

EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO Y EL CONTRATO DE SEGUROS



Carlos Alberto Paz Russi*
Académico correspondiente
Capítulo seccional (Cali)

Resumen: El contrato de seguros ha sido modificado en varias oportunidades, buscando que este sea entendido con mayor facilidad por los contratantes, y que tenga mayor acceso en el campo comercial e industrial. Es por ello por lo que recientemente el Código General del Proceso, introdujo dos modificaciones sustanciales frente al problema que suscitaba el reclamo ante la Compañía de Seguros cuando ocurría un siniestro. Ahora la Compañía de Seguros no podrá exigir que se le demuestre el siniestro de acuerdo con los medios probatorios que se indicaban en la póliza, pues esta exigencia iba en contra de la norma procesal que trae enunciados los medios probatorios y no restringe ninguno aclarando que siempre podrá utilizarse “cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez” “preservando los principios y garantías constitucionales”. Y frente a la objeción se le indicó que debe objetar ya no sería ni fundadamente, sino que deberá hacerlo dentro del mes siguiente a la presentación de la reclamación,

* Abogado Universidad de San Buenaventura Seccional Cali (Colombia) Año 1987. Socio Fundador de la firma Paz Russi Abogados. Maestrando en Derecho Procesal Constitucional (Buenos Aires. Argentina). Especialista en Derecho Comercial, (Pontificia Universidad Bolivariana. Medellín. Colombia), con énfasis en Derecho de Seguros. Árbitro en Derecho

dando así por terminada esa etapa y permitiéndole al asegurado que acuda a la justicia ordinaria a reclamar su derecho, si considera que la objeción no ha sido soportada de acuerdo con las condiciones generales y particulares de la póliza. Esta modificación esta acorde con el avance que en materia probatoria se utiliza hoy día.

Palabras clave: Contrato de Seguro, reclamación, prueba

GENERAL PROCEDURAL AND CONTRACTING CODE FOR INSURANCE

Abstract: Insurance contracting has been modified on several occasions, in search of a way for it to be more easily understood by the contractual parties, and for it to become more accessible to the commercial and industrial fields. This is the reason that the General Procedural Code introduced two substantial modifications addressing the problems confronted by the claims to Insurance Companies in the instance of a catastrophe. Now, the Insurer will not be able to demand that the catastrophe be proven in keeping with the rules of evidence included in its policy, as this exigency goes against the procedural norm that specifies the evidentiary means without excluding any, clearly stating that "...any other means can be used which may prove useful for the formulation and convictions of the court's decision...", and "...which preserves the constitutional principles and guarantees...".

In response to insurers' objection, it was stated that they may no longer seriously nor fundamentally object to claims, and must do so within the month following the filing of the claims. In effect, this determination closes this procedural step, and thus allows the insured to appeal their right in an ordinary court if they consider that the insurer's objection has not been supported in keeping with the general and particular conditions stated in their policy. This modification is in keeping with the advance in probatory matters which is currently applied.

Key words: Insurance Contract, claim, proof

Civil, Comercial y Administrativo, inscrito en la Cámara de Comercio de Cali y de la Asociación de Ingenieros del Valle. Profesor de las Cátedras de Derecho Procesal Civil, Probatorio, Arbitraje y Seguros las cuales ha regentado en las Universidades San Buenaventura, Pontificia Javeriana, Pontificia Bolivariana, Colegio Mayor del Rosario, en Pregrado y Posgrado. Conferencista Nacional e Internacional en temas de Derecho Procesal Constitucional, Procesal Civil, Seguros y Arbitraje. Profesor Galardonado en tres ocasiones durante el tiempo que regentó las cátedras de Derecho Procesal en la Universidad de San Buenaventura Cali. Miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Exdirector para Colombia de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Exdirector para el Valle del Cauca de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Presidente del Capítulo Valle del Cauca del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros. Autor de varias obras de Derecho: Procesal Civil, Derecho Probatorio, Seguros, Arbitraje y Teoría General del Proceso, éste último como coautor con Carlos Eduardo Paz Gómez. Conjuez de la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali. Ex Conjuez del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca.

