

APROXIMACION AL COASEGURO LA UNION TEMPORAL Y EL CONSORCIO

DEYANIRA MARTINEZ VILLALBA

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTA, 2011

RESUMEN

El Coaseguro no es conocido ampliamente en Colombia por quienes contratan con los aseguradores, sobre todo cuando se trata de pólizas con valores que no son significativos; se desconoce su estructura y alcance, es decir no se tiene claro la inexistencia de la solidaridad entre los aseguradores que asumen el riesgo.

Respecto a la unión temporal y al consorcio, regulados por la Ley 80 de 1993, se estableció claramente la solidaridad respecto del cumplimiento del objeto social, la diferencia básica radica en la aplicación de las sanciones; mientras que en el consorcio se aplican a todos por igual, en la unión temporal se aplica al que incumplió y en la proporción de su participación.

En este ensayo se pretende ahondar en la problemática de la falta de solidaridad en el coaseguro, haciéndolo desventajoso e inequitativo respecto del consorcio y la unión temporal con relación al beneficiario.

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
Introducción	4
1. El Coaseguro.....	5
2. Unión Temporal y Consorcio.....	9
3. Conclusión	13
4. Bibliografía.....	15

INTRODUCCION

El seguro como instrumento de protección día a día cobra vital importancia, por ello es preciso tener claridad sobre el alcance de su contratación, así en primera instancia es oportuno observar sus elementos esenciales, los cuales se señalan en el artículo¹ 1045 del Código de Comercio, y que son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador.

Tratándose de la modalidad de coaseguro, es importante entonces, determinar cómo opera el riesgo asegurable, el pago de la prima y la obligación del asegurador, ¿se debe pagar la prima a uno o a todos los coaseguradores? ¿Hasta dónde va la responsabilidad de todos y de cada uno de los coaseguradores?, se le debe demostrar el perjuicio a todos?

Así mismo es oportuno aproximarnos al escenario de la unión temporal y el consorcio entre las compañías de seguro, para determinar en qué ámbito nos encontramos al momento de su contratación y en la hora del siniestro.

¹ Código de Comercio, 4 Edición, Bogotá, Editorial Legis, Enero 3 de 2010

1. EL COASEGURO

En el mundo asegurador la dispersión o distribución del riesgo, es una práctica que se utiliza para compartir el riesgo, es decir que no se asume la totalidad de éste por un asegurador, esto con el fin de protegerse en caso de siniestro, para no poner en riesgo su capacidad financiera, evitando pérdidas de grandes magnitudes e incluso la quiebra; manteniendo así un volumen aceptable de riesgos y la disponibilidad de pago en caso de la realización del riesgo asegurado. Como tal la dispersión del riesgo se lleva a cabo a través de las figuras del Reaseguro y el Coaseguro.

El Reaseguro es un contrato por medio del cual un asegurador transfiere o cede, de acuerdo con su capacidad o límite tolerable² y conveniencia, parcial o totalmente a un reasegurador un determinado riesgo, lo cual determina al igual un pago de prima o valor del reaseguro que es pagado por el asegurador, Coloquialmente se define como el seguro del asegurador.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentra regulado en el Código de Comercio Sección V, en el artículo 1134 señalando en primera instancia las partes intervinientes y la responsabilidad que recae sobre el reasegurador al establecer “ En virtud del contrato de reaseguro el reasegurador contrae con el asegurador directo las mismas obligaciones que éste ha contraído con el tomador o asegurado y comparte análoga suerte en el desarrollo del contrato de seguro, salvo que se compruebe la mala fe del asegurador, en cuyo caso el contrato de reaseguro no surtirá efecto alguno.

La responsabilidad del reasegurador no cesará, en ningún caso, con anterioridad a los términos de prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”

No obstante el contrato de reaseguro es independiente del seguro como tal y su contratación, terminación y definición no influye sobre éste, así tampoco le es

² Decreto 2271 de 1993 y Decreto 2555 de 2010 Capítulo 3 Límites máximos de retención sobre los riesgos que sume las Entidades Aseguradoras.

viable al asegurado acudir a la acción directa contra el reasegurador (artículo 1135 del Co. Co.).

Asimismo en el artículo 1080 queda expresamente establecido que en caso de la ocurrencia de un siniestro, el contrato suscrito entre el tomador y el asegurador no podrá diferirse a pretexto del contrato de reaseguro, es decir que el asegurador debe proceder con la definición de la reclamación de acuerdo con los términos del contrato de seguro y por ningún motivo podrá excusarse de hacerlo aludiendo por ejemplo que el reasegurador no ha efectuado el pago o que se debe aportar algún documento que requiere el reasegurador, pues como ya se observó son dos contratos independientes.

