del interés general, en la medida en que permiten resarcir el detrimento patrimonial que se ocasione al patrimonio público por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el contratista, por la actuación del servidor público encargado de la gestión fiscal, por el deterioro o pérdida del bien objeto de protección o por hechos que comprometan su responsabilidad patrimonial frente a terceros.

ASEGURADORA NO PUEDE EXIGIRLE A ENTIDAD PÚBLICA LA DECLARACIÓN DE CADUCIDAD DEL CONTRATO COMO PRESUPUESTO PARA LA OCURRENCIA DEL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO

Conforme a la sentencia No. 36.647 de noviembre de 2016 del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, se determinó que el IDEMA sí podía reclamar el pago de la póliza por el siniestro de incumplimiento del contratista en varios contratos de trueque de arroz, pues “respecto de los argumentos de defensa de la aseguradora debe señalarse que el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, de aceptarse que es aplicable al presente asunto, no impone la declaratoria de caducidad como presupuesto para demandar el incumplimiento, antes por el contrario, le permite a la entidad estatal que de encontrarse configurados los supuestos para caducar el contrato, se pueda abstener de declararla, siempre y cuando adopte las medidas correctivas del caso; además, la cuantificación del incumplimiento quedó demostrada”.

SI ASEGURADORA DEMANDA ACTO QUE DECLARÓ CADUCIDAD DE CONTRATO, CONTRATISTA PUEDE HACER PARTE DEL PROCESO COMO LITISCONORTE CUASINECESARIO

“La Sala ha tenido la oportunidad de referirse a la relación jurídica existente entre el contratista y la compañía aseguradora que expide la póliza que constituye la garantía única de su cumplimiento en un contrato estatal, cuando se pretende la

nulidad del acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro y la hace efectiva; y se ha concluido que no puede encuadrarse ni en el litisconsorcio facultativo ni en el necesario, en la medida en que el vínculo jurídico que hay entre ambos hace que en efecto la decisión que se tome en el sentido de sacar o no de la vida jurídica el acto administrativo tendrá el mismo efecto para ambos, pero ello no quiere decir que deban los dos concurrir al proceso para su validez, con lo que se estaría hablando de un litisconsorcio cuasinecesario".

Por lo tanto, La Corporación consideró procedente la impugnación de algunos de los demandantes, quienes alegaban que estaban legitimados por activa para demandar a XXX por la declaratoria de caducidad que le realizó a un contrato, demanda que fue impetrada por la aseguradora del contrato caducado, toda vez que lo hacían en calidad de representante legal de la Unión Temporal contratista y uno de los miembros de dicha Unión, tesis que acogió La Sala ya que "al ostentar el consorcio y el señor Roger Alonso Valderrama las mismas facultades que Liberty Seguros S.A., estos pudieron impetrar la demanda autónoma que efectivamente radicaron en este mismo proceso el 15 de abril de 2013. Conforme a ello y por tratarse de pretensiones independientes, la Sala estima que debió efectuarse, por parte del Tribunal, el control de admisibilidad del libelo propuesto por los litisconsortes cuasinecesarios al momento

de aceptar su intervención -auto del 25 de abril de 2013 (f-4033-4034, c. 1)-, y no en el instante de resolver sobre el desistimiento del proceso, como efectivamente se hizo por parte del juzgador de primera instancia en la providencia objeto del recurso de alzada".

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL, EXPLICA EL FUNCIONAMIENTO DEL SEGURO DE CUMPLIMIENTO.

Una controversia suscitada en torno a la eficacia de un contrato de seguro de cumplimiento, por la presunta inexistencia del riesgo asegurable, sirvió de escenario para que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia explicara el alcance de esta forma contractual especial, prevista desde la Ley 225 de 1938, que continuó vigente con la expedición del Código de Comercio.

Justamente, explicó que tiene por objeto servir de garantía a los acreedores respecto de las obligaciones contraídas por virtud de un contrato o la ley.

La parte aseguradora, por su parte, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de los deberes pactados.

En el seguro, se garantiza el cumplimiento de una obligación, para que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador tome a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación amparada.

Consecuentemente con su naturaleza, y con el fin que está llamado a cumplir, en tal modalidad contractual el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico: que el riesgo que envuelve el convenio quede garantizado.

Tratándose, entonces, de una variante de los seguros de daños, sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del Código de Comercio, la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada.

Corte Suprema de Justicia Sala Civil, Sentencia SC-46592017 (11001310302319960242201), Abr. 3/17.

CIRCULAR EXTERNA 08 DEL 31 DE MARZO DE 2017.

La Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) modificó la Circular Básica Jurídica No. 029 de 2014, respecto del Sistema de Atención a los Consumidores Financieros en situación de discapacidad.

Por lo anterior, la SFC impartió las siguientes instrucciones:

PRIMERA: Modificar el contenido del numeral 1 del Capítulo II, Título III de la Parte I de la Circular Básica Jurídica, respecto de las medidas que deben adoptar las entidades en sus Sistemas



de Atención al Consumidor Financiero (SAC) en relación a los consumidores financieros en situación de discapacidad.