El Código General del Proceso (CGP), interfiere en la normatividad que disciplina el contrato de seguros y altera el artículo 1053 del Estatuto Comercial, para disponer que ya no se necesita acompañar los documentos indicados en la póliza para probar el siniestro y que la compañía de seguros puede objetar sin fundamentar dicha objeción, pues antes de la vigencia del Código General del Proceso, debía objetar de una manera seria y fundada, de no hacerlo, se abría el camino para iniciar la acción ejecutiva.

Se concuerda con la primera modificación, toda vez que no una, sino en muchas ocasiones las compañías de seguros pretendían que el asegurado, beneficiario o tomador del seguro, probara el siniestro de acuerdo con sus lineamientos establecidos en la póliza de seguros, desconociendo la libertad probatoria existente en Colombia, pues de antaño, se ha establecido que los medios probatorios en los códigos procesales¹ son enunciativos no taxativos, es decir, el asegurado, beneficiario o tomador del seguro puede probar la ocurrencia del siniestro y su cuantía por cualquier medio idóneo, no el indicado por la aseguradora.

Así las cosas, el asegurado, beneficiario o tomador puede, a través de testimonios extraprocesales probar la ocurrencia del siniestro y su cuantía.²

Frente a la segunda modificación, le permite a la compañía de seguros, objetar simple y llanamente, así lo hará previo formato establecido que se llenará con los datos del reclamante y de la póliza que se pretende afectar. Enervando de esta forma la vía ejecutiva.

Afortunadamente, en el medio asegurador son muy pocas, se diría dos o tres compañías de seguros que sacarán provecho de esta norma, para a su antojo; objetar sin fundamentar.

Lo más común, en la práctica es que el asegurador indique en su carta de objeción el motivo por el cual declina el pago de la indemnización, debidamente soportado. Lo anterior sin perjuicio de que en el proceso judicial pueda esgrimir no solo las razones expuestas en la carta de objeción, sino todas aquellas que tenga a bien indicar debidamente sustentadas, de lo contrario, se le estaría violando el derecho a la defensa a la compañía de seguros.

¹ Artículo 175 del CPC., y Artículo 165 del CGP.

² Artículos 187 y 188 del CGP.

Un aspecto importante es lo relacionado con el llamamiento en garantía que, a pesar de haber fusionado las dos figuras de derecho sustantivo, como la denuncia de pleito y el llamamiento en garantía, permite hoy día, que el demandante llame garantía y, a su vez, el demandado ejerce también su derecho a vincular a la compañía de seguros.³

Se considera que no fue afortunada esta fusión, toda vez que lleva al justificable y, mucho más aún, al estudiante de derecho a creer erradamente que podrá llamar en garantía por vicios ocultos o redhibitorios provenientes del contrato de compraventa, cuando en realidad, sustantivamente no es procedente, pero que, de manera exótica, procesalmente, sí.

El llamamiento en garantía dejó de ser un simple escrito, para exigir el Código General del Proceso, que debe presentarse una demanda, cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos establecidos para ello, consagrados en el artículo 82 de la norma procesal.⁴

¿Qué conlleva este cambio?; que la figura de la acción directa contra el asegurador, establecida en el estatuto mercantil,⁵ pierda vigencia, norma ésta que los abogados desconocían y seguían demandado solo al asegurado, sin tratar en un solo proceso, accionar contra la compañía de seguros que había otorgado la póliza.

En esa demanda, necesariamente, se deberá incluir el juramento estimatorio⁶ como requisito para su viabilidad, toda vez que se persigue el pago de una indemnización, discriminando cada concepto, es decir, cuánto pretende por daño emergente, cuánto por lucro cesante.

Que, en el caso del contrato de seguro, el daño emergente será el valor de la pérdida que asumió el asegurado, beneficiario o tomador y el lucro cesante el valor que ha dejado de percibir por haber cancelado de su propio

³ Artículo 64 del CGP. “Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”

⁴ Artículo 65 del CGP.

⁵ Artículo 1133 del Código de Comercio.

⁶ Artículo 206 del CGP.

patrimonio el daño emergente, por la negativa de la compañía de seguros a cancelar la indemnización a la que tenía derecho.