El coaseguro por su parte es un acuerdo que suscriben dos o más compañías de seguro entre sí, para proteger un mismo riesgo en forma simultánea, limitando su participación a un porcentaje o proporción previamente establecido, converge entonces en esta figura un mismo riesgo, un solo tomador, varias aseguradoras, un lapso determinado, y un solo clausulado, adicionalmente para su validez se requiere solicitud o aquiescencia del tomador.

En nuestra normatividad el coaseguro se define en el artículo 1095 del Código de Comercio el cual establece que: *“Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro”*.

La superintendencia Financiera se ha referido al artículo precedente³ señalando que “...No obstante, en materia de la responsabilidad, en tanto que en el consorcio ésta es de carácter solidario, en el coaseguro, por aplicación del artículo 1092, cada asegurador responde en proporción al riesgo que asume en el contrato...” (Subrayado ajeno al texto)

Se colige de la norma transcrita que para que se constituya el acuerdo de coaseguro debe éste darse a petición del asegurado o mediante su aceptación.

³ Concepto 2008062500-001 del 30 de octubre de 2008

La solidaridad de acuerdo con lo esbozado por la Superintendencia Financiera es ajena por lo tanto a este acuerdo de aseguradores, habida cuenta de la limitación de la responsabilidad al momento de la ocurrencia del siniestro al porcentaje pactado desde el inicio del contrato.

Al respecto ha manifestado el Doctor J. Efrén Ossa Gómez por voluntad del asegurado “(...) porque desea hacer partícipes del seguro a dos o más aseguradores. O coadyuvar la distribución técnica del riesgo. O proveer, mediante un seguro adicional con otro asegurador, a la protección de un incremento sobreviniente de sus interés asegurable (...)”⁴, es claro entonces que la adquiensencia del tomador debe estar presente en la constitución del coaseguro bajo un mismo clausulado.

La usanza en Colombia en el medio de seguros, entre las compañías que integran el coaseguro, es en primer término un acuerdo entre ellas con el fin de atomizar o distribuirse un determinado riesgo, nombrando una compañía líder quien es la encargada de expedir la póliza de acuerdo con sus condicionados; se determina entonces el coaseguro cedido, que se da de la compañía líder respecto a las otras compañías que forman parte del contrato, y el coaseguro aceptado que se da de éstas respecto a la primera.

Esta iniciativa de las aseguradoras de unirse para cubrir proporcionalmente un riesgo, generalmente no trasciende al tomador del seguro con la transparencia de lo que la misma implica, pues si bien es cierto que éste aceptó tácitamente este acuerdo haciéndolo válido, desconoce su trámite y consecuencias.

Lo usual es que se reclame ante la Compañía líder la totalidad del daño, ésta define la reclamación pagando el siniestro, si no media causal de inoperancia, recobrando a las aseguradoras coaseguradas el porcentaje pactado y en la forma que han establecido previamente.

⁴ Teoría General del Seguro. El Contrato, segunda edición actualizada. Editorial Temis, Bogotá, 1991

En estricto sentido y teniendo en cuenta que no existe solidaridad y que cada aseguradora es autónoma, se debería pagar a cada una de ellas el valor de la prima que le corresponde de acuerdo con su participación, asimismo en caso de la ocurrencia de un siniestro, debería efectuarse la reclamación a cada una de las aseguradoras coaseguradas, aportando para su perfeccionamiento los documentos pertinentes.

En este orden de ideas, debiera entonces cuando se presente Coaseguro expedirse un documento en el cual se establezca el pacto de coaseguro su alcance en término de cobertura y exclusiones, la forma en que cada una responderá en caso de siniestro y si alguno tiene la facultad de obrar en nombre de uno o todos los Coaseguradoras, como se debe efectuar el pago de la prima, y como operaría la subrogación en el evento en que una Aseguradora asuma el pago total del siniestro y que sea firmado por los coaseguradoras y primordialmente por el tomador del seguro, de suerte tal que se evidencie la aquiescencia de quien toma el seguro y se somete al acuerdo de coaseguro; pues como se encuentra dada la norma estudiada, genera vacios jurídicos que deben ser subsanados en pro de la parte débil de la relación jurídica.