SEGUNDA: Las instrucciones contenidas en la presente circular entrarán en vigencia a partir del 1 de noviembre de 2017.

LA PREEXISTENCIA NO SIEMPRE ES SINÓNIMO DE RETICENCIA: CORTE CONSTITUCIONAL.

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, al analizar el seguro de vida grupo deudores, afirmó que quienes deben probar la reticencia son las aseguradoras, es decir, comprobar que el tomador actuó de mala fe al momento de suscribir el contrato de seguro.

En cuanto a las preexistencias, aseguró que las compañías de seguros actúan negligentemente si no realizan los exámenes médicos o exigen la entrega de unos recientes, para así verificar el verdadero estado de salud del asegurado.

Según la Corte Constitucional, a pesar de existir enfermedades previas a la celebración del contrato, ello no implica reticencia, porque el deber de buena fe

estaría en cabeza, más intensamente, de la compañía de seguros.

En ese orden de ideas, sostuvo que si el artículo 1058 del Código de Comercio obliga al asegurado a declarar sinceramente, es claro que la preexistencia no siempre es sinónimo de reticencia. En efecto, esta última implica mala fe en la conducta del tomador del seguro, mientras que la segunda es un hecho objetivo.

De acuerdo con el pronunciamiento, el principio de la buena fe en el contrato de seguros se predica con mayor exigencia de las dos partes, es decir, tanto del tomador como del asegurador, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de adhesión, lo que significa que al momento de la suscripción la aseguradora tiene la carga de consignar en el texto de la póliza, de manera clara y expresa, las exclusiones o preexistencias.

Sin embargo, la sentencia aclara que lo anterior no puede ser excusa para que un tomador- beneficiario solicite el reconocimiento de una póliza de seguro declarada nula en virtud de su mala fe.

Justamente, la Corte Constitucional realizando un análisis de la normatividad, considera que no son aceptables las prácticas arbitrarias de las aseguradoras como de las del resto de extremos

contractuales.

A modo de ejemplo, explicó que si se demuestra que el tomador de la póliza conocía de antemano la existencia y gravedad de una enfermedad al momento de celebrar el contrato, este podrá ser declarado nulo, debido a la reticencia.

Cosa distinta es el caso de que el beneficiario manifieste los síntomas de su enfermedad o que estos se encuentren en la historia clínica y la aseguradora, dentro de los límites razonables, no indague sobre su gravedad.

Como resultado de lo anteriormente expuesto, se entiende que cuando un tomador-beneficiario, de buena fe, manifiesta estar en óptimas condiciones genera la seguridad de estar cubierto ante cualquier siniestro, en los términos del contrato.

En este sentido, se puede entender que la entidad aseguradora atenta contra el régimen constitucional y legal aplicable cuando súbitamente desconoce la reclamación de un siniestro alegando la existencia de síntomas que el beneficiario no conocía o que no fueron expresamente excluidos del amparo por la omisión y negligencia de aquella (M. P. Jorge Iván Palacio).

Corte Constitucional, Sentencia T-670, Nov. 30/16.





SARLAFT, CONOCIMIENTO DEL CLIENTE, BENEFICIARIO REAL, PERSONAS PÚBLICAMENTE EXPUESTAS.

En los procesos de actualización de los clientes de la entidad vigilada, así se hayan celebrado los contratos antes de la vigencia de Circular Externa 055 de 2016, se exige la información referente a Beneficiario Final y Personas Públicamente Expuestas, en razón a que se trata de normas de orden público, cuya aplicación debe preferirse a aquellas que es tuvieron vigentes al momento de la

contratación. Luego, no es dable concluir que la referida Circular solamente se aplica para clientes nuevos con los que se tengan relación contractual después de la fecha de entrada de vigencia de la mencionada Circular Externa.

Concepto 2017029435-001 del 11 de abril de 2017.

Para más información contacte a:

NICOLÁS MARTÍNEZ PATIÑO

Senior Corporate Counsel

Gerente Jurídico

Tel: +57 (1) 423 53 81

Email: nicolas.martinez@marsh.com

XIOMARA ROZO VILLAMIL

Corporate Counsel

Subgerente Jurídico

Tel: +57 (1) 423 53 36

Email: xiomara.rozo@marsh.com

MARSH ES UNA DE LA COMPAÑIAS DE MARSH & MCLENNAN, JUNTO CON GUY CARPENTER, MERCER Y OLIVER WYMAN.

Este boletín jurídico ha sido diseñado y preparado por Delima Marsh S.A. para sus clientes. La información y materiales que hacen parte de su contenido bajo ninguna circunstancia tienen por objeto emitir una opinión o recomendación legal o prestar una asesoría jurídica; no sustituye la consulta a un profesional en Derecho ni debe interpretarse como tal. Tampoco pretende abordar todos los temas jurídicos de manera exhaustiva sino brindar información que se considera de interés para los clientes de Delima Marsh S.A.

Copyright © 2016 Marsh LLC. Todos los derechos reservados.