Se debe recordar que la figura del juramento estimatorio se estableció para poner fin a esas demandas con pretensiones exageradas, sin fundamento alguno, solo por el querer de intimidar al demandado, quien, a la postre, salía airoso y el demandante solo era condenado en costas y agencias en derecho. Hoy día tiene otra sanción, y es que “si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la judicatura, dirección Ejecutiva de Administración Judicial o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y probada.”⁷

En este punto, es necesario detenerse para analizar la frase del artículo 206 que indica “se condenará a quien hizo el juramento estimatorio”, ¿y quién es esa persona?, aquí se considera que es el abogado, no la parte, toda vez que esta desconoce realmente la forma y los parámetros que debe cumplir la pretensión. Es más conforme al artículo 77 del Código General del Proceso, el abogado tiene la facultad de “formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante, y el poder lo habilita para “prestar juramento estimatorio” y hace énfasis en que “Cualquier restricción sobre tales facultades se tendrá por no escrita.”⁸

Una protección para aminorar la sanción sería que en el poder y en el contrato de prestación de servicios profesionales del abogado, en donde debe indicar, además si es sujeto del cobro del IVA, so pena de ser sancionado se indique que le ha explicado al cliente los efectos del juramento estimatorio y que éste consciente de ello, lo determinó conforme a lo que se indica en la demanda. Esto para el cobro de reembolso con el cliente, pues la sanción es para el abogado. Recordemos que este acto no está reservado para la parte, sino que es la misma ley la que faculta al abogado para realizar el juramento estimatorio y le prohíbe al poderdante limitarlo y si lo hace se tiene por no escrito.

⁷ Inciso 4° del Artículo 206 del CGP modificado por la ley 1743 de 2014 artículo 13.

⁸ Incisos 2° y 3°.

Se cree que es una aplicación justa frente al cliente que acude a un profesional del derecho para que le ayude con su conflicto, no para que le construya otro y de paso tenga que pagar una sanción que desconoce.

Este es un llamado de atención a los colegas para que, al demandar, ponderen las pretensiones de acuerdo con el perjuicio real, determinable y cuantificable, no producto de la imaginación y del deseo de litigar ante el juez civil del circuito.

Bien sea que se ejerza la acción directa o se acuda al llamamiento en garantía, como demandante, el juez está en la obligación legal de ordenar, mediante la prueba de oficio o en el auto admisorio, que se alleguen con el escrito de contestación de la demanda, los documentos necesarios para la viabilidad de la acción, siempre y cuando se haya demostrado que se pidieron, a través del derecho de petición y no se obtuvo respuesta.⁹ Se debe tener presente que, de acuerdo con el Decreto 491 de 2020, el cual estará vigente hasta que dure la emergencia sanitaria, los plazos para responder el derecho de petición fueron ampliados.

Se recuerda que el juez, conforme al artículo 167 inciso 21 *ibídem*, “según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.”

Así que, si la aseguradora objeta la reclamación y, como no está obligada a ser seria ni fundada, es deber del juez ordenarle presentar la documentación que sirvió de soporte para la negación del reclamo.

Otro mecanismo válido es solicitar la medida cautelar para recaudar elementos probatorios consagrada en la ley 1563 de 2012, aplicable no solo a los procesos arbitrales sino a aquellos procesos se susciten ante cualquier jurisdicción, de acuerdo con el parágrafo del artículo 32.

⁹ Artículo 78 numeral 10°. “Abstenerse de solicitarle al juez la consecución de documentos que directamente o por medio del ejercicio del derecho de petición hubiere podido conseguir. En concordancia con el artículo 167 inciso 2°.

Ahora, se abordará el tema de la utilidad de los medios probatorios en el Código General del Proceso, que son de gran ayuda para la reclamación ante la aseguradora. Un ejemplo es “el ajuste”¹⁰ que de antaño las aseguradoras ordenan para que se “investigue” la ocurrencia del siniestro y su cuantía, ¿será que hoy día es posible anexarlo como prueba?, se considera que no, toda vez que, salvo que se estructure como un verdadero trabajo científico, técnico o artístico, acompañado de la hoja de vida, con sus correspondientes soportes de quien lo elabora, sería viable, de lo contrario, no es admisible.¹¹ De otro lado, para que la persona natural o jurídica pueda rendir esta experticia, deberá cumplir con los requisitos establecidos en la ley 1673 de 2013, modificada por el decreto 556 de 2014.¹²

Recientemente, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, indicó que la valoración de este medio probatorio, en cuanto a la imparcialidad, debía