Los inconvenientes se presentan con la realización del riesgo asegurado denominado siniestro, pues existen innumerables vacios respecto de su trámite y definición, pues no se cuenta con un documento suscrito entre las partes en el cual se describa el procedimiento a seguir tanto en la suscripción como en el siniestro, así las cosas y actuando bajo el principio de la autonomía cada compañía define bajo la interpretación de las normas pertinentes el pago o la objeción del porcentaje que le corresponde, puede presentarse incluso la objeción por no pago de la prima del porcentaje asumido como coaseguro aceptado, pues la líder no procedió en su momento con el pago correspondiente, habiendo ella recibido la totalidad del pago, o porque si bien la tiene, se interpreta de manera diferente.

2. UNION TEMPORAL Y CONSORCIO

La unión temporal y el consorcio por Ministerio de la Ley están definidas claramente; refiriéndose al Consorcio estableció que: *“Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman”*⁵.

Al referirse la Ley a la unión temporal indicó que: *“Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal. (subrayado ajeno al texto)*

En el párrafo señala que *“...Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará el consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad”*.

La facultad que expresa la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, hace que las Compañías de Seguro puedan licitar en contrataciones estatales, entre otras por medio de las figuras del consorcio y de la unión temporal.

Para este efecto es importante abordar el tema de la retención neta máxima de las aseguradoras, por ello es la Ley, quien define expresamente que *“Las entidades aseguradoras y reaseguradoras no podrán asumir en un solo riesgo una retención neta que exceda del diez por ciento (10%) de su patrimonio técnico*

⁵ Ley 80 de 1993 artículo 7º

correspondiente al trimestre inmediatamente anterior a aquel en el cual se efectúa la operación....”⁶, la Superintendencia Financiera⁷ es la encargada de vigilar que las aseguradoras cumplan con este requisito y todos los provenientes de sus actividad.

Como corolario de lo anterior, podemos inferir que tanto en el consorcio como en la unión temporal sus miembros responden solidariamente en el cumplimiento del contrato, básicamente la diferencia radica en la imposición de sanciones provenientes del incumplimiento del objeto del contrato, así pues quienes forman parte del consorcio serán sancionados todos por igual, mientras que, cuando se trata de la unión temporal serán sancionados de conformidad con su participación; respecto de la implicación en el contrato de seguros, como el cumplimiento del contrato es el pago del siniestro es intrascendente.

Ahora bien, tratándose de la ocurrencia de un siniestro, es oportuno analizar cuál es el comportamiento de cada uno de ellos, y cuál es su fundamento legal; como ya lo vimos en la figura del coaseguro no hay solidaridad, porque así lo ha inferido la ley, pero que pasa en el consorcio y en la unión temporal, hay o no solidaridad, y si no lo hay cual es el aspecto diferenciador entre uno y otro; para dilucidar este aspecto debemos remitirnos nuevamente a la Ley 80 de 1993, en su artículo 7º cuando refiere que “respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato” , entonces por expreso mandamiento de la ley hay solidaridad en el consorcio, es decir que en la ocurrencia del siniestro, se puede exigir el cumplimiento a todas o a una aseguradora para que responda por el pago del siniestro, sin perjuicio de la acción de repetición de la que paga, contra las demás que no lo hacen, pues cada uno actúa como deudor principal, así lo ha conceptuado la Superintendencia Financiera en su concepto No. 2001028012 del 27 de abril de 2001.

En la unión temporal, como se anotó anteriormente, respecto de las sanciones se responde de acuerdo con la participación, y respecto del siniestro se responde solidariamente, así lo ha expresado el Dr. Bautista⁸, cuando manifestó:

⁶ Decreto 2271 de 1993 y Decreto 2555 de 2010 Capítulo 3 Límites máximos de retención sobre los riesgos que asume las Entidades Aseguradoras

⁷ Estatuto Orgánico del sistema financiera, artículo 38

⁸ Bautista Moller Pedro José. Licitaciones, Contratos y Sanciones. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá 1999, páginas 29,30 y 32.

“La solidaridad, referida a los compromisos adquiridos por dos o más personas, significa que la obligación se manifestará cumplida o incumplida en relación con el consorcio, no teniendo cabida la parcelación o individualización de las responsabilidades, salvo para la aplicación de pronunciamientos sancionatorios en el caso de las uniones temporales...Por ficción de la ley los consorciados constituyen una unidad ante la entidad contratante, de tal suerte que lo ejecutado por uno de ellos reporta beneficios o aprovecha a todos los consorciados por igual, en la misma forma que las omisiones y ejecuciones deficientes o extemporáneas les producirá perjuicio. A título de ejemplo, la ejecución defectuosa, incompleta o inadecuada del objeto contractual habilita a la entidad contratante para exigir a uno o a todos la reparación o repetición de la parte deficiente, según el caso, o a la ejecución de lo que falte...”
(...)

“...todo lo expuesto anteriormente de los consorcios es aplicable a las uniones temporales, excepto la obligación de señalar los términos y extensión de la participación en la propuesta y su ejecución que tiene por objeto poder determinar e individualizar las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato, las cuales se aplican de acuerdo con la participación de cada uno de los miembros de la unión temporal”(subrayado ajeno al texto).

Otro aspecto a tener en cuenta es el esbozado por la Superintendencia Financiera⁹ refiriéndose a la participación de aseguradoras bajo las figuras de consorcio y unión temporal para contratar con el Estado, aludiendo que para ello cada asegurador deberá contar con la capacidad jurídica individualmente contemplada.

Lo anterior aunado al principio de solidaridad que conlleva el cumplimiento del contrato, cada asegurador deberá tener previamente aprobado y autorizado el ramo o ramos de seguro que sean objeto del contrato, so pena de las sanciones y multas que le imponga el ente vigilador al proceder con el reconocimiento de un siniestro de un ramo no autorizado, adicionalmente la Superintendencia Financiera¹⁰, en ejercicio de las funciones a ella otorgadas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, califica ésta situación como practica insegura y no autorizada.

⁹ Concepto Superintendencia Financiera emitido respuesta radicado 2011010697-001

¹⁰ Estatuto Orgánico del sistema Financiero Capítulo II

El anterior concepto, es oportuno, habida cuenta que por analogía se aplicaría también a la figura del coaseguro, donde las aseguradoras que utilizan esta práctica también deben cumplir con la obligatoriedad de la aprobación previa del ramo o ramos base de este acuerdo.

3. CONCLUSION

Así las cosas , es claro que la Ley ha determinado que no existe solidaridad en el Coaseguro, sería importante de cara al común de los tomadores y de los asegurados que se ahondara en la problemática y que se instruyera claramente respecto de la responsabilidad del asegurador, pues como ya lo vimos, el tomador en la mayoría de los casos, no conoce profundamente las consecuencias cuando su póliza es expedida por coaseguro, ni conoce su significado y aún menos su alcance, no es suficiente que se esboce en la carátula de la póliza, sería importante que se explicara en la póliza o mediante anexo, además de que es un coaseguro, el nombre de las aseguradoras que forman parte su porcentaje, el trámite para el pago de la prima, para la reclamación del siniestro si lo hubiere, y dejar claro que la responsabilidad se limita al porcentaje de participación, firmando el tomador de la póliza, para que así realmente se cuente con la aquiescencia y conocimiento de éste.

Respecto al consorcio y la unión temporal, de acuerdo con el análisis efectuado, hay solidaridad para el cumplimiento y objeto del contrato, la solidaridad es definida por el tratadista Ospina Fernández Guillermo, en su obra Régimen General de las Obligaciones –Editorial Temis 1976 como “... es una modalidad que impide la división normal de las obligaciones subjetivamente complejas cuyo objeto sea naturalmente divisible, haciendo que cada acreedor o cada deudor lo sea respecto a la totalidad de la prestación (insolidum). De manera que obligaciones solidarias son aquellas que, a pesar de tener objeto divisible y pluralidad de sujetos, colocan a cada deudor en la necesidad de pagar la totalidad del crédito...”

Ahora bien, para contratar con el Estado las aseguradoras pueden presentarse a través de las figura de consorcio o unión temporal, pero al hacerlo son solidarias, no así cuando se unen en Coaseguro, pues en este escenario cada una responde en proporción a su participación, situación que es desventajosa para quien contrata mediante coaseguro, quien en la ocurrencia del siniestro deberá entenderse por separado con cada asegurador.

Otro aspecto es el relacionado con la retención de neta de las aseguradoras en un solo riesgo el cual no puede exceder del 10% de su patrimonio técnico¹¹, respecto a la unión temporal y consorcio, al existir solidaridad, y como antes se anotó un

¹¹ Decreto 2271 de 1993 y Decreto 2555 de 2010

asegurador puede responder por la totalidad de la obligación, solo podrá participar en consorcios o uniones temporales si el 10% de su patrimonio alcanza para absorber su retención más el 100% de la participación de los consorciados o participantes en la unión temporal, ya que sus contratos de reaseguro solo protegen los riesgos por ella asumidos.

Con relación al coaseguro, como está dispuesto por la Ley, no hay solidaridad por lo que cada uno responde por su participación; no obstante en la propuesta de que se estableciera por ley la solidaridad en el coaseguro, para beneficio y tranquilidad del tomador, este se debería instaurarse, en las mismas condiciones y bajo las mismas reglas que expresa la ley 80 de 1993, para las figuras del consorcio y la unión temporal respecto de la solidaridad con relación al cumplimiento del contrato, en cuyo caso se podría exigir judicial o extra judicialmente el cumplimiento de la totalidad del contrato a uno o a todos los coaseguradores, máxime si como opera en la actualidad se lleva a cabo por acuerdo entre los aseguradores; así las cosas cada uno de ellos y cumpliendo con la norma, retendrá máximo el 10% de su patrimonio técnico por su participación y el 100% de las participaciones de los otros partícipes del coaseguro, reasegurando el resto.

BIBLIOGRAFIA

BAUTISTA MOLLER, Pedro José. Licitaciones, Contratos y Sanciones. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá: 1999. 29,30 y 32p

Código de Comercio, 4 ED. Bogotá: Legis. 2010

Decreto 92 de 1998

Decreto 2271 de 1993

Decreto 2555 de 2010

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero

Ley 80 de 1993

OSSA, Efrén. Teoría General del Seguro. Bogotá: Temis, 1991.

Superintendencia Financiera, concepto 2001028012

Superintendencia Financiera, concepto 2008062500-001

Superintendencia Financiera, concepto 2011010697-001

UNIVERSIDAD DE LA SABANA
INSTITUTO DE POSTGRADOS- FORUM
RESUMEN ANALÍTICO DE INVESTIGACIÓN (R.A.I)

ORIENTACIONES PARA SU ELABORACIÓN:

El Resumen Analítico de Investigación (RAI) debe ser elaborado en Excel según el siguiente formato registrando la información exigida de acuerdo a la descripción de cada variable. Debe ser revisado por el asesor(a) del proyecto. EL RAI se presenta (quema) en el mismo CD-Room del proyecto.

No.	VARIABLES	DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE
1	NOMBRE DEL POSTGRADO	ESPECIALIZACION EN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL
2	TÍTULO DEL PROYECTO	APROXIMACION AL COASEGURO LA UNION TEMPORAL Y EL CONSORCIO
3	AUTOR(es)	MARTINEZ VILLALBA DEYANIRA
4	AÑO Y MES	2011-09
5	NOMBRE DEL ASESOR(a)	RODRIGUEZ CORCI LUIS EDUARDO
6	DESCRIPCIÓN O ABSTRACT	LA SOLIDARIDAD ES AJENA AL COASEGURO, NO OBSTANTE ESTA PRESENTE EN LA UNION TEMPORAL Y EL CONSORCIO.
7	PALABRAS CLAVES	SOLIDARIDAD, DISPERSION, SINIESTRO, SANCIONES
8	SECTOR ECONÓMICO AL QUE PERTENECE EL PROYECTO	SECTOR FINANCIERO
9	TIPO DE ESTUDIO	ENSAYO
10	OBJETIVO GENERAL	DETERMINAR COMO OPERA LA SOLIDARIDAD EN EL COASEGURO LA UNION TEMPORAL Y EL CONSORCIO
11	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	CONOCER LA FALTA DE SOLIDARIDAD EN EL COASEGURO Y SU PROBLEMÁTICA
12	RESUMEN GENERAL	El Coaseguro no es conocido ampliamente en Colombia por quienes contratan con los aseguradores, sobre todo cuando se trata de pólizas con valores que no son significativos; se desconoce su estructura y alcance, es decir no se tiene claro la inexistencia de la solidaridad entre los aseguradores que asumen el riesgo.
13	CONCLUSIONES.	Así las cosas, es claro que la Ley ha determinado que no existe solidaridad en el Coaseguro, sería importante de cara al común de los tomadores y de los asegurados que se ahondara en la problemática y que se instruyera claramente respecto de la responsabilidad del asegurador, pues como ya lo vimos, el tomador en la mayoría de los casos, no conoce profundamente las consecuencias cuando su póliza es expedida por coaseguro, ni conoce su ...
14	FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	páginas 29,30 y 32.

Vo Bo Asesor y Coordinador de Investigación:

CRISANTO QUIROGA OTÁLORA