¹⁰ A la vista de todas y cada una de las consideraciones precedentes, esta Superintendencia, en desarrollo de su función consultiva, se permite señalar que la relación nacida entre el asegurador y el ajustador, por no provenir de un contrato de mandato representativo sino precisamente de uno de arrendamiento de servicios, es una relación carente de representaciones frente al beneficiario del seguro, e inclusive frente al asegurado, en razón a que las actuaciones adelantadas por el ajustador de pérdidas, extrañas por completo al contexto representativo, no comprometen jurídicamente a la aseguradora. Por contera, las apreciaciones del ajustador, por más decantadas y depuradas que sean, no vinculan al asegurador que, siempre, como resultado de su autonomía e independencia, estará en capacidad de aceptar y también de menospreciar el informe del ajustador, aun cuando vaya acompañado del documento comúnmente denominado “convenio de ajuste”. CONCEPTO SUPERINTENDENCIA FINANCIERA N.º 400 – 3030 de abril 29 de 1988, En: Comentarios al contrato de seguro. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Dupré editores. Bogotá D.C., año 2014. Sexta Edición. p. 223.

¹¹ “El perito deberá manifestar bajo la gravedad del juramento que se entiende prestado por la firma del dictamen que su opinión es independiente y corresponde a su real convicción profesional. El dictamen deberá acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de aquellos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito.

¹² La presente ley tiene como objeto regular y establecer responsabilidades y competencias de los evaluadores en Colombia para prevenir riesgos sociales de inequidad, injusticia, ineficiencia, restricción del acceso a la propiedad, falta de transparencia y posible engaño a compradores y vendedores o al Estado. Igualmente, la presente ley propende por el reconocimiento general de la actividad de los evaluadores. La valuación de bienes debidamente realizada fomenta la transparencia y equidad entre las personas y entre estas y el Estado colombiano. Artículo 1º. Avaluador: Persona natural, que posee la formación debidamente reconocida para llevar a cabo la valuación de un tipo de bienes y que se encuentra inscrita ante el Registro Abierto de Avaluadores. Artículo 2º.

realizarse al momento de dictar la sentencia y no, antes, toda vez que la idoneidad del valuador (perito) se debe verificar en esa etapa.¹³

Igual posición ha asumido la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito judicial de Cali, mediante sentencia del paso 20 de octubre de 2020, en la cual ordenó la compulsión de copias para investigar a la juez por permitir que se aportara la experticia por una persona que no estaba inscrita en el Registro Nacional de Avaluadores y al abogado que la aportó y al abogado de la contraparte por no oponerse a la prueba.¹⁴

De otro lado, se encuentra que el artículo 226 del CGP, permite que se alleguen los conceptos de los abogados sobre el tema y serán tenidos en cuenta como alegaciones de ellas. Norma ésta exótica, pues nada indica sobre la contradicción de esta prueba, por lo que se torna inane frente al proceso, pues no puede ser tenida en cuenta por el juzgador para estructurar su fallo, y ni el artículo 372 ni el artículo 373 que desarrollan la audiencia inicial y la de instrucción y juzgamiento permite que, en ellas, se corra traslado a la parte contraria para que se pronuncie. Acá, se halla una violación al debido proceso consagrado en la Carta Magna, que de ser apreciada por el juez daría lugar a entablar una acción de tutela por una vía de hecho.

El artículo 29 de la Constitución Nacional, en su inciso final claramente establece que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso. Y es el mismo CGP, que en su artículo 14 reproduce parcialmente este mandato Constitucional.¹⁵ Nótese que la norma no es clara, se limita a indicar que se podrán aportar los conceptos emitidos por los abogados, pero nada dice sobre el derecho de contradicción, solo indica que se tendrán en cuenta por el juez. Acá el juez deberá hacer uso de su poder de instrucción y ordenación, para no conculcar la igualdad procesal.

¹³ STC 7722 2021. 24 de junio de 2021. Magistrado TEJEIRO DUQUE, Octavio Augusto.

¹⁴ Sentencia. Radicado 76001 – 31 – 03 – 05 – 2018 – 00104 – 01 (398) Magistrado CÓRDOBA FUERTES, Flavio Eduardo.

¹⁵ El artículo 86 de la Carta Política estableció la acción de tutela para que todas las personas cuenten, en todo tiempo y lugar, con un procedimiento eficaz para el restablecimiento de sus derechos fundamentales, pero el mismo artículo dispuso que dicha acción procedería cuando el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial.