

**EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA JUECES Y
MAGISTRADOS EN COLOMBIA**

PRESENTADA POR:

PALOMA AYERBE CASTRO

Código: 0301365

DIANA MARCELA FRANCO NOVOA

Código: 0301257

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTA D.C.

2014

**EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA JUECES Y
MAGISTRADOS EN COLOMBIA**

PALOMA AYERBE CASTRO

Código: 0301365

DIANA MARCELA FRANCO NOVOA

Código: 0301257

Docente Tutor:

Dr. JOSÉ LÓPEZ OLIVA

Monografía para optar al Título de Abogadas

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTA D.C.

2014

TABLA DE CONTENIDO

| | Pág. |
|--|-------------|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| 1. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO | 7 |
| 1.1. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO | 7 |
| 1.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO | 12 |
| 1.2.1. Actividad del Estado | 12 |
| 1.2.2. El daño o perjuicio | 14 |
| 1.2.3. Una relación necesaria de causalidad | 16 |
| 1.3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA | 17 |
| 1.4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR LAS ACTUACIONES DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS | 21 |
| 1.4.1. El error jurisdiccional | 23 |
| 1.4.2. El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia | 25 |

| | | |
|---------------------|---|-----------|
| 1.4.3. | La privación injusta de la libertad | 26 |
| 1.4.4. | La repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición contra jueces y magistrados | 29 |
| 2. | EL CONTRATO DE SEGURO | 32 |
| 2.1. | EL SEGURO | 32 |
| 2.2. | EL CONTRATO DE SEGURO | 35 |
| 2.2.1. | Personas que intervienen en el contrato de seguro | 39 |
| 2.2.1.1. | Las partes | 40 |
| 2.2.1.2. | Demás Intervinientes | 41 |
| 2.2.1.2.1. | El asegurado | 41 |
| 2.2.1.2.2. | El beneficiario | 42 |
| 2.2.1.2.3. | Los intermediarios de seguros | 44 |
| 2.2.2. | Elementos del contrato de seguro | 44 |
| 2.2.2.1. | El interés asegurable | 45 |
| 2.2.2.2. | El riesgo asegurable | 49 |
| 2.2.2.2.1. | Ser factible | 50 |
| 2.2.2.2.2. | Ser futuro | 51 |
| 2.2.2.2.3. | Ser incierto | 51 |
| 2.2.2.2.4. | No debe depender exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario | 52 |
| 2.2.2.2.4.1. | Típicamente fortuitos | 53 |
| 2.2.2.2.4.2. | Culposos | 54 |

| | | |
|----------------|---|----|
| 2.2.2.2.4.2.1. | La impericia | 55 |
| 2.2.2.2.4.2.2. | La imprudencia | 57 |
| 2.2.2.2.4.2.3. | La negligencia | 59 |
| 2.2.2.2.4.3. | Intencionales | 59 |
| 2.2.2.2.5. | Su realización da origen a la obligación del asegurador | 60 |
| 2.2.2.3. | La prima o precio del seguro | 61 |
| 2.2.2.4. | La obligación condicional del asegurador | 62 |
| 3. | EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA JUECES Y MAGISTRADOS | 64 |
| 3.1. | ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN | 64 |
| 3.2. | UBICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO | 72 |
| 3.3. | OBJETO DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA JUECES Y MAGISTRADOS | 73 |
| 3.4. | PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA JUECES Y MAGISTRADOS | 77 |
| 3.4.1. | El asegurador | 77 |
| 3.4.2. | El tomador | 78 |
| 3.5. | EL INTERÉS ASEGURABLE EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL | |

| | | |
|----------------|---|------------|
| | PARA JUECES Y MAGISTRADOS | 80 |
| 3.6. | EL RIESGO ASEGURABLE EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA JUECES Y MAGISTRADOS | 82 |
| 3.7. | OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO PARA LAS PARTES | 84 |
| 3.7.1. | Obligaciones del tomador | 84 |
| 3.7.2. | Obligaciones del asegurador | 85 |
| 3.8. | CARACTERÍSTICAS | 87 |
| 3.8.1. | Consensual | 88 |
| 3.8.2. | Bilateral | 89 |
| 3.8.3. | Oneroso | 91 |
| 3.8.4. | Aleatorio | 92 |
| 3.8.5. | De ejecución sucesiva | 92 |
| 3.8.6. | Principal | 93 |
| 3.8.7. | Indemnizatorio | 94 |
| 3.8.8. | Típico | 94 |
| 3.8.9. | Personal o Intuito personae | 94 |
| 3.8.10. | De adhesión | 94 |
| 3.8.11. | De buena fe | 95 |
| 3.9. | PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO | 96 |
| | CONCLUSIONES | 100 |
| | BIBLIOGRAFÍA | 104 |

Nota de aceptación:

Director de Investigación

Jurado

Jurado

Bogotá D.C.,

DEDICATORIA

Queremos dedicar el alcance de esta meta a nuestros familiares, Directivas, profesores y amigos por su dedicado apoyo y motivación.

Las autoras

AGRADECIMIENTOS

Las autoras expresan su agradecimiento a:

Al Doctor José López Oliva director de la presente Investigación.

A todos los Directivos y Profesores de la Facultad.

RESUMEN

El seguro de responsabilidad (civil y administrativa) de los jueces y magistrados permite amparar los riesgos que genera el desarrollo de la función pública de administrar justicia, cubriendo la responsabilidad que pueda pesar sobre el asegurado, proveniente de circunstancias que se presentan en el desarrollo de su actividad de administrar justicia para los asuntos de su competencia, y de las cuales pueda acaecer una privación injusta de la libertad, error judicial o indebido funcionamiento de la administración de justicia. De manera que con este seguro se pretende salvaguardar el patrimonio personal de quienes eventualmente puedan ser objeto de reclamaciones por concepto de daños y perjuicios con motivo del ejercicio, desarrollo y ejecución de su función de administrar justicia, develándose así, como una de las modalidades asegurativas que a futuro comporta amplias posibilidades de crecimiento en el mercado asegurador colombiano.

ABSTRAC

Liability insurance (civil and administrative) of judges and magistrates can protect the risks generated by the development of the public service of justice, and covering the liability that may weigh on the insured, from circumstances that arise in the development of activity of administering justice for matters within its competence, and which can befall an unjust imprisonment, judicial error or improper functioning of the administration of justice. So this insurance is intended to safeguard the personal property of those who may eventually be subject to claims for damages with the performance, development and implementation of its function of administering justice, revealing well as one of the insurance modalities that involves extensive future growth opportunities in the Colombian insurance market.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación se trazó como objetivo establecer si existe un mecanismo para la salvaguarda de la responsabilidad patrimonial de los jueces y magistrados generada en el ejercicio de su función pública de administrar justicia en Colombia.

Son los jueces y magistrados las personas encargadas de administrar justicia; pero no son el órgano jurisdiccional, ya que éste existe independientemente de las personas físicas que ocupan sus cargos y, considerado en abstracto, permanece inmutable aun cuando varían aquellos.¹ En efecto, los jueces y magistrados personifican los diversos despachos en que se descompone el órgano jurisdiccional, pero no se confunden con ellos.

Actualmente, los jueces y magistrados no son sólo aplicadores de la norma, ni los simples intérpretes de la ley, sino que su función dentro del Estado social de Derecho es el de dar la solución razonable, en Derecho, al caso concreto, por tanto no se limitan sólo a la ley, sino a los demás factores que inciden en el caso planteado. La decisión judicial se constituye en un proceso de creación de Derecho, donde los jueces y magistrados dejaron de ser un mero medio para convertirse en causa de la resolución de los conflictos sociales. Es por ello que los

¹ Cfr. DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. 8ª Ed. Bogotá: editorial ABC, 1981, t. I, p. 120.

operadores jurídicos deben ser unos profesionales muy bien formados intelectual y moralmente, y estar acorde con la realidad de su tiempo.

El poder de decidir sobre el honor, la fortuna y la libertad de un semejante constituye la suprema potestad en el orden humano. El insigne maestro E. Couture² advertía que, del despotismo de los otros poderes del Estado queda siempre un recurso ante el poder judicial, en tanto que del despotismo del poder judicial no queda recurso alguno. Cuando se afirma que el poder judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma la existencia de una penúltima instancia. La última la constituye la independencia, la autoridad, y sobre todo, la responsabilidad de los jueces y magistrados.³

Pero esta independencia tiene como contrapartida la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, la cual se debe asumir como una existencia moral de la sociedad. Ciertamente, con fundamento, en primer lugar, en el inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, y, en segundo término, del artículo 69 de la ley 270 de

² COUTURE, Eduardo J. Citado por TAWILL, Santiago. La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 6.

³ *Ibíd.*

1996, cuando proviniera un daño de un error judicial o de la privación injusta de la libertad o del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

Ciertamente, con fundamento en los artículos 6 y 90 inciso primero de la Constitución Política y, como desarrollo concreto de dichos preceptos superiores, en el artículo 69 de la ley 270 de 1996, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia por parte de los funcionarios y los empleados judiciales, proveniente de un error judicial o de la privación injusta de la libertad o del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Dentro de estos últimos conceptos están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia.⁴

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 90 constitucional consagra que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido causado por efecto de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo (servidor público o funcionario), aquel deberá repetir contra éste por lo pagado.

⁴ Cfr. COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de noviembre de 2001, expediente No. 25000-23-26-000-1992-8304-01(13164), C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

De este modo, el legislador colombiano como desarrollo de la Carta Fundamental y para regular en forma expresa los aspectos sustantivos y procesales, tanto de la repetición como del llamamiento en garantía con fines de repetición, promulgó la ley 678 de 2001⁵, así como consagró en el artículo 142 de la ley 1437 de 2011 la repetición como medio de control de la actividad de la administración.

En este orden de ideas, la responsabilidad patrimonial de jueces y magistrados es una institución que ha gozado de una fuerte implantación en la jurisprudencia colombiana en las últimas décadas,⁶ con respaldo hoy por hoy en las leyes 270 de 1996, 678 de 2001, 1437 de 2011, soportadas en los artículos 6 y 90 de la Carta Fundamental de 1991, haciéndose realidad la garantía que el Estado debe dar a quienes son perjudicados en alguno de sus derechos constitucionalmente reconocidos.

Así las cosas, las cuantiosas indemnizaciones impuestas al Estado como consecuencia de fallas en el servicio en la administración de justicia, y las consecuentes repeticiones contra los funcionarios y empleados judiciales,

⁵ “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición”.

⁶ Vid. COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de septiembre de 2001, expediente No. 73001-23-31-000-1994-2915-01(12915), C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez; sentencia del 22 de noviembre de 2001, expediente No. 25000-23-26-000-1992-8304-01(13164), C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente No. 25000-23-26-000-1993-09946-01(14307), C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia del 26 de Julio de 2012, expediente No. 25000-23-26-000-1999-02010-01(22581), C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

evidencian la necesidad de amparar los riesgos que genera el desarrollo de la función pública de administrar justicia.

Así las cosas, la realización de una investigación sobre el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional para jueces y magistrados en Colombia se justifica y muestra su trascendencia, toda vez, que el estudio y análisis jurisprudencial y doctrinal que ha recibido ésta figura contractual en nuestro país es prácticamente inexistente, en gran parte, debido a la escasa cultura del seguro que predomina, no sólo en nuestro país, sino en general en Latinoamérica. En consecuencia, se hace necesaria la realización de un estudio profundo y detallado de las generalidades del contrato de seguro de responsabilidad civil para jueces y magistrados, referente a su concepto, elementos, naturaleza jurídica, características, obligaciones y derechos, y, por supuesto, claro está, de su reglamentación en Colombia.

El desarrollo del proyecto reviste aún mayor interés, si se toma en cuenta que en nuestro país, salvo algunas excepciones, actualmente ni los usuarios ni las compañías de seguros han desarrollado con suficiente amplitud el punto.

Asimismo, constituye en la actualidad un tema que debe ser abordado, con toda puntualidad, por funcionarios judiciales, compañías de seguros, abogados y la Academia. Esta necesidad obedece a que la sociedad se ha vuelto más receptiva y atenta a los problemas que la aquejan. Es una sociedad más exigente con el

cumplimiento de los deberes que cada quien tiene en el proceso de desarrollo social.

El estudio que se realiza es de tipo descriptivo debido a que se busca especificar las propiedades importantes o componentes del fenómeno por investigar. Asimismo, en la investigación se recurre a la observación, al análisis, a la síntesis, a la deducción y a la inducción, como técnicas de investigación y operaciones lógicas, con el fin de cumplir con los objetivos propuestos de un modo satisfactorio.

El estudio se desarrolla de la siguiente forma: El primer capítulo se encuentra dedicado a las generalidades de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, así como la institución en Colombia, especialmente en lo concerniente a la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por las actuaciones de los jueces y magistrados en nuestro país. Por su parte, el segundo capítulo estudia el contrato de seguro, su noción, elementos, sujetos intervinientes. Finalmente, el capítulo tercero trata sobre el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional para jueces y magistrados, observando el marco jurídico aplicable en Colombia, las partes contratantes, las obligaciones derivadas de su celebración, características y medios de prueba para demostrar su existencia en la práctica mercantil colombiana.

1. GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

1.1. DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Después del acto administrativo, la fuente más amplia de consecuencias jurídicas para el Estado, es la responsabilidad patrimonial, puesto que en el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus actividades, es comprensible que la Administración llegue a lesionar a los administrados o particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales. De ahí surge la institución de la "responsabilidad del Estado", que puede ser entendida como la situación que se origina cuando el administrado ha sufrido un daño generador de perjuicio en desarrollo de la actividad estatal.⁷ Esta responsabilidad, es la consecuencia jurídica de la relación de hecho derivada de la obligación del Estado de resarcir el perjuicio ocasionado; de tal modo, se advierte que la responsabilidad estatal se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación del interés legítimamente protegido.

En efecto, la responsabilidad del Estado es el deber de reparación por el daño ocasionado. Luego, entrando ya en el estudio sumario de la cuestión relativa a la

⁷ Cfr. MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, t. IV, ps.690-691, §1624.

reparación del daño, es preciso advertir que la persona natural o jurídica afectada por la actividad del Estado podrá invocar la compensación de los daños que sean ciertos, directos, personales, y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el lesionado. Esta reparación ha de comprender tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales, con la finalidad de restablecer el *statu quo ante* y el resarcimiento de los perjuicios.

Lo anterior se inspira en el principio del Derecho Romano contenido en la *Lex Aquilia*,⁸ que establecía que quien produce un daño está obligado a repararlo, de ahí que sea válido afirmar que el Estado como persona está sometido al derecho, no debe quedar excluido de esta obligación.⁹

Además, dicho instituto jurídico, que se rige por los principios del Derecho Administrativo, deviene de la obligación que tiene el Estado de proteger a los ciudadanos contra decisiones arbitrarias e ilícitas de la Administración Pública y de sus funcionarios, reparando el daño causado mediante una compensación económica que restituya el perjuicio patrimonial e inclusive moral que el Estado ocasione como consecuencia de la actividad administrativa que desempeña en

⁸ Cfr. PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. 9ª Ed. Buenos Aires: Abogados Asociados Editores, 1994, ps. 454 y ss. Traducido por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José.

⁹ Cfr. RODRÍGUEZ R., Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. 8ª Ed. Santa Fe de Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1995, ps. 367 y ss.

cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas por la Constitución y la ley.¹⁰

Sin embargo, la aceptación de la responsabilidad patrimonial del Estado, cuando éste desarrolla su actividad en el ámbito del derecho público, fue de tardía aparición en la historia. En efecto, hasta el momento en que se instaura plenamente el Estado de Derecho, lo característico de la soberanía era imponerse a todos sin compensación,¹¹ particularidad que encontró su expresión clásica en el principio según el cual “*the king can do not wrong*” (el rey no puede hacer ilícito), común a todo el Mundo Occidental.¹²

Ahora bien, poco a poco fue reconociéndose la necesidad de establecer normas pertinentes a fin de no dejar inerme al ciudadano frente a la acción del Estado que pudiera causarle daño en sus bienes o derechos.¹³

¹⁰ Cfr. PINEDA, Fanny. Responsabilidad del Estado. En: Diccionario Jurídico Mexicano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, t. VIII, ps.47-48

¹¹ Cfr. SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1993, p. 98.

¹² Cfr. BULLRICH, Rodolfo. La responsabilidad del Estado. Buenos Aires: J. Méndez, 1920, ps. 254-255; BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2003, ps. 5-6; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1981, t. II, p. 323; JEZE, Gastón Paul Amedee. Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, t. I, p. 212-247. Traducido por SAN MILLÁN ALMAGRO, Julio N.; RIVERO, Jean. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 297; RODRÍGUEZ R., Libardo. Op. cit., ps. 372-374.

¹³ Cfr. GARRIDO MAYOL, Vicente. La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 14.

De este modo, la situación de irresponsabilidad del Estado es superada por obra del llamado Estado de Derecho, puesto que no reconoce poderes jurídicos absolutos e ilimitados,¹⁴ y además que traduce, inicialmente, en la proclamación de la Ley como máxima expresión de la soberanía popular y en el sometimiento de todos, incluyendo a los poderes públicos, a lo en ella dispuesto.

En Francia fue donde comenzó el proceso de formación de los sistemas jurídicos tendientes a asegurar las reparaciones a los particulares afectados por la actividad de la Administración, sin necesidad de acudir a la interpretación forzada de normas reguladoras de relaciones privadas.¹⁵ Dicho proceso tuvo inicio en el Consejo de Estado francés, corporación que ha podido crear todo un cuerpo armónico de principios que garantizan al particular, la responsabilidad del Estado, por actuaciones administrativas lesivas al interés privado, a través de toda la jurisprudencia construida alrededor del concepto “culpa del servicio público”.

Asimismo, dicho tribunal descartó la aplicación de los textos del Código Civil y declaró la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa para

¹⁴ Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 7ª Ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2002, t. I, p. 266.

¹⁵ Esta etapa fue inaugurada por el célebre “arret Blanco” (fallo Blanco) del 8 de febrero de 1873 proferido por el Consejo de Estado francés, mediante el cual se consagró la responsabilidad del Estado independientemente de que estuviera estatuida en textos legales expresos, e independientemente de su actividad de poder o gestión que desarrollara aquel, pues en esta decisión se tomó como fundamento la nueva noción de servicio público que vino a reemplazar las de poder y de gestión. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. cit., p. 328-329; LÓPEZ MORALES, Jairo. Responsabilidad Patrimonial del Estado. Evolución de la Jurisprudencia colombiana. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2001, t. I, p. 3; RODRÍGUEZ R., Libardo. Op. cit., ps. 372-373

el conocimiento de las demandas sobre responsabilidad extracontractual de las entidades públicas, en oposición a lo sostenido por los tribunales de la justicia común,¹⁶ comenzando con la consagración de la responsabilidad del Estado por faltas objetivas en la prestación de servicios públicos y llegando luego a la aceptación de la responsabilidad del Estado por actos judiciales y legislativos.

En la actualidad, la responsabilidad patrimonial del Estado se erige como uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el llamado Estado social y democrático de Derecho.

Ahora bien, la responsabilidad del Estado, como en general la de todo ente jurídico, puede ser contractual o extracontractual; y esta distinción obedece a si la responsabilidad nace con motivo del incumplimiento por parte del Estado de obligaciones "convenidas"; o de lo contrario, que esté obligado a responder por hechos, omisiones u operaciones de personas que estén bajo su dependencia, o de las cosas de que se sirve, originada del principio general de no hacer daño a otro.

La responsabilidad contractual presupone la existencia de una relación jurídica anterior a la ocurrencia del daño, que específicamente deviene de la celebración de un contrato; por ello mismo requiere el incumplimiento de un deber jurídico concreto y determinado. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual, es

¹⁶ Cfr. LÓPEZ MORALES, Jairo. Op. cit., p 3.

ajena a una relación contractual, y nace simple y llanamente con ocasión de un daño a una persona con la cual el Estado no tiene ninguna relación jurídica anterior.¹⁷

1.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Tradicionalmente, se ha señalado que la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- Actividad del Estado
- La existencia de un daño
- Un nexo de causalidad entre éste y aquélla

Teniendo presente la necesidad de la concurrencia de estos tres elementos, podemos pasar a estudiarlos más ampliamente cada uno:

1.2.1. Actividad del Estado. Para que una entidad pública pueda ser considerada responsable de algo, debe haberse producido ante todo una actuación de la que haya sido autora.¹⁸

¹⁷ Cfr. PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Parte General. 5ª Ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1993, t. I, p. 618.

¹⁸ Cfr. RODRÍGUEZ R., Libardo. Op. cit., p. 369.

La actividad del Estado en relación con el cumplimiento de sus funciones, deberes y competencias puede tener múltiples manifestaciones en las cuales se compromete la responsabilidad estatal, bien sea cuando obran defectuosamente o cuando omiten el ejercicio de esas funciones.¹⁹ De este modo, desde el punto de vista jurídico, la actividad del Estado reflejada inicialmente en actos administrativos, también se manifiesta a través de otros mecanismos jurídicos de actuación, dentro de las cuales podemos incluir: los hechos, las operaciones, las omisiones y las vías de hecho administrativas.

Los hechos administrativos, “son aquellos fenómenos, acontecimientos o situaciones que se producen independientemente de la voluntad de la administración, pero que producen efectos jurídicos respecto de ella”²⁰. Por su parte, la operación administrativa se entiende como “el ejercicio de un derecho reglamentado en provecho de la administración y mediante el procedimiento previamente establecido”²¹. La omisión administrativa, entre tanto, se comprende como “las abstenciones de la administración que producen efectos jurídicos respecto de ella”²². A su turno, la vía de hecho administrativa, “equivale a la usurpación del poder, a la arbitrariedad, a la violencia o, como algunos autores la denominan, a la ‘actuación cuasidelictual de la administración”²³

¹⁹ Cfr. BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. Op. cit., p. 42.

²⁰ RODRÍGUEZ R., Libardo. Op. cit., p. 186.

²¹ *Ibíd.*, p. 44.

²² RODRÍGUEZ R., Libardo. Op. cit., p. 187.

²³ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de octubre de 1976, expediente No. 1482, C.P. Dr. Jorge Valencia Arango.

1.2.2. El daño o perjuicio. El daño constituye un elemento esencial dentro de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, puesto que si no existe daño, tampoco puede haber una acción tendiente a repararlo.

La doctrina nos da un concepto de lo que significa el daño: consiste en todo detrimento, menoscabo, dolor, molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.²⁴

El daño o perjuicio se subdividen en material o moral. El daño o perjuicio material es el que consiste esencialmente en una disminución o quebranto de un bien en un sentido pecuniario, y que puede afectar a una persona en su patrimonio, como destruyendo o desmejorando bienes raíces o mobiliarios; o en su persona física, como un accidente de locomoción, el error de un médico, cirujano o farmacéutico.

El daño o perjuicio moral es el que sobreviene de la actividad de la Administración que ofende, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado hiriendo uno de sus intereses legítimos o bienes no económicos de los que integran lo que generalmente se llama patrimonio moral de una persona.

²⁴ Cfr. BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. Op. cit., p. 49; FIORINI, Bartolomé. Manual de Derecho Administrativo. Buenos Aires: La Ley, 1968, t. II, p. 1114.

A su vez, el daño moral sufre una subdivisión: en perjuicios morales propiamente dichos y en perjuicios de afección y / o fisiológicos : los perjuicios morales que son los que afectan la parte social del patrimonio moral, como los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales, protegidos por las leyes que sancionan la calumnia, la injuria, la difamación; y en perjuicios de afección que son los que hieren la parte afectiva del patrimonio moral, las convicciones y sentimientos de amor, dentro de las vinculaciones familiares, como la pérdida o el daño a personas queridas o la destrucción o deterioro de objetos materiales representativos de valor de afección.

Adicionalmente, para que el daño merezca ser considerado en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado, es preciso que el mismo sea “antijurídico”, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a Derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva). De manera que la antijuridicidad susceptible de convertir el daño en lesión reparable se predica, pues, del efecto de la actuación administrativa (no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía de los derechos subjetivos de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura del daño causado en tanto no existan causas de justificación que legitimen como tal el perjuicio de que se trate.²⁵

²⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Op. cit., p. 338.

Esas causas de justificación han de ser expresas para que puedan ser estimadas y deben consistir siempre en un título que determine o imponga como jurídicamente querido o aceptado el perjuicio contemplado. Así, por ejemplo, el cumplimiento de una obligación expresamente impuesta por la ley.²⁶

1.2.3. Una relación necesaria de causalidad. La relación causal es el tercer elemento de la responsabilidad civil. Se entiende por relación de causalidad, el vínculo existente entre el daño o perjuicio y la actividad de la Administración.

Luego, es necesario que el perjuicio pueda atribuírsele a la actividad del Estado en responsabilidad. Si ese vínculo causal no puede demostrarse o si, por el contrario, se descubre un origen del daño totalmente diferente a la actividad del Estado, es claro que éste no será responsable.

De esta suerte, en presencia del efecto (daño) el operador jurídico debe determinar la causa que produjo el daño y si aquella es imputable al Estado. Si ese vínculo causal no puede demostrarse o si, por el contrario, se descubre un origen del daño totalmente diferente a la actividad de la Administración Pública, es claro que esta no será responsable.

²⁶ Ibíd.

1.3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN COLOMBIA

Hasta la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no existía en el ordenamiento jurídico colombiano una cláusula general expresa de carácter superior sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. En la actualidad, el principio de la responsabilidad del Estado está consagrado al mayor nivel por la Constitución Política, la cual “no solo es fuente formal del derecho, sino que también expresa cual es su ámbito de aplicación material”²⁷.

En efecto, a partir de 1991, el régimen constitucional, “trajo consigo una nueva dimensión en las relaciones de los ciudadanos frente al Estado, partiendo de la primacía del principio de la dignidad humana como rector de la nueva estructura jurídica y política y la concepción de la persona como un fin estatal”²⁸. Por consiguiente, la definición misma de Colombia, como un Estado social de Derecho, fundado por el respeto de la dignidad de la persona humana y en la solidaridad (Preámbulo y arts. 1 al 95 de la Const. Pol.),²⁹ permite manejar un amplio campo en cuanto a la responsabilidad del Estado con la solidez que la normativa superior tolera, puesto que congruente con el ejercicio del poder institucionalizado, se proclama la inevitable necesidad de hacer a los organismos

²⁷ GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. 5ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2011, p. 290.

²⁸ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1062 del 16 de agosto de 2000, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

²⁹ Cfr. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-571 del 26 de octubre de 1992, M.P. Dr. Jaime Sanin Greiffenstein.

públicos y a las personas a ellos vinculadas responsables de manera general frente al ordenamiento jurídico, y de manera personal cuando hubiesen desbordado los parámetros definidos para el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad lleva las condenas patrimoniales a cargo de unos y otros en caso de generarse daños de carácter antijurídico que hicieren necesario restablecer en sus derechos o indemnizar a los asociados.³⁰

Con fundamento en lo anterior, el respeto a la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado en sus diversas manifestaciones. En consecuencia, "las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorealización individual y social. Un Estado insensible a las necesidades de los ciudadanos, no se compadece con sus fines esenciales, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundamentales del Estado social de derecho (C.P., art. 1º)"³¹.

Ahora bien, el principio de la responsabilidad del Estado se encuentra determinado a partir del artículo 6º de la Carta Política, cuando expresamente respecto de las

³⁰ Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Panorama General del Derecho Administrativo en Colombia. En: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. Santiago. El Derecho Administrativo Iberoamericano No. 9. Granada: Instituto Nacional de Administración Pública 2005, p. 259; YOUNES MORENO, Diego. Curso Elemental de Derecho Administrativo. 4a Ed. Santafé de Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994, ps. 255-257.

³¹ Ibíd.

autoridades públicas estipula que ellas son responsables por infringir la Constitución y las leyes y “por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Este artículo se encuentra en relación directa con el 124 constitucional que le traslada al legislador la obligación de determinar el régimen para la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.³²

Además, el artículo 90 de la Constitución Política, en su inciso 1º, establece que: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. De este modo, la norma citada de la Carta Fundamental, consagró de manera expresa la responsabilidad del Estado, por hechos atribuibles a la administración pública, inclusive por actuaciones lícitas de las cuales se deriven hechos perjudiciales para los administrados, “como una ratificación de la autonomía del tema de la responsabilidad administrativa y de su sometimiento al derecho público, aunque ya no fundándose en el derecho francés sino más bien en el español”³³, y sobre las bases de mayor garantía y seguridad jurídica para los particulares, no sólo de los ciudadanos colombianos, sino de cualquier persona que en territorio colombiano reciba un daño como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, a ser reparado, a quedar indemne, a recibir la correspondiente indemnización de la administración causante del daño.

³² Cfr. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Op. cit., ps. 259-260.

³³ RODRÍGUEZ R., Libardo. Op. cit., p. 382.

En evidente, que el elemento conceptual que configura existencia del daño, y como consecuencia el de la indemnización de perjuicios, es el denominado “daño antijurídico”, instituto jurídico que ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia, señalando que el mismo existe cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social, recordando así que se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad producido por ella.

Sin embargo, se excluye la imputabilidad en los casos de fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa concurrente de la víctima, o cuando el perjuicio no se produce como consecuencia o con ocasión de una actividad de servicio público.

Ahora bien, para poner en práctica la normativa constitucional antes descrita, el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011) que empezó a regir el 2 de julio de 2012, al igual que su antecesor el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo (decreto-ley 01 de 1984), establecen que mediante el ejercicio de la reparación directa, la persona interesada podrá demandar directamente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, esto es, sin reclamación previa a la

Administración o mediando petición de nulidad, como en el caso de la nulidad y restablecimiento del derecho.

De este modo, el objeto de tal mecanismo judicial de defensa busca la declaratoria de responsabilidad extracontractual y la consecuente reparación del daño causado.³⁴ Se trata de un típico mecanismo tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado, en razón de las actividades anteriormente indicadas, que excluyen de entrada el acto administrativo.

1.4. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR LAS ACTUACIONES DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS

Con la Constitución de 1991 se abrió el campo para que en Colombia todas las ramas del poder público pudieran ser responsables de sus actividades (aunque con la anterior Carta Política también lo eran³⁵); por lo tanto, la responsabilidad

³⁴ Cfr. COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2005, expediente No. 66001-23-31-000-2003-00425-01(27831), C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

³⁵ Vid. COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 16 de diciembre de 1987, expediente No. R-012, C.P. Dr. Gaspar Caballero Sierra. Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 1967, expediente No. 868, C.P. Dr. Gabriel Rojas Arbeláez; sentencia del 31 de julio de 1976, expediente No. 1808, C.P. Dr. Alfonso Castilla Saiz; sentencia del 5 de marzo de 1981, expediente No. 2462, C.P. Dr. Jorge Valencia Arango; sentencia del 22 de marzo de 1982, expediente No. 3416, C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo; sentencia del 24 de marzo de 1982, expediente No. 2676, C.P. Dr. Jorge Dangond Flórez; sentencia del 23 de mayo de 1985, expediente No. 3340, C.P. Dr. Eduardo Suescún Monroy.

patrimonial extracontractual del Estado puede provenir tanto de las actividades de la función administrativa del Estado como de las actividades de las funciones legislativas y judiciales de éste.³⁷

Así entonces, se observa que la responsabilidad del Estado se amplió, en primer lugar, porque se incluyó en la Carta Fundamental una cláusula general de responsabilidad del Estado; en segundo término, porque el artículo 90 de la Constitución ordena indemnizar los daños antijurídicos, entendidos como aquellos que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar, los cuales rebasan las cargas que normalmente deben padecer, entonces, aún cuando las actuaciones estén ceñidas a la ley, se puede causar un daño antijurídico; y por último, porque todas las ramas del poder público pueden llegar a ser responsables de sus actos.³⁸

Dentro de tal contexto, la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, reguló ampliamente la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de los agentes judiciales (artículos 65 a 74), a cuyo efecto determinó como títulos de

³⁶ Cfr. DUEÑAS RUGNON, Ramiro. La Responsabilidad del Estado por las Actuaciones Jurisdiccionales. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2008, p. 11; RETIS AMAYA, Juan Manuel. La responsabilidad del Estado por el Error Judicial. En: Conferencia sobre la evolución de la responsabilidad estatal en Colombia. (7º.: 2005: Bogotá D.C.). Acta de la Conferencia sobre la Responsabilidad Estatal en Colombia. Bogotá D.C.: Colegio de Abogados de la Universidad Católica de Colombia, 2005, p. 7.

³⁷ Sobre el particular, ya en 1991 el profesor Escobar López exponía como “sin importar el órgano o agente de la administración que cometa el daño este compromete la responsabilidad estatal por cuanto el daño resulta o de una mala organización o de un funcionamiento defectuoso del servicio, aunque en algunos casos pueda imputársele culpa al agente encargado de prestar ese servicio y por tanto generador del daño”. ESCOBAR LÓPEZ, Edgar. La Responsabilidad del Estado por fallas en la Administración de Justicia. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1991, ps. 7 y ss.

³⁸ *Ibíd.*

imputación para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, al error jurisdiccional, al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y a la privación injusta de la libertad.

Para completar la reglamentación, en el artículo 70 la ley 270 de 1996 se dispone la exoneración de la responsabilidad del Estado por culpa exclusiva de la víctima cuando esta haya actuado con culpa grave o dolo o no haya interpuesto los recursos de ley.

1.4.1. El error jurisdiccional. El error jurisdiccional es entendido por el artículo 66 de la ley 270 de 1996, como “aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”.

De manera que el error judicial “sólo puede configurarse a través de una providencia judicial, de allí una sustancial diferencia con otro tipo de irregularidades que puede cometer la administración de justicia”³⁹; es decir, cualquier otra actuación de un administrador de justicia, así sea en el ejercicio de sus labores públicas no deberá ser evaluada a la luz de la responsabilidad de la administración de justicia por error judicial. Una providencia contraria a la ley “es aquella que surge al subsumir los supuestos de hecho del caso en las previsiones

³⁹ RUÍZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estados y sus Regímenes. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010, p. 456.

de la norma (error de interpretación), de la indebida apreciación de las pruebas en las cuales ella se fundamenta (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde o de la indebida aplicación de la misma.

Igualmente, hay que entender incluida en la definición de error jurisdiccional además las providencias contrarias a la Constitución, que de acuerdo con el artículo 40 es norma de normas⁴⁰. Al respecto, la Corte Constitucional⁴¹, ha restringido el ámbito de aplicación de las citadas normas, en el sentido de asimilar el error judicial a las vías de hecho o al error inexcusable (denominación que recibía en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil).

Como presupuestos para que se configure el error judicial el artículo 67 de la ley 270 de 1996 ha establecido, en primer lugar, que el afectado interponga los recursos de ley, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial, y, en segundo término, que la providencia contentiva de error deberá estar en firme.⁴²

⁴⁰ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 1997, expediente No. 13258, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

⁴¹ Cfr. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 037 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴² Vid. COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1º de octubre de 1992, expediente No. 7058, C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández; sentencia del 14 de agosto de 1997, expediente No. 13258, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 15 de agosto de 2002, expediente No. 25000-23-26-000-1994-9646-01(11889), C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enriquez; sentencia del 20 de abril de 2005, expediente No. 25000-23-26-000-1995-01495-01(14725), C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 31 de agosto de 2005, expediente No. 08001-23-31-000-2003-00076-01(28513), C.P. Dr. María Elena Giraldo Gómez; sentencia del 11 de septiembre de 2006, expediente No. 25000-23-26-000-1994-00252-01(14874), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente No. 70001-23-31-000-1997-06331-01(17412), C.P. Dr. Enrique Gil Botero,

1.4.2. El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. El defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se predica frente a las demás actuaciones judiciales diferentes a las providencias y necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las decisiones jurisdiccionales, y “corresponde a los supuestos en los cuales la administración de justicia no actúa, lo hace de manera deficiente, o incurre en un retardo injustificado de adoptar las decisiones que corresponda, omisiones o irregularidades que causan daño a las partes o a terceros”⁴³.

Sobre el particular, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ha advertido que al tratar sobre la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia, “se debe dar aplicación a todos los criterios que en materia de falla del servicio ha desarrollado la Sala y, en particular, debe considerarse que las obligaciones del Estado son relativas, lo cual significa que al Estado debe exigírsele todo cuanto esté a su alcance, de acuerdo con los medios de que dispone. Para establecer, entonces, cuando una omisión, deficiencia o retardo de una actuación judicial constituyen funcionamiento anormal de la administración de justicia, que da lugar a reparación

sentencia del 26 de julio de 2012, expediente No. 25000232600019990201001(22581), C. P. Danilo Rojas, entre muchas otras.

⁴³ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de abril de 2005, expediente No. 25000-23-26-000-1995-01495-01(14725), C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

debe hacerse referencia a cuáles son los estándares de lo que se considera un funcionamiento normal”⁴⁴.

Así las cosas, para la comprensión de lo que es el defectuoso o anormal funcionamiento de la administración de justicia, debe partirse de una comparación de lo que sería o debía ser el *funcionamiento correcto o normal de la misma*, “lo que remite a unos criterios de actuación, a unos *standards* de funcionamiento, a unos conceptos jurídicos indeterminados de una extrema variabilidad y sujetos a una serie de condicionamientos históricos, técnicos y políticos. Importa señalar que no todo funcionamiento anormal, que no toda deficiencia en la Administración de Justicia, son generadores de responsabilidad, sino aquellos que no van acordes con unos patrones básicos de eficacia y funcionamiento de acuerdo con las necesidades sociales y los intereses de los justiciables. El concepto de funcionamiento anormal es ajeno a toda idea de culpa o negligencia aunque tenga en éstas su origen y se basa únicamente en la causación del daño que actúa como factor desencadenante de la imputación”⁴⁵.

1.4.3. La privación injusta de la libertad. Ha de entenderse que la *ratio normativa* del título de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado precisado por el artículo 68 de la ley 270 de 1996, descansa en la protección y

⁴⁴ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de abril de 2005, expediente No. 25000-23-26-000-1995-01495-01(14725), C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁵ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y Movilla Álvarez, Claudio. El Poder Judicial. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 358.

salvaguarda del derecho fundamental a la libertad, el cual por disposición del propio legislador, puede en algunas ocasiones verse restringido en aras de la vigencia de otros derechos materia también de salvaguardia constitucional, como el de una cumplida y efectiva justicia, a través de la comparecencia del acusado al proceso, su sujeción a un fallo etc.; pero si tal situación desemboca en las hipótesis anunciadas en la norma, los daños deberán ser indemnizados, dada la entidad del bien jurídico afectado.

El desarrollo del concepto de privación injusta de la libertad, con base únicamente en la interpretación del artículo 90 de la Constitución, podría provenir de la definición misma del daño antijurídico, “según el cual éste se presentaría cuando la persona que ha sido privada de la libertad no tenía el deber jurídico de soportar tal privación. En este orden de ideas, podría concluirse que la privación injusta de la libertad, como hecho generador del deber del Estado de reparar los daños antijurídicos causados, se produciría no sólo como consecuencia de la falla en el servicio de la Administración de Justicia -régimen subjetivo de responsabilidad-, sino también al margen de la ilicitud o licitud de la decisión, pues basta la antijuricidad (sic) del daño que, en este caso, está marcado por la injusticia de la detención al margen de la licitud de la medida judicial”⁴⁶.

⁴⁶ COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1º de marzo de 2006, expediente No. 25000-23-26-000-1995-01157-01(14408), C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

Como corolario de lo expuesto, el Consejo de Estado⁴⁷ ha aceptado la existencia de una clase de “responsabilidad objetiva y amplia” para los casos en los que la persona que ha sido privada de la libertad, posteriormente es liberada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, el procesado no lo cometió o la conducta no constituía conducta punible, debido a que allí la privación de la libertad resulta siempre injusta, ya que quien estuvo detenido y sufre un daño antijurídico que no estaba en la obligación de soportar, debe indemnizársele, independientemente de que la conducta del Juez que ordenó la medida se ajuste o no a la ley.

Igualmente, la Corte Constitucional⁴⁸ ha tenido la oportunidad de concretar los términos en que dicho carácter injusto puede generar responsabilidad del Estado por falla del servicio de Administración de Justicia, precisando que la hipótesis descrita por el artículo 68 de la ley 270 de 1996, no excluye la posibilidad de que tenga lugar el reconocimiento de otros casos en los que el Estado deba ser declarado responsable por el hecho de haber dispuesto la privación de la libertad de un individuo dentro del curso de una investigación penal, siempre que en ellos

⁴⁷ Vid. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de marzo de 2002, Radicado No. 1993-9097-01(12076). C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de abril de 2002, expediente No. 13606. C.P. Dra. María Helena Giraldo Gómez; sentencia del 24 de febrero de 2005 Dra. María Elena Giraldo Gómez; sentencia del 1º de marzo de 2006, expediente No. 25000-23-26-000-1995-01157-01(14408), C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enriquez; sentencia del 14 de abril de 2010, expediente No. 25000-23-26-000-1995-00595-01(18960), C.P. Dr. Enrique Gil Botero; sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente No. 20001-23-31-000-1997-03423-01(15463), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia del 29 de marzo de 2012, expediente No. 07001-23-31-000-1999-00025-01(16448), C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth; sentencia del 27 de junio de 2013, expediente No. 27001-23-31-000-2002-00173-01(31033), C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-036 de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

se haya producido un daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Carta Política.

1.4.4. La repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición contra jueces y magistrados. La Constitución Política de 1991 fue lo que realmente le dio significación y trascendencia al tema de la responsabilidad personal de los servidores públicos en general. Ciertamente, el inciso primero del artículo 90 de la Carta Fundamental, consagró la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de la cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas; pero así como los ciudadanos tienen derecho de reclamar los perjuicios causados, el Estado tiene el derecho y el deber de reclamar a sus agentes por la responsabilidad consiguiente.

De esta manera, el inciso segundo del precepto superior en mención seguidamente al establecimiento de la responsabilidad del Estado, dispone la obligación de éste de repetir en contra de sus agentes, cuando con su conducta dolosa o gravemente culposa dan lugar a que se declare la responsabilidad de aquél.

En el caso particular de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico causado por la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario judicial, aquél deberá repetir contra éste la erogación derivada de la

indemnización otorgada al particular víctima del daño causado, conforme lo disponen los artículos 71 y 72 de la Estatutaria de la Administración de Justicia.

Para dichos efectos, el artículo 72 de la ley 270 de 1996 presume que constituye culpa grave o dolo las siguientes conductas:

- La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable;
- El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación, y
- La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

La repetición deberá ejercitarse por el Director Ejecutivo de Administración Judicial⁴⁹, a partir de la fecha en que la Rama Judicial haya realizado el pago de la

⁴⁹ La Nación - Rama Judicial, concebida como un todo compuesta por diferentes órganos en aquellos procesos judiciales que son de su competencia, es representada judicialmente por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, por disponerlo así el numeral 8º del artículo 99 de la Estatutaria de la Administración de Justicia.

obligación indemnizatoria a su cargo, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Ministerio Público.

Igualmente, en los procesos de reparación directa adelantados para obtener el resarcimiento del daño antijurídico imputable a la Administración de Justicia, causados por la acción o la omisión de los agentes judiciales, es procedente que la Rama Judicial llame en garantía a su agente, por hechos acaecidos con su conducta dolosa o gravemente culposa, para que reembolse o total o parcialmente la suma que por concepto de indemnización debe pagar el Estado, tal como lo enseña la parte final del artículo 72 de la ley 270 de 1996, en concordancia con los artículos 225 del Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (ley 1437 de 2011), 19 de la ley 678 de 2001, 57 del Código de Procedimiento Civil y 64 a 66 del Código General del Proceso.

2. EL CONTRATO DE SEGURO

2.1. EL SEGURO

En el derecho moderno se observan tres instituciones orientadas a brindar protección y resarcimiento a los miembros de la sociedad: la seguridad social, la responsabilidad (civil y administrativa) y el seguro en sus distintas manifestaciones. Desde el punto de vista de la capacidad económica para reparar efectivamente las contingencias se encuentra una diferencia marcada entre las mencionadas figuras, dado que mientras la seguridad social y los seguros cuentan con una estructura de funcionamiento basada en entidades especializadas, cálculos actuariales, mecanismos de dispersión y traslación de riesgos, respaldo patrimonial y de reservas, la responsabilidad en sí misma continúa siendo una figura cuyo funcionamiento depende de la capacidad patrimonial individual del agente generador del daño.⁵⁰

La situación descrita explica la necesidad de complementar la responsabilidad (civil y administrativa) con el seguro, el cual ayudará a aquella para que funcione

⁵⁰ Cfr. DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El Seguro de Responsabilidad. 1ª Ed., 2ª imp. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del rosario, Pontificia Universidad Javeriana, 2006, p. 28.

con mayor eficacia y se traduzca en una mejor protección de la víctima, así como de la integridad patrimonial del responsable.⁵¹

En efecto, el costo de la reparación de un daño futuro e incierto ejerce sobre el eventual sujeto pasivo una influencia de tal transcendencia que lo coloca, casi compulsivamente, ante la necesidad de adoptar técnicas preventivas que ayuden a bloquear, total o parcialmente, las consecuencias emanadas de un daño eventual. Una de ellas indiscutiblemente la constituye el seguro, en tanto su función reside en satisfacer la necesidad de previsión frente a todo tipo de eventos dañosos, futuros e inciertos y, en principio, cualquiera sea la fuente que los origina.⁵²

Así entonces, detrás del deseo de seguridad o protección subyace en la persona una necesidad económica de que no sucedan hechos peligrosos irresistibles, que provoquen la pérdida de sus bienes. De ésta finalidad deriva la filosofía del seguro como hecho económico, ya que del deseo de seguridad o protección subyace en el ser humano una necesidad económica de que no sucedan hechos peligrosos irresistibles, que perjudiquen a su patrimonio. En consecuencia, el objeto del seguro es la cobertura de un riesgo al que se hallan expuestas las personas o las cosas aseguradas

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Cfr. STIGLITZ, Gabriel A. *Daños y Perjuicios*. Buenos Aires: Editorial La Rocca, 1987, ps. 88 y 91.

Pues bien, en estricto sentido, el seguro no aniquila el daño sino que tolera un traslado de la carga económica por el sujeto amenazado por un evento patrimonialmente desfavorable, a otro (asegurador) que, a esos fines, ha constituido una mutualidad especialmente “preparada para absorber el riesgo de indemnización”⁵³.

El seguro como institución jurídica escapa a una definición concreta capaz de enmarcarlo en toda su dimensión. Tal imposibilidad se debe, como sostiene Ossa Gómez⁵⁴, a la complejidad del contenido y a los diversos aspectos que comprende la institución, a saber, el económico, el jurídico, el político y el técnico.

No obstante lo anterior, muchos tratadistas han contribuido con suministrar definiciones respecto al seguro, basando sus conceptos en la jurisprudencia, en la doctrina y en la práctica. Así, por ejemplo, el famoso tratadista francés Joseph Hémard, quien se muestra contrario a las definiciones legales, pero considera que la doctrina no debe dejar de formularlas haciendo un estudio de las diversas definiciones que hasta 1924 se habían propuesto para el seguro, exponiéndolas en tres títulos correspondientes a los aspectos económico, jurídico y técnico, reservando un último título para presentar su definición: “el seguro es una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un

⁵³ FRIEDMANN, Wolfgang. El derecho en una sociedad en transformación. México: Fondo de Cultura Económica, 1966, p. 144. Traducido por TORNER, Florentino M.

⁵⁴ OSSA GÓMEZ, J. Efrén. Teoría General del Seguro. Bogotá: Editorial Temis, 1988, t. I, p. 12.

riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que toma a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a las leyes de la estadística”⁵⁵.

Por su parte, el tratadista alemán Alfredo Manes, sostiene que el seguro es “aquel sistema por medio del cual un gran número de existencias económicas amenazadas por idénticos peligros se organiza para atender mutuamente a posibles necesidades fortuitas y tasables en dinero”⁵⁶.

En similar sentido, Benítez de Lugo indica que el seguro “es la institución de previsión por excelencia para la protección de las necesidades y consecuencias dañosas de los riesgos; por él no se evita, pero a través suyo se reparan los perjuicios patrimoniales derivados del siniestro”⁵⁷.

A su turno, el mexicano Vargas Aguilar ha señalado que el seguro “es el sistema que permite convertir una posibilidad de pérdida total, valorada en dinero, en una pérdida segura llamada prima, pero tan pequeña que no afecta el patrimonio del

⁵⁵ HÉMARD, Joseph. *Théorie et Pratique des Assurances Terrestres*. París: Imprimerie Contant-Laguerre, 1925. Citado por RODRIGUEZ y RODRÍGUEZ, Joaquín. *El contrato de seguro en el derecho mexicano*. México: Amic Editor, 1976, p. 11.

⁵⁶ MANES, Alfredo. *Teoría General del Seguro*. Madrid: Editorial Logos, 1930, p. 13. Traducido por SOTO, Fermín.

⁵⁷ BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO, Luis. *Tratado de Seguros*. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955, t. I, p. 43.

asegurado”⁵⁸.

2.2. EL CONTRATO DE SEGURO

El instrumento mediante el cual se realiza la operación de seguro es el contrato de seguro.⁵⁹ No existe una definición única de dicho contrato; empero, todas hacen de este negocio jurídico una figura similar en los distintos países que la regulan o permiten, con muy pocos rasgos diferenciales.

De esta forma, en el marco de la doctrina extranjera, el maestro y jurista Capitant ha señalado que el contrato de seguro es aquel negocio jurídico “por el cual un asegurador, mediante el pago de una prima o cotización, se obliga a pagar al asegurado o al beneficiario convenido una indemnización, capital o renta, en caso de producirse un riesgo determinado”⁶⁰.

En el mismo contexto, el tratadista argentino R. Stiglitz lo identifica “como una operación jurídico-económica cuya materia la constituye el intercambio de una cotización o prima a cargo del asegurado, por el resarcimiento de un daño, si es que se verifica un evento futuro e incierto susceptible de provocarlo, o el

⁵⁸ VARGAS AGUILAR, Juan Carlos. Fundamentos para el Desarrollo de Productos de Daños. Trabajo presentado para el X Premio de investigación sobre Seguros y Fianzas 2003. México: Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF), 2003, p. 7.

⁵⁹ Cfr. CÁRDENAS, Alejandra y MARTÍNEZ, John Jairo. Regulación de las inversiones de las compañías de seguros en Colombia. En: Derecho Económico No. IV. Colección Enrique Low Murtra. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 40.

⁶⁰ CAPITAT, Henri. Vocabulario Jurídico. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1961, p. 505. Traducido por GUAGLIANONE, Aquiles Horacio.

cumplimiento de una prestación a cargo del asegurador. Ello significa que el asegurador se compromete, contra el pago de un precio convenido, a eliminar las consecuencias dañosas sufridas por el asegurado derivadas de la verificación de un siniestro cubierto⁶¹

Entre tanto, la legislación comercial colombiana, en el Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, optó por definir el contrato de seguro utilizando para ello las características y elementos esenciales de dicho negocio jurídico. De esta manera, el artículo 1036⁶² del Código de Comercio estipula que “El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.

Así entonces, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional, tratando de lograr una síntesis de las características y elementos descritos por el Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, han presentado una serie de definiciones que proporcionan una idea general de lo que es el contrato de seguro.

De este modo, por ejemplo, tratadistas tan autorizados como José Efrén Ossa definen el negocio jurídico objeto de estudio como “un contrato solemne, bilateral, oneroso y aleatorio (artículo 1036) en que intervienen como partes el asegurador, persona jurídica que asume los riesgos (artículo 1037, ordinal 1) y el tomador que, obrando por cuenta propia o por cuenta de un tercero, traslada los riesgos

⁶¹ STIGLITZ, Rubén S. Derecho de Seguros. 3ª Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001

⁶² El artículo 1036 del Código de Comercio fue modificado por el artículo 1º de la Ley 389 de 1997.

(artículos 1037, ordinal 2 y 1039), cuyos elementos esenciales son (artículo 1045) el interés asegurable (artículo 1083 y 1137), el riesgo asegurable (artículo 1054), la prima, cuyo pago impone a cargo del tomador (artículo 1066) y la obligación condicional del asegurador que se transforma en real con el siniestro (artículo 1072) y cuya solución debe aquel efectuar dentro del plazo legal”⁶³.

En similar forma los doctores Bustamante Ferrer y Uribe Osorio, señalan que “el Seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio por el cual una persona natural o jurídica, toma sobre sí por un determinado tiempo, todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida, o cualquier otro daño estimable, que sufran los objetos asegurados”⁶⁴.

A su vez, el profesor Herrera Rico, le define como “un contrato por el cual una parte (el asegurado) obtiene la promesa de otra persona (el asegurador), a cambio de una remuneración (prima), de que en caso de la realización de un riesgo (siniestro), recibirá una compensación (indemnización)”⁶⁵.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que el contrato de seguro es “aquel negocio ... bilateral, oneroso, aleatorio y de tracto sucesivo por virtud del

⁶³ OSSA, José Efrén. Op. cit., p. 2.

⁶⁴ BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés. Principios Jurídicos del Seguro. 3ra Ed. Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 1.

⁶⁵ HERRERA RICO, Luciano. Diccionario Elemental de Seguros. Santafé de Bogotá D.C.: Valencia & Iragorri Ltda., 1995, p. 34.

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, según se trate de seguros respecto de intereses sobre cosas, sobre derechos o sobre el patrimonio mismo, supuestos en que se les llama de daños o de indemnización efectiva, o bien de seguros sobre las personas cuya función, como se sabe, es la previsión, la capitalización y el ahorro. Salta a la vista, pues, que uno de los elementos esenciales en este esquema contractual es la obligación condicional contraída por el asegurador de ejecutar la prestación prometida si llegare a realizarse el riesgo asegurado, obligación que por lo tanto equivale al costo que ante la ocurrencia del siniestro debe aquel asumir, y significa así mismo la contraprestación a su cargo, correlativa al pago de la prima por parte del tomador”⁶⁶.

2.2.1. Personas que intervienen en el contrato de seguro. Aunque las personas que intervienen en el contrato de seguro, antes que elementos esenciales, son los sujetos de la relación contractual. En el contrato de seguro pueden hallarse dos tipos de sujetos diferenciables por el menor o mayor grado de participación en la manifestación de voluntad al momento de celebrar el contrato. De este modo, se encuentran las partes y los demás intervinientes.

⁶⁶ COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 22 de julio de 1999, expediente No. 5065, M.P. Dr. Nicolás Bechara Simancas.

2.2.1.1. Las partes. De conformidad con lo establecido en el artículo 1037 del Código de Comercio colombiano, son partes del contrato de seguro el asegurador y el tomador.

El asegurador, de conformidad con el artículo 1037 numeral 1º del Código de Comercio es “la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos”; de manera que, las personas naturales no pueden tomar el papel del asegurador. En Colombia, el asegurador debe ser una empresa constituida como sociedad anónima o una cooperativa⁶⁷ admitida legalmente. Necesitan certificado de autorización de la Superintendencia Financiera y se someten a control y supervisión de la misma, como se consagra en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.⁶⁸

⁶⁷ Las entidades cooperativas que presten el servicio de aseguradoras deberán ser especializadas y tener como principal interés a sus asociados y a las personas vinculadas a ellas. Descritos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, capítulo XI, artículo 38, numeral 5 de la primera parte.

⁶⁸ En Colombia, por expreso mandato del artículo 150 numeral 19 literal d de la Constitución Política, corresponde al Congreso dictar las normas generales señalando los objetivos y criterios a los cuales se someterá el Gobierno para regular la actividad aseguradora. Asimismo, el artículo 189 de la Carta Fundamental, otorga al Presidente, como jefe de estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, ejercer conforme a la Ley, la inspección, vigilancia y control sobre la actividad aseguradora. Tal facultad fue delegada a la Superintendencia Financiera, de forma que es ésta el organismo de control encargado de velar por que se den las condiciones apropiadas para el desarrollo del mercado asegurador.

De acuerdo con el decreto 4327 expedido el 25 de noviembre de 2005, se estableció la fusión en la Superintendencia Financiera de las Superintendencias Bancaria y de Valores, con el fin de evitar la duplicidad de funciones. La Superintendencia Financiera es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, que ejerce la inspección, control y vigilancia sobre las actividades financieras, bursátiles, aseguradoras y cualquier otra relacionada con el manejo aprovechamiento o inversión de recursos captados del público en Colombia.

El tomador, entre tanto, es cualquier sujeto de derecho⁶⁹ que interviene como parte en la formación del contrato en cuanto a contraparte del asegurador, quien “obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos” (art. 1037 num. 2º, C. de Co.) a un asegurador que los acepta.

2.2.1.2. Demás Intervinientes

2.2.1.2.1. El asegurado. Tiene el carácter de asegurado el titular del interés asegurable en el riesgo que se traslada. Es la persona que queda libre del riesgo, naturalmente dentro de la relatividad del concepto de indemnización.⁷⁰

La situación perfecta en el contrato de seguro, en cuanto al equilibrio en la actualización y el cumplimiento de las obligaciones de las partes, se presenta cuando las condiciones del tomador y asegurado se confunden en una misma persona, porque el contrato se celebra en interés de él mismo, y es a él, a quien corresponde verdaderamente el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato. Lo mismo sucede, naturalmente, cuando hay representación legalmente conferida, porque también actúa el asegurado por intermedio de su representante.⁷¹

⁶⁹ “A diferencia del asegurador, el tomador no requiere ninguna cualificación especial: puede ser cualquier sujeto de derecho, persona natural o jurídica o inclusive un patrimonio autónomo...; en suma, cualquier sujeto de derechos puede realizar las traslación de los riesgos sea que graviten sobre su patrimonio o sobre el de un tercero”. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. 4ª Ed. Bogotá D.C.: Dupre Editores, 2004, p. 91.

⁷⁰ Cfr. BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés. Op. cit., p. 38.

⁷¹ *Ibíd.*

2.2.1.2.2. El beneficiario. El beneficiario “será la persona que tiene derecho a recibir la indemnización, aun cuando no necesariamente debe tener interés asegurable, como sucede en los casos donde la designación se hace por mera liberalidad”⁷².

El beneficiario tiene especial importancia en el contrato de seguro, empero el Código de Comercio no proporciona definición alguna sobre la figura. No obstante, a él se refieren expresamente varios de los artículos del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio.

En efecto, el artículo 1141 del estatuto mercantil señala que “será beneficiario a título gratuito aquel cuya designación tiene por causa la mera liberalidad del tomador. En los demás casos, el beneficiario será a título oneroso. En defecto de estipulación en contrario, se presumirá que el beneficiario ha sido designado a título gratuito”.

A su turno, el artículo 1142 del Código de Comercio consagra que los beneficiarios serán supletivos, “cuando no se designe beneficiario, o la designación se haga ineficaz o quede sin efecto por cualquier causa, tendrán la calidad de tales el cónyuge del asegurado, en la mitad del seguro, y los herederos de éste en la otra mitad..- Igual regla se aplicará en el evento de que se designe genéricamente como beneficiarios a los herederos del asegurado”.

⁷² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 91.

Tomador, asegurado y beneficiario pueden ser una misma persona si en ella se dan todas las características, o pueden serlo dos o tres personas diferentes o también, un grupo de personas en cada una de esas circunstancias, pues nada impide la pluralidad de sujetos en cada una de las mencionadas calidades.⁷³

Ahora bien, del beneficiario no se puede predicar que sea parte del contrato de seguro, pero tampoco tiene las características normales de un tercero. Ciertamente, los artículos 1041, 1044, 1047 ordinal 3º, 1054, 1055, 1075, 1078, 1080, 1137, 1142, 1143, 1144, 1146, 1147, 1148, 1149 y 1150 del Código de Comercio, le imponen obligaciones precisas en el desarrollo del contrato, cuya falta de cumplimiento se equiparan algunas veces a las del tomador o del asegurado, con consecuencias jurídicas similares a las que produce en un contrato el incumplimiento de una de las partes.⁷⁴

En otros aspectos, es un tercero que solo tiene expectativas de un derecho. Pero si es un beneficiario a título oneroso tiene derechos claros en el contrato, los cuales, sin su aquiescencia, no pueden ser modificados por las partes. Acaecido el siniestro, sea beneficiario a título oneroso o gratuito, comparte obligaciones precisas con el asegurado, de incumplimiento sancionable, y el asegurador puede oponer contra él las excepciones que podría oponerle al asegurado.⁷⁵

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Cfr. BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés. *Op. cit.*, p. 40.

⁷⁵ *Ibíd.*

2.2.1.2.3. Los intermediarios de seguros. Los denominados intermediarios de seguros, que pueden ser corredores, agencias o agentes, cuya función consiste en realizar la intermediación entre los tomadores de seguros y las compañías de seguros; estos intermediarios se constituyen como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, las cuales se encuentra vigiladas por la Superintendencia Financiera.⁷⁶

2.2.2. Elementos del contrato de seguro. El Código Civil en el artículo 1502 establece los elementos generales para que una persona obligue a otra por un acto o declaración de voluntad. Por su parte, el artículo 1045 del Código de Comercio estipula los elementos que se estiman esenciales en el contrato de seguro y establece que la ausencia de cualquiera de ellos, por ser concurrentes indispensables, dará lugar a que el seguro no produzca efecto alguno sin necesidad de declaración judicial (art. 897, C. de Co.).

Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- El interés asegurable;
- El riesgo asegurable;
- La prima o precio del seguro, y
- La obligación condicional del asegurador.

⁷⁶ Cfr. CÁRDENAS, Alejandra y MARTÍNEZ, John Jairo. Op. cit., p. 41.

2.2.2.1. El interés asegurable. El interés asegurable ha sido considerado en forma más o menos unánime entre la doctrina, como la relación lícita de carácter económico existente entre el objeto que se asegura y la persona que lo asegura.

Así, por ejemplo, el destacado tratadista Rodríguez y Rodríguez ha señalado que el interés asegurable es “el vínculo económico en virtud del cual la necesidad económica que provoca la producción del riesgo repercute desfavorablemente en un determinado patrimonio”⁷⁷.

El profesor Efrén Ossa⁷⁸, entre tanto, indica que es la relación económica amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla con las cosas o derechos, tomados en sentido general o particular. Objeto del interés pueden ser las cosas individualizadas (en los seguros reales) o el patrimonio (en los seguros patrimoniales). "El interés existe tanto en el activo, por la necesidad de prevenir su disminución, como en el pasivo por la de evitar su incremento eventual (seguro de responsabilidad civil). Y no sólo en los bienes presentes, sino en la esperanza cierta y fundada de futuras ganancias (seguro de lucro cesante)"⁷⁹. El interés debe ser lícito y estimable en dinero.

⁷⁷ RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. El contrato de seguro en el derecho mexicano. México: Amic Editor, 1976, t. II, p. 64.

⁷⁸ Cfr. OSSA, José Efrén. Op. cit., p. 66.

⁷⁹ *Ibíd.*

Las anteriores definiciones permiten encontrar una serie de elementos en los que vale la pena detenerse. Así, por ejemplo, Halperin⁸⁰ sostiene que el interés asegurable depende de tres elementos, a saber:

- Un bien;
- La relación jurídica con éste, y
- Su exposición al riesgo.

A su vez, Rubén Stiglitz⁸¹ enseña que el interés asegurable se integra de:

- Una persona titular del interés;
- Un bien sobre el que se asienta o es objeto del interés, y
- La relación existente entre el titular y el bien.

De manera que el interés asegurable se compone del vínculo de dos elementos: En primer lugar, un elemento subjetivo (su titular), a quién legitima en su pretensión de cobertura asegurativa, y, en segunda medida, el objetivo, o sea, el bien que se asegurara, cuyo valor servirá en principio como límite del aseguramiento.

⁸⁰ HALPERIN, Isaac. Lecciones de Seguros. 7ª Reimp. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993, p.

5.
⁸¹ STIGLITZ, Rubén. Op. cit, p. 276.

Ahora bien, es importante reconocer que sobre un mismo bien pueden concurrir varios riesgos (en un inmueble: el incendio, el terremoto, la inundación, la destrucción, etc.), lo cual hace válido que pueda ser asegurado por la ocurrencia de diferentes eventos en pólizas diferentes o en una misma.⁸²

Cuando se efectúa la distinción entre “las cosas individualizadas o el patrimonio” y cuando se hace alusión al activo y el pasivo, se refiere a la posibilidad de protegerse por medio del contrato de seguro de riesgos que pueden afectar de manera negativa el patrimonio a través de un acrecentamiento del pasivo o de la merma o desaparición de ingresos que permitan el normal desarrollo de la actividad del asegurado.⁸³

De esta manera, el Código de Comercio en el artículo 1083 (para seguro de daños) y en el artículo 1137 (para seguros de personas) hace referencia al interés asegurable condicionado por la posibilidad de afectación de una relación jurídica de contenido patrimonial cuando ocurra un siniestro.

Así las cosas, el contrato de seguro exige estimación económica para determinar el valor del interés asegurable, y lo ideal es que la suma asegurada corresponda a

⁸² Cfr. MONTOYA LONDOÑO, Carlos Alberto. Manual de Seguros. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2001, p. 12.

⁸³ *Ibíd.*

dicho valor;⁸⁴ sin embargo, en la práctica, en esa relación pueden darse tres posibilidades:⁸⁵

- El valor asegurado está por debajo del valor real del interés asegurado; por lo cual se dice que éste se encuentra infrasegurado.

- El valor asegurado es superior al valor real del interés asegurado, se dice, entonces, que el mismo se encuentra supra o sobreasegurado.

- El valor asegurado coincide con el valor real del interés asegurado.

Lo anterior, es predicable en los seguros de daños y especialmente en los seguros reales,⁸⁶ no es aplicable a los seguros de personas en general, de manera que no

⁸⁴ Cfr. DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Op. cit., ps. 133-136.

⁸⁵ Cfr. MONTOYA LONDOÑO, Carlos Alberto. Op. cit., p. 13.

⁸⁶ La Corte Suprema de Justicia ha señalado como El contrato de seguro de daños es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado. “Tal la razón para que el tomador, en caso de presentarse el riesgo, no pueda reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, más no para conseguir un lucro. Los seguros como el de cumplimiento – que por su naturaleza corresponde a los seguros de daños, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, el sólo incumplimiento por parte del asegurado no constituye por si mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría de fuente de enriquecimiento para el asegurado. En síntesis, siendo principio rector en materia de seguros de daños, que este contrato no puede ser fuente de ganancia y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio, la obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro, de la medida del daño efectivamente sufrido

tiene aplicación en los seguros de vida; en este campo, ni la ley ni la costumbre han fijado parámetros para cuantificarlo. Lo único que se prevé en el ordenamiento jurídico es que el valor asegurado resultará del acuerdo entre las partes. Comercialmente se determina teniendo en cuenta la salud, la solvencia moral y la capacidad de pago de quien desea asegurarse.

2.2.2.2. El riesgo asegurable. La noción de “riesgo” se encuentra indisolublemente ligada al concepto de “actividad”.⁸⁷ De acuerdo con el artículo 1054 del Código de Comercio, el riesgo asegurable es “el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

En virtud de la definición suministrada por el estatuto mercantil colombiano, el riesgo asegurable debe presentar los siguientes elementos característicos: Ser factible, futuro; incierto, por no depender exclusivamente de la voluntad del

y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia de 22 de julio de 1999, expediente No. 5065, M.P. Dr. Nicolás Bechara Simancas.

⁸⁷ GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial. 4ª Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, t. II, p. 467.

tomador, del asegurado o del beneficiario, y su realización da origen a la obligación del asegurador.

2.2.2.2.1. Ser factible. Para que el riesgo sea asegurable debe ser factible, debido a que se requiere de un suceso cuya realización sea físicamente posible, esto es, que la lógica y la razón permitan tenerlo como probable, es decir que no contraríe las leyes de la naturaleza física; así, por ejemplo, “nadie puede asegurarse contra el riesgo de que se desplome el firmamento”⁸⁸.

Igualmente, debe ser moralmente posible, o sea que no constituya hecho prohibido por las leyes u opuesto a las buenas costumbres o al orden público (art. 1532 del C.C.).⁸⁹ Para el efecto, ilustrativa y pedagógica se encuentra la explicación brindada por el doctor Ossa⁹⁰, según la cual el riesgo se mueve en un plano, enmarcado por dos límites, la imposibilidad, que se representa con el número 0, y la certeza, a la que le asigna el número 1, de forma que el hecho físicamente imposible, así como el que inevitablemente sucederá no son posibles de asegurar, excepción hecha de la muerte, que siendo inevitable es factible asegurarla.⁹¹

⁸⁸ GARRIGUES, Joaquín. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid: Editorial Aguirre, 1982, p. 143.

⁸⁹ Cfr. BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés. Op. cit., p. 71.

⁹⁰ OSSA, J Efren. Op. cit, p. 95.

⁹¹ Cfr. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil y Agraria. Sentencia del 3 de mayo de 2000, expediente No. 5360, M.P. Dr. Nicolás Bechara Simancas; sentencia del 2 de agosto de 2001, expediente No. 6146, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; sentencia del 11 de abril de 2002, expediente No. 6825, M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros; sentencia del 24 de octubre de 2005, expediente No. 9559, M.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno; sentencia del primero de junio de 2007, expediente No. 66001-3103-004-2004-00179-01, M.P. Dra. Ruth Marina

2.2.2.2. Ser futuro. El riesgo debe versar sobre sucesos cuya realización no haya acaecido, ya que los hechos ya acontecidos, por ser ciertos y, por ende no ser futuros, ya no entrañan riesgo asegurable de conformidad con la ley.⁹²

Al decir suceso futuro pareciera excluirse definitivamente la posibilidad de asegurar hechos pasados, teniendo en cuenta que estos ya no son inciertos. Sin embargo, sobre este tema el decreto 663 de 1993 y la ley 389 de 1997 abrieron la posibilidad de asegurar, mediante convenio expreso, los hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por el tomador y el asegurador. La reforma introducida por la ley 389 de 1997 permitió asegurar tanto para la Responsabilidad Civil como para Manejo de Riesgos Financieros los eventos descubiertos durante la vigencia de la póliza, sin importar el momento de su ocurrencia.⁹³

2.2.2.3. Ser incierto. Para que el riesgo sea asegurable se requiere “que esté siempre sujeto a la contingencia de que pueda ocurrir o no. Se excluye la muerte que cumple la condición en los seguros de vida, porque, aunque ha de ocurrir, la contingencia está en el desconocimiento del instante en que ocurra”⁹⁴. Por lo tanto, el riesgo asegurable se encuentra limitado por la certeza; para que exista

Díaz Rueda; sentencia del 13 de febrero de 2008, expediente No. C-7300131030042004-00037-01, M.P. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar; sentencia del primero de septiembre de 2010, expediente No. C-05001-3103-001-2003-00400-01, M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla; sentencia del 25 de mayo de 2012, expediente No. C-05001-3103-001-2006-00038-01, M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

⁹² Cfr. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil y Agraria. Sentencia del 5 de noviembre de 1998.

⁹³ Cfr. MONTOYA LONDOÑO, Carlos Alberto. Op. cit., p. 14.

⁹⁴ BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés. Op. cit., p. 69.

debe haber una incertidumbre objetiva,⁹⁵ no subjetiva (aquella que existe en la conciencia de las partes sobre si un hecho pudo ocurrir o no) sobre su ocurrencia.⁹⁶

2.2.2.2.4. No debe depender exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario. Otro de los aspectos característicos del riesgo es el de la independencia frente a la voluntad exclusiva del tomador, asegurado o beneficiario en la realización del mismo. Al respecto, en atinados comentarios, el profesor Efrén Ossa ha sostenido que “lo único que escapa al ámbito del riesgo es el acto vinculado a la voluntad del asegurado mediante una dependencia exclusiva”⁹⁷. Otra cosa distinta es, que se trate de un acto que dependa tanto de la voluntad del asegurado como de un tercero, evento que si se encontraría encuadrado dentro del ámbito del riesgo de acuerdo con la legislación comercial colombiana.⁹⁸

⁹⁵ Cfr. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil y Agraria. Sentencia del 3 de mayo de 2000, expediente No. 5360, M.P. Dr. Nicolás Bechara Simancas; sentencia del 2 de agosto de 2001, expediente No. 6146, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; sentencia del 11 de abril de 2002, expediente No. 6825, M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros; sentencia del 24 de octubre de 2005, expediente No. 9559, M.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno; sentencia del primero de junio de 2007, expediente No. 66001-3103-004-2004-00179-01, M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda; sentencia del 13 de febrero de 2008, expediente No. C-7300131030042004-00037-01, M.P. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar; sentencia del primero de septiembre de 2010, expediente No. C-05001-3103-001-2003-00400-01, M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla; sentencia del 25 de mayo de 2012, expediente No. C-05001-3103-001-2006-00038-01, M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

⁹⁶ Cfr. MONTOYA LONDOÑO, Carlos Alberto. Op. cit., p. 14.

⁹⁷ OSSA, José Efrén. Op. cit., p. 94.

⁹⁸ Cfr. JARAMILLO J., Carlos Ignacio. Derecho de Seguros. Bogotá D.C.: Editorial Temis, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Estudios, 2011, t. II, p. 149; OSSA, J Efrén. Op. cit., p. 96.

Pues bien, la exigencia legal de que el riesgo no dependa exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o del beneficiario permite afirmar que si bien puede existir participación, ésta no ha de ser la causa única del hecho dañoso, pues en caso contrario no podría ser considerado como riesgo a la luz de las normas que regulan la actividad aseguradora. Desde esta perspectiva se abre la posibilidad de clasificar los hechos en:

- Típicamente fortuitos;
- Culposos, e
- Intencionales

2.2.2.2.4.1. Típicamente fortuitos. Son aquellos sucesos en los cuales no hay participación de la voluntad humana,⁹⁹ y que simplemente acontecen sin que realmente sepamos la razón ni los podamos controlar; los causados por la acción incontrolable de la naturaleza.¹⁰⁰

Las sanciones penales o policivas, empero hallarse en el campo de lo fortuito, de lo incierto, son claramente inasegurables por lo expresado en el artículo 1055 del Código de Comercio, aunque el hecho generador no haya dependido de la voluntad exclusiva del tomador, asegurado o beneficiario.

⁹⁹ Cfr. VEIGA COPO, Abel B. Caracteres y Elementos del Contrato de Seguro. Póliza y Clausulado. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda, Biblioteca Jurídica Dike, 2010, p. 52.

¹⁰⁰ Cfr. MONTOYA LONDOÑO, Carlos Alberto. Op. cit., p. 14; OSSA, José Efrén. Op. cit., p. 97.

2.2.2.2.4.2. Culposos. Son los sucesos en los cuales sí encontramos participación de la voluntad humana, pero no como hecho determinante, sino coadyuvante. Estos hechos admiten diversos grados, el hecho puede ser perceptible (culpa leve), pueden ser objeto de cobertura por el seguro; notorio (culpa grave), que en materia civil equivale al dolo, los cuáles son inasegurables, aunque las excepciones a la norma no son escasas,¹⁰¹ o imperceptible (culpa levísima). Mientras menor sea la intervención de la voluntad, mayor será la del caso fortuito.¹⁰²

Son aquellos causados por impericia, negligencia o imprudencia humana. Si bien dichas expresiones son empleadas como sinónimas, refiriéndose a la asunción de un riesgo excesivo, un riesgo no permitido, y haber infringido, con ello, unos deberes de cuidado; sin embargo, existen diferencias de matiz cuando se manejan los mismos términos en el campo profesional,¹⁰³ puesto que dichas referencias son utilizadas como parámetro jurídico (modelo objetivo de diligencia) que sirve

¹⁰¹ En virtud de lo establecido por la Ley 45 de 1990, en los seguros de responsabilidad civil, se pueden amparar los siniestros que tienen origen en la culpa grave del asegurado, por lo cual, a menos que se excluya expresamente en el contrato, opera el amparo. Así, la culpa grave es un riesgo asegurable, no obstante la limitación general establecida en el artículo 1055 del C. de Co.

Respecto al suicidio, se ha generado controversia relacionada con si es o no indemnizable la muerte del suicida. La doctrina ha partido de diferenciar entre el suicidio voluntario y el involuntario, sosteniendo que solamente en esta última modalidad opera el amparo.

¹⁰² Cfr. MONTOYA LONDOÑO, Carlos Alberto. Op. cit., p. 14; OSSA, José Efrén. Op. cit., p. 97; VEIGA COPO, Abel B. Op. cit., p. 52.

¹⁰³ Cfr. RETIS AMAYA, Juan Manuel. Las teorías del riesgo excepcional y el daño especial en la responsabilidad del Estado. En: Conferencia sobre la evolución de la responsabilidad estatal en Colombia. (3º.: 2005: Bogotá D.C.). Acta de la Conferencia sobre la Responsabilidad Estatal en Colombia. Bogotá D.C.: Colegio de Abogados de la Universidad Católica de Colombia, 2005, p. 6.

para valorar aquellas acciones u omisiones profesionales en aras a la determinación del elemento subjetivo de responsabilidad.

2.2.2.2.4.2.1. La impericia. Para obtener un acercamiento al significado de la expresión “impericia”, es preciso comprender primero lo que por “pericia” se entiende. El Diccionario de la Real Academia define el vocablo “pericia” como “sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte”¹⁰⁴. Históricamente “la noción de pericia no se diferencia de la diligencia, sino que es esta misma en cuanto se configura en base al modelo de experto”¹⁰⁵; por lo cual, se ha precisado que la pericia es el “esquema de conducta que sólo puede ser integrado por un modelo que presupone una determinada habilidad técnica. Es la diligencia del experto”¹⁰⁶.

De este modo, por impericia habrá que entender la falta de conocimientos suficientes y la falta de habilidad; la no posesión de la preparación o capacidad requeridas para el ejercicio de cierta actividad o de determinada profesión.¹⁰⁷

En la esfera de la responsabilidad civil, la impericia ha sido definida por Badosa Coll “en su sentido más comprensivo, como la ignorancia por el deudor de unas

¹⁰⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. No. 22ª Ed. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., 2001, t. VIII, p. 1405.

¹⁰⁵ BADOSA COLL, Ferran. La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1987, p. 122.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 123.

¹⁰⁷ SILVA SILVA, Hernán. Medicina Legal y Psiquiatría Forense. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1995, t. II, p. 585.

determinadas reglas técnicas, que da lugar a la infracción del modelo de conducta profesional (pericia en sentido objetivo) asumido como debido para la obligación de la que es titular”¹⁰⁸.

En este orden de ideas, la expresión impericia denota la asunción de un riesgo excesivo, un riesgo no permitido, y haber infringido, con ello, unos deberes de cuidado; y, más específicamente, a la falta de conocimientos necesarios para actuar, a la falta de habilidad, a la ineptitud, la no posesión de la capacidad requerida, en último término.

Así entonces, “el ostentar un título profesional de acuerdo con la normativa docente y académica, crea, indiscutiblemente, una presunción de idoneidad y competencia que encuentra su cara negativa en la impericia, entendiendo por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido”¹⁰⁹, es decir, “un no saber lo que se debe saber, inexcusable en un profesional”¹¹⁰, ya que por el mero hecho de comprometerse éste a la realización de un acto concreto, inserto en el marco de

¹⁰⁸ BADOSA COLL, Ferran. Op. cit., ps. 122-123.

¹⁰⁹ Cfr. RETIS AMAYA, Juan Manuel. Las teorías del riesgo excepcional y el daño especial en la responsabilidad del Estado.... op. cit., p. 8.

¹¹⁰ RUIZ VADILLO, Enrique. La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales. Madrid: Instituto de Fomento Sanitario, 1996, ps. 67 y 68.

su especialidad, recae sobre él una presunción de pericia de tal manera que resulta imperito defraudada, lógicamente, la confianza depositada en él.¹¹¹

De esta suerte, el profesional incurre en un fallo, en una notoria vulneración del reglamento que gobierna su actividad, desmintiendo así su presunta capacidad y competencia que la concede la habilitación profesional para la práctica de su oficio.¹¹²

2.2.2.2.4.2.2. La imprudencia. Para alcanzar un acercamiento a la noción del término “imprudencia”, es preciso distinguir el significado del vocablo “prudencia”. El Diccionario de la Real Academia define la expresión “prudencia” como “Templanza, cautela, moderación. Sensatez, buen juicio”¹¹³.

De esta manera, la “imprudencia” es el defecto de la prudencia, en el sentido que el sujeto observa una conducta contraria a un determinado deber de cuidado, configurándose la imprudencia como la infracción del deber objetivo de cuidado, o mejor la infracción de la norma de cuidado,¹¹⁴ “al actuar el agente de manera precipitada o inadecuada”¹¹⁵.

¹¹¹ Cfr. DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel. Estatuto ético-jurídico de la profesión médica. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003, p. 99

¹¹² Cfr. SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal. 4ª Ed. Madrid: Editorial Montecorvo, 1986, p. 223.

¹¹³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Op. cit., p. 1432.

¹¹⁴ Cfr. CASTILLO CODES, Enrique del. La imprudencia: autoría y participación. Madrid: Editorial Dykinson, S:L., 2007, p. 43.

¹¹⁵ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. 2da Ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2006, t. I, p. 47.

Con carácter previo, es importante diferenciar tres conceptos: a) Norma de cuidado, que impone la observancia del cuidado necesario en la actividad concreta; b) Deber de cuidado, que determina una de las formas posibles en que se puede realizar la conducta para que ésta no infrinja la norma de cuidado; c) Reglas generales de cuidado, que son aquellas disposiciones establecidas para supuestos en que, la experiencia general de la vida, evidencia una gran probabilidad de que una acción de este tipo lesione efectivamente un bien jurídico.¹¹⁶

Corolario de lo expuesto, se tiene que el deber objetivo de cuidado puede ser determinado, bien a través de normas especiales de conducta, como son las que disciplinan el tráfico rodado o los riesgos laborales, o bien mediante principios de experiencia (por ejemplo, la *lex artis*),¹¹⁷ que no son sino el resultado de una previsión basada en la experiencia y en la reflexión de posibles peligros, aunque debe quedar claro que tales normas o prescripciones constituyen únicamente un indicio de la infracción del deber de cuidado, de manera que su sola infracción no determina necesariamente la lesión del citado deber, y viceversa, su estricto cumplimiento no excluye en todos los casos la imprudencia.¹¹⁸

¹¹⁶ Cfr. CASTILLO CODES, Enrique del. Op. cit., p. 43.

¹¹⁷ Cfr. BARREIRO, Jorge. La imprudencia profesional. En: La imprudencia, Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, ps. 253-254.

¹¹⁸ Cfr. SANTOS BRIZ, Jaime. Op. cit., p. 223.

2.2.2.2.4.2.3. La negligencia. La expresión negligencia aparece como una actitud omisiva, contrapuesta a la diligencia. Por consiguiente, la negligencia deviene “al no haber adoptado el agente las precauciones necesarias para haber evitado el evento generador del daño”¹¹⁹. Puede tener origen en el funcionamiento defectuoso de la memoria y la asociación, de manera que no surjan recuerdos que activen la atención.

La negligencia implica la no aplicación de los conocimientos y habilidades que posea el agente; supone la infracción de deberes técnicos que sólo obligan a los profesionales; sin embargo, esto no siempre es así, puesto que hay actividades que pueden ser desarrolladas por profesionales y no profesionales, verbigracia, la conducción de vehículos automotores, y en principio tanto unos como otros tendrían los mismos deberes.¹²⁰

Tradicionalmente se ha entendido que mientras el negligente no hace algo que la prudencia aconseja hacer, el imprudente realiza algo que las reglas de la prudencia aconsejan no hacer.

2.2.2.2.4.3. Intencionales. Son los queridos por el individuo de la especie humana y pueden ser asegurados en cuanto no dependan de la voluntad exclusiva del tomador, del asegurado o beneficiario. “Trátense de sucesos que no dejan de ser

¹¹⁹ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Op. cit., p. 47.

¹²⁰ Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María. El Médico ante el Derecho. En: La responsabilidad penal y civil del médico. Madrid, 1985, p. 63; SILVA SILVA, Hernán. Op. cit., p. 586.

inciertos porque la voluntad misma del asegurado pueda intervenir, como causa coadyuvante, en su futura realización. Sólo que dependientes, además, de factores externos que escapan a su control”¹²¹.

En el matrimonio y en la natalidad no es suficiente la sola voluntad del asegurador, tomador o beneficiario, dependen, además, del querer de otra persona.

2.2.2.2.5. Su realización da origen a la obligación del asegurador. La realización del riesgo o, lo que es lo mismo, la ocurrencia del siniestro, hace que nazca ipso facto, por ministerio de la ley (art. 1054, C. de Co.) la obligación condicional del asegurador, consistente en pagar la prestación asegurada o indemnización conforme a las estipulaciones del contrato y a los principios legales que la gobiernan.¹²² De manera que no solamente debe ocurrir el siniestro, sino que, además, su ocurrencia obligue legalmente al asegurador a cumplir su obligación de indemnizar.

Las exclusiones de las pólizas que limitan el marco del amparo de seguros determinados, son ejemplos claros.

¹²¹ Cfr. OSSA, José Efrén. Op. cit., p. 98.

¹²² Cfr. ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. Las obligaciones y las cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Lecciones de derecho de seguros No. 3. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004, ps. 20-21.

Esto último tiene como justificación jurídica, la de que deja de existir el riesgo asegurable, para los efectos del cumplimiento del contrato de seguro, cuando concurren determinadas circunstancias previstas en la ley o en el contrato o que obedecen a la sanción de hechos u omisiones de la otra parte.¹²³

2.2.2.3. La prima o precio del seguro. La prima o precio constituye uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, de suerte que si él falta, no existe contrato o degenera en otro distinto. Es el objeto de la obligación del tomador y la causa de la obligación del asegurador. La prima o precio es la contraprestación que el asegurador recibe a cambio de la asunción del riesgo y de la consiguiente obligación condicional que contrae. Así las cosas, la prima es “la contraprestación que persigue el asegurador por la asunción del riesgo; como la asunción del riesgo es la contraprestación que persigue el asegurado que paga la prima”¹²⁴.

Se refiere a la suma resultante de aplicar la tarifa calculada sobre las bases de la probabilidad de ocurrencia del siniestro y de su cuantía posible. A pesar que “su pago es una de las obligaciones principales del asegurado para mantener vigente la garantía, y su incumplimiento provoca la pérdida de todo derecho”¹²⁵, el profesor López Blanco¹²⁶ acertadamente advierte sobre la equivocación de confundir la prima como elemento esencial del contrato de seguro, con la efectiva cancelación

¹²³ Cfr. BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés. Op. cit., p. 70.

¹²⁴ SOLER ALEU, Amadeo. El nuevo contrato de seguro. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1969, p. 81.

¹²⁵ GHERSI, Carlos Alberto. Op. cit., p. 468.

¹²⁶ Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 76.

de la misma, debido a que la legislación lo que exige es que se encuentre pactada en el clausulado de la póliza (art. 1047 numeral 8, C. de Co.) y no que realmente se haya pagado. En consecuencia, lo importante es fijar el monto de la prima o el modo de calcularla.

El pago de la misma debe efectuarse, conforme al artículo 1067 del Código de Comercio, en el domicilio del asegurador o en el de sus representantes o agentes debidamente autorizados. Según el artículo 1162, esta disposición sólo será modificable en el sentido favorable al tomador, el asegurado o el beneficiario. De esta suerte, la aseguradora no podrá hacer más gravosa la obligación, aunque se pueden convenir plazos, lugares y formas de pago, que le sean favorables a la parte asegurada.

2.2.2.4. La obligación condicional del asegurador. En el contrato de seguro “el asegurado paga una prima porque recibe la promesa de ser indemnizado, conforme a las condiciones del contrato, a la ocurrencia del suceso sobre el que versa la protección del seguro. Tal es en términos jurídicos, la causa de su obligación”¹²⁷.

Así las cosas, la obligación principal del asegurador no es sólo la de asumir el riesgo sino es la de pagar la indemnización en caso de ocurrir el evento que la condiciona, puesto que la legislación colombiana adopta la teoría de la prestación

¹²⁷ OSSA, José Efrén. Op. cit., p. 385.

pecuniaria, en la medida que la obligación condicional del asegurador se concreta en el pago de la indemnización.¹²⁸

La obligación condicional se cumple cuando acaece el siniestro indemnizable y “se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado” (art. 1072 del C. de Co.), es decir el suceso incierto cuya ocurrencia da origen a la obligación del asegurador dentro de las condiciones señaladas en los artículos 1054 y 1055 del estatuto mercantil.¹²⁹

Como el riesgo asegurable debe ser incierto y solo la contingencia de que ocurra, una vez realizada, da nacimiento a la obligación del asegurador, se dice jurídicamente que es una obligación condicional, porque depende de “un acontecimiento futuro, que puede suceder o no” (art. 1530 del C.C.).

Es una condición causal, porque depende generalmente de un acaso, pero puede ser mixta cuando proviene de la voluntad de un tercero de un acaso y, en parte, pero no exclusivamente, de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario. Bajo ninguna circunstancia es condición potestativa (arts. 1534 del C.C. y 1054 del C. de Co.).¹³⁰

¹²⁸ Cfr. DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Op. cit., ps. 248-250; OSSA, José Efrén. Op. cit., p. 385.

¹²⁹ Cfr. BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés. Op. cit., p. 87.

¹³⁰ *Ibíd.*

3. EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA JUECES Y MAGISTRADOS

3.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN

El profesional “es aquella persona que frente a la sociedad realiza una actividad habitual y presta y ofrece sus servicios. El profesional, es una persona dotada de conocimientos, pericias o saberes que, por lo habitual, están respaldados por la ostentación de un título acreditativo de la idoneidad para el desempeño de su función”¹³¹.

Dentro de las profesiones liberales se encuentra la abogacía¹³², “que no es una consagración académica, sino una concreción profesional.¹³³”. Esta profesión tiene un sin número de exigencias legales y deontológicas, además “sólo cumple con la debida diligencia profesional en Colombia aquel abogado que domine razonablemente el *lex artis* de su especialidad; entendiendo por *lex artis* no sólo la

¹³¹ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. La responsabilidad civil profesional. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 21.

¹³² Según el maestro Ossorio y Florit en su estudio sobre el abogado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, “la palabra abogado proviene de la voz latina *advocatus*, que a su vez está formada por la partícula *ad*, a o para, porque, en efecto, estos profesionales son requeridos por los litigantes para que asesoren o actúen por ellos en las contiendas judiciales”. OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Abogado. En: Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina Driskill, 1954, t. I, p. 66.

¹³³ OSORIO, Ángel. El alma de la toga. 9ª Ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1989, p.4.

legislación vigente, sino también la jurisprudencia más consistente, consolidada y relevante.”¹³⁴

Dentro de aquellos quienes ejercen la profesión del derecho se encuentran aquellos que desarrollan la función de administrar justicia, y dentro de ésta función se hallan los jueces y magistrados¹³⁵, quienes además por la dignidad de su cargo están sometidos a la sujeción de la Constitución y la ley, al cumplimiento de las normas, y uso de la ética profesional, a actuar con imparcialidad, independencia y objetividad, tener una buena formación jurídica que permita fundamentar sus decisiones, impartir justicia de una manera pronta y eficaz es un deber esencial de la judicatura, comprender la profesión y la función social que ella implica,¹³⁶ amén que impartir justicia es el poder “más trascendental de los Poderes”¹³⁷ y no un simple oficio público.

El juez ha dejado de verse como “la figura del juez ideal ha trazado un arco que va desde el juez ‘boca de la ley’ al juez ‘teleologo’, para concluir con el juez ‘responsabilidad social’, estas condiciones han cambiado por cuanto actualmente, estos profesionales del derecho tienen ahora una importancia social y política, indispensables para el “funcionamiento de una economía de mercado y una

¹³⁴ TOBÓN FRANCO, Natalia. Gerencia jurídica y responsabilidad profesional: enfoque nacional e internacional. 1ª Ed. Bogotá D.C.: Centro Editorial Rosarista, 2006, p.131.

¹³⁵ Para ser magistrado del

¹³⁶ Cfr. DE LA TORRE DÍAZ, Javier. Deontología de abogados, jueces y fiscales. Madrid: Editorial Universidad Pontificia Comillas, 2008, ps. 241, 242 y 245. La Ley 270 de 1996, en su artículo 4º consagra el principio de celeridad, el cual consiste en que la administración de Justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz.

¹³⁷ OSORIO, Ángel. Op. cit., p. 360.

sociedad democrática”, por cuanto bajo su tutela se encuentra la administración del derecho el cual a su vez, es considerado como un instrumento o provisor de seguridad jurídica y garantía de los derechos humanos, lo que ha conllevado a que la judicatura se profesionalice y para tal fin han establecido escuelas de formación técnica especializada¹³⁸ para instruir al operador jurídico en la labor de administrar justicia.¹³⁹

En ese contexto, se encuentra que la función pública de administración de justicia está a cargo del Estado¹⁴⁰, labor que es desarrollada a través de los operadores jurídicos quienes deben ser profesionales en derecho, su actuar y sus decisiones están sujetas al cumplimiento de las normas constitucionales y jurídicas establecidas para el desarrollo y aplicación de su actividad.

Los jueces y magistrados para poder resolver los casos sometidos a su conocimiento pueden hacer uso de la denominada discrecionalidad judicial, que les permite elegir una opción entre las diversas que les ofrece el sistema jurídico.

El sentido central de la expresión discreción judicial que es el núcleo de la

¹³⁸ PÉREZ PERDOMO, Rogelio. Los abogados de América Latina una introducción histórica. Bogotá: Editorial Nomos S.A., 2004, ps. 208, 216-217.

¹³⁹ En Colombia esta labor la realiza la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, el cual es el centro de formación inicial y continua de funcionarios y empleados al servicio de la Administración de Justicia, cuyo objetivo es acercar la Justicia al ciudadano mediante el mejoramiento de la eficiencia y eficacia del sistema de justicia, velando por la calidad del servicio, la transparencia en las actuaciones, la autonomía administrativa y la independencia de los jueces. COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. ESCUELA RODRIGO LARA BONILLA. [en línea], [citado: 27/11/2013]. Disponible en: http://www.ejrlb.com/sites/default/files/pdfs/nuestra_institucion.pdf.

¹⁴⁰ La Ley 270 de 1996, en su artículo 1º señala que la “La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.”.

mayoría de los debates sobre este tema que Dworkin¹⁴¹ denomina “discreción fuerte”. En líneas generales, podría ser definida como “la posibilidad de elección entre diferentes cursos de acción igualmente validos y admisibles. Este sentido de discreción presupone la existencia de un ámbito en el que el derecho deja un margen de libertad al intérprete para determinar los estándares que guiaran su decisión”¹⁴².

De manera que dentro de las actividades propias del ejercicio de la función pública de administrar justicia, el operador jurídico debe interpretar y decidir, no como aplicador autómatas de la ley sino intérprete de ella.

Cuando existe un desbordamiento de su obrar bien sea por acción o por omisión y causan un daño antijurídico a aquellos particulares que acudieron al aparato judicial en busca de justicia, se deriva una responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado que a su vez deberá repetir contra el agente causante del daño.¹⁴³

De manera que el Estado responde patrimonialmente cuando surge un perjuicio que el ciudadano no debe soportar y el cual es ocasionado por el Juez o

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Editorial Ariel, 1997, ps. 83-86

¹⁴² IGLESIAS VILA, MARISA. El problema de la discreción judicial. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 28).

¹⁴³ La Constitución Política de 1991, artículo 90 y la Ley 270 de 1996, artículos 65 y siguientes, señalan que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables y que sean causados por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

Magistrado cuando aparece una falla en el servicio por error jurisdiccional o por la privación injustificada de la libertad o por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia; pese a que el ente Estatal sufraga los gastos correspondientes a indemnizar o reparar los daños irrogados, debe incoar el medio de control de Repetición¹⁴⁴ en contra del agente suyo cuando se haya mediado una conducta dolosa o gravemente culposa¹⁴⁵ para obtener el reintegro de la condena efectivamente pagada por aquél.

Ahora bien, puede afirmarse que el ejercicio de cualquiera de las profesiones liberales, conlleva una “responsabilidad civil profesional, cuyo *nomen* aboca, sin más, a la que contraen o se atribuye a aquellas personas que en el ejercicio de su quehacer profesional, y precisamente por eso, incurren en un ilícito o infringen un precepto que produce consecuencias perjudiciales para una persona”¹⁴⁶. Sobre el particular, Martínez Rave señala que la responsabilidad por el acto profesional “es la conducta profesional que genera el resultado dañoso, es el hecho generador de responsabilidad; ya sea contractual o extracontractualmente”¹⁴⁷.

Es así, que de la “culpa profesional”, siempre habrá de resultar a su vez la “responsabilidad civil profesional”, que como toda responsabilidad, emerge de la

¹⁴⁴ Ley 1437 de 2011 artículo 142, y Ley 678 de 2001.

¹⁴⁵ Ley 270 de 1996, artículo 71.

¹⁴⁶ MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Op. cit., p. 21.

¹⁴⁷ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Medellín: Editorial Diké, 1993, p. 112.

trasgresión de un deber jurídico preexistente y consiste en la obligación de resarcir, por medio de una indemnización.¹⁴⁸

En este orden de ideas, se infiere que en cuanto a la responsabilidad de los jueces y magistrados respecto de los particulares dentro del ejercicio de la función de administrar justicia, será siempre de carácter extracontractual, toda vez que previamente no ha mediado ningún acuerdo voluntades; en segundo lugar, se puede afirmar que el hecho u acto generador de responsabilidad judicial, nace por una conducta dolosa o gravemente culposa del agente, y, que se hayan configurado cualquiera de las causales previstas en el artículo 71 de la ley 270 de 1996, a saber: 1) La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable; 2) El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación; y 3) La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

Es así que, la función social de impartir justicia demanda la sujeción a una serie de exigencias éticas, deontológicas, normativas y constitucionales que van más allá

¹⁴⁸ Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto *et al.* Responsabilidad civil de los profesionales. Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 28.

de las impuestas a los demás ciudadanos, profesionales con saber en la ciencia jurídica para distribuir una justicia pronta y cumplida, con dignidad, integridad, independencia, desinterés, diligencia, debido proceso entre otros presupuestos para dar aplicación al derecho en el ámbito de sus competencias.¹⁴⁹

Bajo estos preceptos, surge la responsabilidad del profesional judicial de aplicar sus conocimientos de manera cuidadosa, diligente y acatando en estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico con el fin de reforzar la seguridad jurídica, so pena de que el -juez o magistrado- tengan la obligación de resarcir todos los daños o perjuicios que ocasionen con el ejercicio de su profesión, ya sea directamente cuando se impetre “la acción de responsabilidad patrimonial (mal calificada como civil) nominada como de reparación directa por el art. 31 de la ley 446 de 1998”¹⁵⁰; o a través del llamamiento en garantía, figura jurídica con la que igualmente puede lograrse la repetición según se encuentra establecido en el parágrafo 2º del artículo 142 de la Ley 1437 de 2011 y en los artículos 225 de la misma Ley, en concordancia con el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, esta “se hace para demostrar que el servidor actuó no sólo con dolo o culpa grave en el ejercicio de sus funciones, sino que, precisamente, su accionar comprometió en todo o en parte la responsabilidad de la entidad”¹⁵¹; o posteriormente, cuando el Estado o la entidad pública demandada haya sido condenada judicialmente al

¹⁴⁹ Cfr. MERLANO SIERRA, Javier Enrique. La responsabilidad jurídica de abogados y administradores de justicia en el Derecho colombiano. En: Revista de Derecho No. 33. Barranquilla: Universidad del Norte, 2010, p.102.

¹⁵⁰ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. 6ª Ed. Medellín: Librería Señal Editora, 2002, p. 74.

¹⁵¹ *Ibíd.*, p. 81.

pago de una indemnización y repita contra el funcionario judicial que actuó de manera dolosa o gravemente culposa para que reembolse total o parcialmente la suma pagada por el Estado a título de indemnización , este medio de control de Repetición tiene como objeto, la “defensa del patrimonio estatal, como castigo al funcionario irresponsable o doloso.”¹⁵²

Como consecuencia de la evolución del derecho, ha conducido a que el operador jurídico asuma de manera directa o a través de la repetición, la responsabilidad de los daños ocasionados producto del ejercicio de sus funciones o “por fallas en el servicio de administración de justicia”¹⁵³, de ahí que surja la necesidad de la existencia de un seguro de responsabilidad civil para jueces y magistrados, con el cual se busca proteger el interés público de que todo daño irrogado por falla del sea reparado, es así que Miranda Suárez¹⁵⁴, señala que “El seguro de responsabilidad civil surge como una necesidad inherente al ejercicio profesional actual, generando la seguridad de que los posibles daños y perjuicios causados en el ejercicio profesional podrán ser resarcidos, o al menos paliados.”.

¹⁵² *Ibíd.*, 82.

¹⁵³ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Op. cit.*, 75.

¹⁵⁴ MIRANDA SUÁREZ, Francisco. Seguro de responsabilidad civil por mal praxis médica. *Revista chilena de derecho de seguros*. Año 2 número 4 Santiago de Chile: Aida, 2000, p. 20.

3.2. UBICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

En el Código de Comercio colombiano se establece una clasificación del contrato de seguro, que permite ubicar el seguro de responsabilidad civil para jueces y magistrados dentro de un orden jerárquico, donde cada clase de seguro forma parte de la modalidad inmediatamente superior, hasta llegar a la noción más general del seguro, así:

- Seguros
- Seguros de Daños¹⁵⁵ (Capítulo II del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio)
- Seguros Patrimoniales¹⁵⁶
- Seguros de Responsabilidad Civil¹⁵⁷ (sección IV, Capítulo II, Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio)
- Seguros de Responsabilidad Civil Profesional (arts. 1127, 1129 y 1130 ibidem)

¹⁵⁵ Los seguros de daños “protegen los bienes o el patrimonio contra determinado riesgo; existen dentro de esta clasificación los seguros reales, que cubren bienes contra incendios, robo, etc., y seguros patrimoniales, que cubren el patrimonio general del asegurado”. CÁRDENAS, Alejandra y MARTÍNEZ, John Jairo. Op. cit., p. 40.

¹⁵⁶ Los seguros patrimoniales son aquellos que “cubren las consecuencias que en el patrimonio económico se producen por el acaecimiento de diferentes riesgos”. MANCHÓN, Rafael y MARTÍ, Albert. Conocer los productos de seguros. Barcelona: Bresca Editorial, S.L., 2008, p. 33.

¹⁵⁷

Por consiguiente, el seguro de Responsabilidad Civil Profesional para jueces y magistrados, se encuentra regulado por el artículo 1127 del Código de Comercio, norma que fue subrogada por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, que estipula que: “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”.

3.3. OBJETO DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA JUECES Y MAGISTRADOS

El seguro de Responsabilidad Civil Profesional para jueces y magistrados, conforme se extrae de la estipulación efectuada en el artículo 1127 del Código de comercio, tiene una doble finalidad; en primera medida, la de reparar o compensar económicamente los daños y perjuicios que se causen a los administrados o particulares derivados del ejercicio facultad profesional del tomador y que impliquen su responsabilidad en la producción de los mismos, y, como segunda medida, la de proteger el patrimonio del funcionario responsable.

En el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales, debe existir la obligación del aseguramiento de la responsabilidad civil profesional, como medio para garantizar la reparación de los daños que puedan causarse con el desarrollo de dicha actividad profesional en una cuantía adecuada a los riesgos que dicha función implique,¹⁵⁸ como quiera que el ejercicio de cualquier profesión siempre envuelve consecuencias que pueden derivar en efectos negativos provenientes del error, la falta o del deficiente desempeño de la profesión.

Pues bien, podría decirse que el seguro de responsabilidad civil y administrativa para jueces y magistrados, como hecho económico y jurídico, toma sobre sí los riesgos a que están expuestos dichos funcionarios judiciales en razón del ejercicio de la función pública de administrar justicia en los asuntos concretos que les han sido asignados por la ley, por lo que prefieren descargarse de los riesgos que pueden devenir de la citada función, a fin de enfrentar las eventuales contingencias futuras que puedan poner en riesgo sus patrimonios.

Los seguros de responsabilidad profesional judicial frente a otros seguros de responsabilidad civil, tienen como caracteres propios el que deben atender la complejidad del siniestro y son seguros de perjuicio económico puro;¹⁵⁹ su “singularidad deriva exclusivamente de la especificidad del supuesto de

¹⁵⁸ Cfr. SIERRA NOGUERO, Eliseo. Curso de derecho mercantil. 4ª Ed. Barcelona: Servei de Publicacions, Universitat Autònoma de Barcelona, 2009, p. 194.

¹⁵⁹ Cfr. GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier. El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas. 1ª Ed. Madrid: La Ley, 2007, p. 37.

responsabilidad civil asegurado”¹⁶⁰, son producto de la tendencia general a la extensión de la aseguración de la responsabilidad civil en el ámbito profesional, puesto que es algo incuestionable y necesario.¹⁶¹

Frente a este tema de seguros de responsabilidad profesional para jueces y magistrados, puede advertirse que en Colombia no son muy frecuentes las pólizas de amparo a dicho tipo de responsabilidad. Ciertamente, “en principio, cualquier responsabilidad patrimonial de cualquier servidor público es susceptible de ser asegurada bajo una póliza de seguro de responsabilidad. Sin embargo, en el mercado son limitados los productos disponibles, los cuales prevén una estructura similar a las pólizas de responsabilidad de directores y administradores para el sector privado y están más enfocados hacia los servidores públicos de las entidades administrativas que hacia el sector de la administración de justicia”¹⁶².

Contrariamente a lo que acontece en Colombia, en la mayoría del mundo occidental ya existe una larga experiencia sobre el tema; así, por ejemplo en España¹⁶³, se ha regulado no solo la responsabilidad civil como consecuencia de

¹⁶⁰ LOPEZ-COBO, Claudio I. El seguro de responsabilidad civil: fundamentos y modalidades. Madrid: Editorial nacional de resaseguros S.A., 1988, p. 331.

¹⁶¹ Cfr. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús. El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos. 1ª Ed. Madrid: Editorial La Ley, 2004, p. 6.

¹⁶² DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. Op. cit., p. 93.

¹⁶³ Al respecto, Almagro Nosete ha señalado que la responsabilidad civil como consecuencia de las “atribuciones” de los órganos jurisdiccionales, tuvo un desarrollo legislativo desde el año de 1985, y ha sido consecuente en señalar que los jueces y magistrados son “responsables civilmente” de sus actos; en la actualidad la Ley 1/2000 de 7 de enero o también llamada “Ley de Enjuiciamiento Civil”, estipula en su artículo 411 que los jueces y magistrados, responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren, cuando en el desempeño de sus funciones incurran en ignorancia inexcusable, en dolo o culpa; en dicha norma no se indica el grado de la

las “atribuciones” de los órganos jurisdiccionales a través de normas especiales, sino que han aceptado la constitución de las pólizas civiles profesionales para los funcionarios del órgano judicial.¹⁶⁴

Ahora bien, en nuestro país, y aunque no es obligatorio el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional para jueces y magistrados, este puede pactarse sin mayor dificultad al ejercicio de la profesión judicial, por cuanto no se encuentra restringido en el Estatuto Mercantil, la única excepción prevista en el artículo 1129 del Código de Comercio, es respecto a la nulidad del seguro de responsabilidad profesional, la cual surge para dos eventualidades: cuando la profesión y su ejercicio no gocen de tutela del Estado, o cuando, el asegurando no sea legalmente hábil para ejercer la profesión al momento de celebrar el contrato.

En nuestro concepto, este seguro debe amparar a los afectados por los actos, hechos u omisiones dolosas o gravemente culposas desplegadas por el funcionario Judicial y los empleados a su cargo que integran los despachos judiciales, toda vez que en conjunto y mediante el ejercicio su profesión prestan el

culpa y no se coordina su relación con la acción de repetición que pueda ejercitar el Estado, puesto que la responsabilidad se deriva de las atribuciones del poder judicial a través de sus órganos y agentes que le constituyen. Cfr. ALMAGRO NOSETE, José. La responsabilidad judicial civil (España). En: MORENO MARTÍNEZ J.A. (Coord). La responsabilidad civil y su problemática actual. Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2007, ps. 26 y 27.

¹⁶⁴ Cfr. ALMAGRO NOSETE, José. Op. cit., ps. 26 y 27; MONTERO AROCA, Juan. Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la actuación del poder Judicial. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998, ps. 321.

servicio público de administración de justicia¹⁶⁵ el cual puede en ciertos eventos causar perjuicios materiales y personales a los particulares los cuales deben ser indemnizados.

3.4. PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA JUECES Y MAGISTRADOS

El artículo 1037 del Código de Comercio, establece que en el contrato de seguro son parte el asegurador y el tomador. Igualmente lo son para el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional para jueces y magistrados.

3.4.1. El asegurador. Según el artículo 1037 del estatuto mercantil colombiano, el asegurador es “la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos”, es de naturaleza anónima, cuya constitución, funcionamiento, régimen financiero, disolución y liquidación se encuentra regulada por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y su inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera.¹⁶⁶ López Blanco¹⁶⁷, señala que la actividad aseguradora puede igualmente ser desarrollada por las cooperativas previa autorización de la hoy denominada Superintendencia Financiera y si no se tiene la naturaleza jurídica referida o se trata de una persona

¹⁶⁵ Cfr. MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo. Madrid: Editorial Dikinson S.L., 2005, p. 162.

¹⁶⁶ Cfr. PEÑA NOSSA, LISANDRO. Op. cit., p. 275.

¹⁶⁷ Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 87.

natural no pueden realizar dicha actividad por expresa prohibición de la ley 45 de 1990.

3.4.2. El tomador. Es el funcionario judicial¹⁶⁸, juez o magistrado, quien por razón de sus funciones o actividades profesionales, por cuenta propia o ajena traslada los riesgos al asegurador (numeral 2º del artículo 1037 Código de Comercio).

El funcionario judicial, esto es, juez o magistrado, según se desprende del artículo 116 y 228 de la Constitución Política de 1991, es la persona que está investida por ministerio de la Constitución y la ley, de la función pública de administrar justicia a nombre del Estado.

La función judicial se encuentra regulada en la Constitución y en la Ley 270 de 1996, igualmente los preceptos normativos reglamentan los requisitos para ser juez o magistrado.

De este modo, los requisitos para ser Magistrado de las Altas Cortes, esto es, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo Superior de la Judicatura y Consejo de Estado, se encuentran establecidos en el artículo 232 de la Constitución Política, y en general son: ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio; ser abogado; no haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos;

¹⁶⁸ Ley 270 de 1996, artículo 125.

haber desempeñado, durante diez años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

A su turno, el artículo de la Ley 270 de 1996, establece los requisitos generales y calidades para ser magistrado de Tribunal y juez de la República: ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles; tener título de abogado expedido o revalidado conforme a ley, salvo el caso de los Jueces de Paz; y, no estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad, asimismo, el artículo 128 de la misma ley, establece como requisito adicional y específico para ocupar los cargos de funcionarios de la Rama Judicial la experiencia adquirida con posterioridad al haber obtenido el título de abogado y de manera expresa la discrimina así:

- Para el cargo de Juez Municipal, tener experiencia profesional no inferior a dos años.
- Para el cargo de Juez de Circuito o sus equivalentes: tener experiencia profesional no inferior a cuatro años.
- Para el cargo de Magistrado de Tribunal: tener experiencia profesional por lapso no inferior a ocho años.

3.5. EL INTERÉS ASEGURABLE EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA JUECES Y MAGISTRADOS

Como se manifestó en el capítulo segundo del presente estudio, el interés asegurable no es otra cosa que lo que se busca proteger a través del contrato de seguro, y tratándose de contrato de seguros de cubrimiento de daños, tal interés es el patrimonio, el cual puede verse afectado por la producción del riesgo según se encuentra estipulado en el artículo 1083 del estatuto mercantil.

Bajo el anterior entendido, ya en materia de nuestro objeto de investigación, se observa que el interés asegurable en los contratos de seguro de responsabilidad civil profesional judicial, para jueces y magistrados que en el ejercicio de sus funciones puedan incurrir en error judicial, privación injusta de la libertad o indebido o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el interés asegurable es el mismo que el de los seguros de responsabilidad civil de manera general, el cual como medida principal es el patrimonio de dichos operadores judiciales; sin embargo, en caso concreto, subsidiariamente, el interés asegurable es el patrimonio público o del Estado.¹⁶⁹

Como se manifestó precedentemente, el interés del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional para jueces y magistrados como seguro contra

¹⁶⁹ Cfr. RETIS AMAYA, Juan Manuel. La responsabilidad del Estado por el Error Judicial... op. cit., p. 103.

daños se concibe en el eventual y abstracto daño patrimonial que pueda resultar en contra del funcionario judicial al serle imputable una responsabilidad civil y administrativa. Y como lo que se busca es la protección y aseguramiento del patrimonio, como lo manifiesta Garrigues se indaga la relación de “toda persona con su patrimonio y no con cosas determinadas de ese patrimonio, porque el siniestro, esto es, la asunción de una deuda de responsabilidad, grava todo nuestro patrimonio como conjunto de relaciones jurídicas de valor económico. El interés consistirá por tanto, aquí en la conservación de la integridad del patrimonio, expuesto al riesgo de ser disminuido por la relación de eventos dañosos que hagan surgir a cargo del asegurado la obligación de resarcir el daño”¹⁷⁰.

De otro lado, consideramos que implícitamente el interés asegurable en el seguro de responsabilidad profesional judicial es el patrimonio del Estado, por cuanto, al estar asegurada la actividad del operador judicial y en la eventual producción de un daño antijurídico por error judicial, por la privación de la libertad que resulte injustificada o el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el Estado tendría responder administrativa y patrimonialmente, pero se descargaría de pagar la indemnización al particular perjudicado con la actividad judicial.

Tal como se explicó en el antepuesto capítulo del presente estudio, el interés asegurable en los seguros de daños se estima en dinero¹⁷¹ y de este depende el

¹⁷⁰ GARRIGUES, Joaquín. Op. cit., p. 364.

¹⁷¹ Cfr. BUSTAMANTE, Jaime. Op. cit., p. 60.

valor que sea asegurado, sin embargo, en los seguros de responsabilidad se determina el valor asegurado cuando se perpetre el riesgo "por no existir la referencia a una cosa concreta cuyo valor sirva como límite máximo a la responsabilidad que el asegurado puede contraer frente a terceros"¹⁷², por lo que, "el valor del interés asegurado es, en principio, indeterminado e ilimitado, ya que, al menos a priori, es también indeterminado e ilimitado tanto al daño que al asegurado puede llegar a causar como la cuantía de la responsabilidad que puede gravar su patrimonio como consecuencia de la producción de ese daño"¹⁷³. El asegurador puede limitar la responsabilidad hasta el monto de la suma asegurada, no obstante, en esta clase de contratos no es probable que se establezca límite de la indemnización antes de que se origine el siniestro aún cuando se fije un valor máximo asegurado, de esto da cuenta lo establecido en el artículo 1128 del Código de Comercio, que señala que "el asegurador responderá, además, aún en exceso de la suma asegurada (...)".

3.6. EL RIESGO ASEGURABLE EN EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL PARA JUECES Y MAGISTRADOS

De conformidad con el artículo 1054 del Código de Comercio, el riesgo es "el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del

¹⁷² GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier. Op. cit., p. 230.

¹⁷³ *Ibíd.*

asegurador. (...); a su turno, el artículo subsiguiente, señala cuáles son los riesgos no asegurables “El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”.

En el seguro de responsabilidad civil profesional, entre tanto, el riesgo que se garantiza es precisamente la responsabilidad que pueda cometer el asegurado, la cual hace referencia al “supuesto o conjunto de supuestos de responsabilidad cuyas consecuencias pueden ser, en abstracto, objeto de cobertura por un contrato de seguro de responsabilidad civil de una modalidad determinada¹⁷⁴”.

El riesgo en los seguros de responsabilidad profesional, consiste “en la posible responsabilidad civil en que, por aplicación de las normas legales, puede incurrir el asegurado por acción u omisión, no dolosa, que le obligue a reparar el daño causado”¹⁷⁵.

De esta manera, el riesgo asegurable en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional para jueces y magistrados es la posibilidad, futura, incierta que dichos funcionarios puedan incurrir, dentro del ejercicio de sus funciones, en error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o indebido o defectuoso

¹⁷⁴ GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier. Op. cit., p. 62; RETIS AMAYA, Juan Manuel. La responsabilidad del Estado por el Error Judicial... op. cit., p. 105.

¹⁷⁵ GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 361.

funcionamiento de la administración de justicia, acontecimientos que son susceptibles de ocasionar daños a los administrados que actúan ante la administración de justicia directa o indirectamente, y cuya consecuencia es la obligación de resarcir económicamente dicho perjuicio.

3.7. OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO PARA LAS PARTES

3.7.1. Obligaciones del tomador. Son obligaciones del juez o magistrado, tomador del seguro:

- Declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo so pena de nulidad relativa del contrato (art. 1058 del C. de Co.).
- Mantener el estado del riesgo y comunicar cualquier agravación o variación de su identidad local so pena de terminación del seguro (art. 1060 ibidem).
- Cumplir con la garantía en caso de que se haya pactado so pena de anulabilidad o terminación del contrato de seguro (art. 1061 ibidem).
- Pagar la prima so pena de terminación automática del contrato de seguro (art. 1068 del Código de Comercio).

- Evitar la extensión y propagación del siniestro so pena de que los perjuicios que se causen al asegurador por su incumplimiento se deduzcan del importe de la indemnización (art. 1074 ibidem).
- Avisar al asegurador la ocurrencia del siniestro dentro de los tres días siguientes en que lo conoció o debió conocer (art. 1075 del C. de Co.).
- Declarar los seguros coexistentes so pena, en caso de malicia de perder el derecho a la prestación asegurada (arts. 1076, 1093 y 1095 ibidem).
- Demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro (art. 1077 del Código de Comercio).
- No renunciar a sus derechos contra terceros responsables del siniestro (art. 1097 ibidem).
- Permitir el derecho de subrogación del asegurador (art. 1098 del Código de Comercio).
- No asegurar el deducible (art. 1103 ibidem).

3.7.2. Obligaciones del asegurador. Son obligaciones del asegurador:

- Entregar el original de la póliza al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración. Y entregar a petición y costa del juez o magistrado, asegurado o beneficiario los duplicados y copias de las pólizas (art. 1046 del Código de Comercio).

- Pagar la indemnización dentro del mes siguiente a la fecha en que se presente la reclamación acompañada de los documentos que se prueban la ocurrencia y cuantía del siniestro so pena de pagar intereses moratorios iguales al interés bancario corriente aumentado en una mitad y/o de que la póliza preste mérito ejecutivo en su contra (arts. 1080 y 1053 del C. de Co.). Esta obligación se paga en dinero de acuerdo con el valor asegurado (art. 1079 ibidem), el deducible (art. 1103) y los conceptos de coaseguro (art. 1094), infraseguro (art. 1102) y supraseguro (art. 1091). Para el seguro de daños el asegurador tiene la facultad de cumplir esta obligación mediante la reposición, reparación o reemplazo de la cosa asegurada (art. 1110).

- Probar los hechos y circunstancias que excluyan la responsabilidad del asegurador (inciso 2º del artículo 1.077 del Código de Comercio).

3.8. CARACTERÍSTICAS

Las características que presenta el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional para jueces y magistrados, conforme el artículo 1036 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 1º de la ley 389 de 1997, son las siguientes:

- Consensual
- Bilateral
- Oneroso
- Aleatorio
- De ejecución sucesiva

Además de las anteriores particulares dadas por expresa determinación legal, se pueden estimar otros atributos aplicables al contrato de seguro objeto del presente estudio, a saber:

- Principal
- Indemnizatorio
- Típico
- Personal o Intuitio personae
- De adhesión
- De buena fe

3.8.1. Consensual. Consensual es contrario a solemnidad, esta última refiere al acatamiento de ciertas formalidades como requisito para que todo negocio jurídico o contrato se perfeccione y produzca efectos; y como se dijo que lo contrario a solmene es consensual, se deduce que representa el consentimiento o acuerdo de voluntades de las partes sobre los elementos esenciales del contrato para que este se perfeccione. El Código Civil en su artículo 1500, señala que un contrato es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

Ahora, en materia comercial, el consenso es “un principio cardinal de la ley comercial, el cual indudablemente traduce las necesidades de los comerciantes, quienes requieren instituciones jurídicas que les permitan una contratación fácil, rápida y expedita”¹⁷⁶.

En Colombia el contrato de seguro era solemne, pero debido a la “mala práctica que un sector de la industria aseguradora asumió frente a la ejecución del contrato de seguro amparada en el requisito de solemnidad”¹⁷⁷ obligó a realizar un cambio en su característica hacia la consensualidad, reforma que fue materializada a través del artículo 1º de la ley 389 de 1997, el alcance de este precepto legal es que ya no se requiere que la póliza expedida y suscrita por el asegurador sea la formalidad para perfeccionar el contrato y el medio para probarlo, sino que pasa a

¹⁷⁶ PEÑA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles. No. 2ª Ed. Bogotá: Ediciones Ecoe, 2006, p. 175

¹⁷⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 37.

ser un medio o factor de prueba¹⁷⁸ según es determinado por el artículo 1046 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 3º de la Ley 389 de 1997, el cual expresa que: “El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.- Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador. (...)”. Finalmente, se define el contrato de seguro como consensual “porque nace a la vida jurídica con el consentimiento expresado por el asegurador y el tomador”¹⁷⁹ concluye el mismo autor Peña Nossa¹⁸⁰ que esta clase de contrato continúa comportando las características de consensual y solemne, porque en su existencia es consensual, pero para su prueba es solemne.

3.8.2. Bilateral. Esta característica de los contratos hace referencia a que dicho instrumento genera obligación para las partes contratantes. El artículo 1496 del Código Civil señala que el contrato es “bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”.

El contrato bilateral tiene como característica la reciprocidad de las obligaciones que de él se derivan, es esta manera quienes intervienen en su formación son a la

¹⁷⁸ Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 40.

¹⁷⁹ PEÑA NOSSA, Lisandro. Op. cit., p. 269.

¹⁸⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 269.

vez acreedora y deudora de la otra u otras; es relevante tener presente que el contrato bilateral también es referido como contrato sinalagmático¹⁸¹.

El Código de Comercio tipifica esta característica del contrato de seguro en el artículo 1036, y esta surge según López Blanco¹⁸², cuando aquél instrumento se perfecciona, generando mutuas obligaciones entre el tomador y la aseguradora, lo que elimina confrontaciones respecto a que la misma se da cuando sucede el siniestro; y para Peña Nossa, el contrato de seguro es bilateral “porque las partes del contrato, o sea el asegurador y el tomador, se obligan recíprocamente para la celebración del contrato. El asegurador se obliga a pagar la indemnización ante la ocurrencia del riesgo asegurado, lo cual se denomina siniestro. Y el tomador, entre otras obligaciones, se obliga a pagar la prima del seguro, declarar sinceramente el estado del riesgo y probar la ocurrencia y cuantía del siniestro”¹⁸³.

A su vez, el doctrinante Ossa señala que el contrato de seguro es bilateral, puesto que implica obligaciones para ambas partes, “para el asegurado, más jurídicamente, 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 producirse el evento que la condiciona”¹⁸⁴.

¹⁸¹ Cfr. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. No. 4ª Ed. Bogotá: Editorial Temis, 1994, p. 59.

¹⁸² Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., ps. 50-51.

¹⁸³ PEÑA NOSSA, Lisandro. Op. cit., p. 269.

¹⁸⁴ OSSA GÓMEZ, José Efrén. Op. cit., p. 33.

3.8.3. Oneroso. Un contrato se estima como oneroso, cuando “tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro” (art. 1497 del C.C.).

El contrato oneroso puede ser a su vez conmutativo o aleatorio, según lo clasifica el artículo 1498 del Código Civil, el primero surge cuando las partes se estiman equivalentes, y se trata de aleatorio cuando el equivalente consiste en una contingencia de ganancia o pérdida.

Por disposición legal, es decir, por previsión del artículo 1036 del Código de Comercio, el contrato de seguro es oneroso–aleatorio, pues las prestaciones de las partes pueden tener la contingencia de pérdida o ganancia, dependiendo de la ocurrencia del siniestro.¹⁸⁵

Para López Blanco, esta característica emerge debido a que el contrato de seguro contiene “un gravamen recíproco manifestado especialmente en el pago de la prima por parte del tomador y en el pago de las indemnizaciones por parte de la aseguradora, sin que desdibuje ese carácter el hecho de que en determinados casos no ocurra el siniestro”¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Cfr. BUSTAMANTE FERRER, Jaime. Op. cit., p. 13

¹⁸⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 51.

Peña Nossa, por su parte, indica que el contrato de seguro reviste la característica de “oneroso porque tanto el asegurador como tomador se gravan u obligan en beneficio de su contraparte. El asegurador se obliga a cumplir su obligación de pagar la indemnización al tomador o beneficiario, y éste por su lado, debe cumplir con pagar la prima o precio del seguro, condición indispensable para que el asegurador tenga los recursos para atender los siniestros ocurridos.”¹⁸⁷

3.8.4. Aleatorio. Como se señaló y definió anteriormente, el contrato aleatorio es una subclasificación del contrato oneroso según se encuentra preceptuado en el 1497 del Código Civil, el cual depende de que “ocurra un hecho futuro o riesgo, o sea una alea”¹⁸⁸.

El tratadista López Blanco, indica que “el contrato de seguro, se acepta que es por excelencia contrato aleatorio”, debido a que “está de por medio la incertidumbre respecto a si el asegurador tendrá o no que afrontar el pago de una indemnización y cuál ha de ser la cuantía de ella, pues bien puede suceder que el daño no alcance al límite máximo establecido como suma asegurada”¹⁸⁹.

3.8.5. De ejecución sucesiva. Esta característica del contrato de seguro se encuentra claramente determinada en el artículo 1036 del Estatuto Mercantil. Los

¹⁸⁷ PEÑA NOSSA, Lisandro. Op. cit., p. 269.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 269.

¹⁸⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., ps. 51-52.

contratos de ejecución sucesiva son aquellos cuyo cumplimiento supone la ejecución de prestaciones sucesivas durante un tiempo más o menos largo.¹⁹⁰

Este atributo tiene su razón de ser, por cuanto “las obligaciones a cargo de los contratantes no se agotan cuando se suscribe el contrato”¹⁹¹, sino que su ejecución es continuada o diferida durante la vigencia del mismo, y tiene como obligación para el asegurador la de mantener el amparo por el lapso contratado a la espera de que se cumpla la contingencia que lo obliga a indemnizar, y al asegurado el de pagar la prima en los plazos convenidos cuando esta se haya fijado por cuotas, y el cumplimiento de las demás obligaciones pactadas¹⁹² como la de “mantener el estado del riesgo, comunicar circunstancias que impliquen agravación, observar estrictamente las garantías dadas, etc.”¹⁹³.

3.8.6. Principal. El artículo 1499 del Código Civil define el contrato principal a aquél que subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención. El contrato de seguro existe sin la necesidad de la presencia de otro contrato. Excepcionalmente, puede ser accesorio "en cuanto enderezado a asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Tal es el caso del seguro de cumplimiento, cuyo objeto es garantizar la ejecución de un contrato o, mejor, de la obligación a cargo de una de

¹⁹⁰ Cfr. OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Op. cit., p. 72.

¹⁹¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit. p. 53.

¹⁹² Cfr. BUSTAMANTE FERRER, Jaime. Op. cit., ps. 17 y 18.

¹⁹³ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit. p. 53.

las partes. Aquí si la subsistencia del seguro está subordinada a la del contrato principal.”¹⁹⁴

3.8.7. Indemnizatorio. Característica contenida en el artículo 1088 del Código de Comercio, en que el contrato de seguros de daños siempre busca indemnizar una pérdida patrimonial real, es decir que tiene como función únicamente la de indemnizar¹⁹⁵ y no servir de fuente de enriquecimiento para el asegurado.

3.8.8. Típico. El contrato de seguro es típico, porque se encuentra designado y regulado expresamente en el Código de Comercio, sujeto a las normas comerciales que lo reglamentan.

3.8.9. Personal o Intuitio personae. El contrato de seguro se pacta en consideración a las condiciones personales de los contratantes, López Blanco expone que el “seguro es un contrato que siempre se hace en consideración a la persona, puesto que son causa determinante para la aceptación de una propuesta de seguro esas condiciones en el solicitante.”¹⁹⁶.

3.8.10. De adhesión. El contrato de seguro es por regla general de adhesión “en la medida en que uno de los contratantes de adhiere a las condiciones

¹⁹⁴ OSSA GÓMEZ, José Efrén. Op. cit. p. 36.

¹⁹⁵ Cfr. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit. p. 54.

¹⁹⁶ ibíd. p. 56.

contractuales impuestas por el otro.”¹⁹⁷, es decir, que no es un contrato de libre discusión de las partes para constituir los términos y condiciones del mismo,¹⁹⁸; sin embargo, esto “no implica supresión de la manifestación de la voluntad de uno de los contratantes, porque él es libre de aceptar la oferta en las condiciones preestablecidas y normalmente sin discusión, constituyendo esa manifestación la esencia del consentimiento propio del contrato”¹⁹⁹.

3.8.11. De buena fe. Este es un principio de consagración constitucional, previsto en el artículo 83 de la Carta Fundamental y en el artículo 769 del Código Civil, que supone que todas las actuaciones entre ellas se encuentran las convenciones y contratos son realizadas de buena fe y así debe ser presumido por las autoridades y por la misma ley; pero, en lo referente a los contratos de seguros, según López Blanco²⁰⁰, la buena fe es cualificada y su exigencia es máxima, por cuanto aquí se sancionan las manifestaciones contrarias a la buena fe, declaraciones falsas, inexactitudes o reticencias a fin de obtener ciertas ventajas amparadas por la ley, razones por las que el asegurador en ciertos casos, puede cancelar unilateralmente el contrato de seguro sin motivación o puede producirse la nulidad relativa del mismo, según se encuentra consagrado en el artículo 1058 del Código de Comercio.

¹⁹⁷ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Op. cit., p. 68.

¹⁹⁸ Cfr. PEÑA NOSSA, Lisandro. Op. cit., p. 271.

¹⁹⁹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 58.

²⁰⁰ *Ibid.*, ps. 61-62.

3.9. PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro de responsabilidad civil profesional para jueces y magistrados, conforme el artículo 1046 del Código de Comercio, subrogado por el artículo 3º de la ley 389 de 1997, se probará únicamente por escrito o por confesión, lo cual impone un límite a la forma de ser probado.²⁰¹

El nombre del documento que encierra el acuerdo de voluntades entre el asegurador y el tomador es la “póliza”²⁰². No obstante, la póliza no es el único medio de convicción para determinar la existencia del contrato de seguro objeto del presente estudio, puesto que puede suplirse por uno o varios documentos escritos donde se constate el acuerdo de voluntades de las partes respecto a los elementos esenciales del contrato, también puede probarse dicho contrato, a través de una combinación de escritos y confesión que dé la certeza inequívoca al juez de la existencia del acuerdo de voluntades.²⁰³

El escrito que menciona el precitado artículo 1046 del estatuto mercantil, “no tiene que obedecer a forma especial alguna por cuanto no existe exigencia legal al

²⁰¹ *Ibid.*, p. 37.

²⁰² La primera “polizza” data de 1347 y corresponde a un contrato de seguro pactado en la ciudad italiana de Genova. Cfr. ACEITUNO ALDUNATE, José Manuel. El seguro de transporte. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 11.

²⁰³ Cfr. REGUEROS DE LADRÓN DE GUEVARA, Sofía. Aspectos tributarios del contrato de seguros: comentarios y normatividad colombiana. 1ª Ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008, p. 67.

respecto”²⁰⁴, lo importante es que contenga los elementos esenciales del contrato y demás menciones que la ley no suple; empero, “si no existe el escrito o éste es simple en exceso, se aplica la norma contenida en el párrafo del artículo 1047, modificado por el artículo 2º de la Ley 389 de 1997, de acuerdo con el cual “En los casos en que no aparezca (sic) expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo”²⁰⁵.

Para López Blanco, el escrito que difiere de la póliza, debe tener los “elementos esenciales de todo contrato de seguro, los que se hallan previstos en el art. 1045 del C. de Co. Y que como es sabido son el interes (sic) asegurable, el riesgo, la prima y la obligación del asegurador, sin cuya presencia “el contrato no producirá efecto alguno”²⁰⁶.

Pero la póliza como documento que contiene el contrato de seguro (inc. 2º del art. 1046 del C. de Co.), continúa revistiendo gran importancia, toda vez que es por excelencia el principal medio de prueba referente a la existencia del contrato de seguro aunque no el único,²⁰⁷ y por determinación legal, tal libelo debe reunir unas

²⁰⁴ MONTROYA LONDOÑO, Carlos Alberto. Op. cit., p. 25.

²⁰⁵ *Ibíd.*

²⁰⁶ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 41.

²⁰⁷ RETIS AMAYA, Juan Manuel. La responsabilidad del Estado por el Error Judicial... op. cit., p. 105.

condiciones adicionales a los requisitos ordinarios de todo contrato, los que se encuentran previstos en el artículo 1047 del estatuto mercantil, a conocer:

- La razón o denominación social del asegurador.
- El nombre del tomador.
- Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador.
- La calidad en que actúe el tomador del seguro.
- La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro.
- La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras.
- La suma aseguradora o el modo de precizarla.
- La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago.
- Los riesgos que el asegurador toma su cargo.
- La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y
- Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.
- En el caso en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Financiera (antes Superintendencia Bancaria) para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo.

A su turno, el artículo 1048 del Código de Comercio, expresa que son parte integral de la póliza los siguientes documentos adicionales:

- La solicitud de seguro firmada por el tomador.
- Los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza, y estos deben indicar la identidad precisa de la póliza a que accedente (artículo 1049 C. de Co.).

También hace parte de la póliza, los documentos que den fe de la inspección del riesgo.

Ahora bien, en cuanto a la confesión como medio de prueba de la existencia del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional de jueces y magistrados, puede ser “cualquiera de las posibilidades de confesión tipificadas en el estatuto procesal civil, naturalmente observando los requisitos propios de cada una de ellas”²⁰⁸; sin embargo tal confesión “debe provenir del representante legal de la sociedad o de una persona –natural o jurídica- facultada para comprometer la responsabilidad de la firma”²⁰⁹, además debe realizarse “sobre todos los elementos esenciales del contrato de seguro”²¹⁰ ya que de no ser así “el contrato sería inexistente o devendría en un negocio jurídico diferente”²¹¹.

²⁰⁸ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Op. cit., p. 41 y 42.

²⁰⁹ REGUEROS DE LADRÓN DE GUEVARA, Sofía. Op. cit., p. 68

²¹⁰ MONTOYA LONDOÑO, Carlos Alberto. Op. cit., p. 25

²¹¹ *Ibid.*, p. 26.

CONCLUSIONES

El establecimiento en Colombia de la responsabilidad del Estado derivada del ejercicio de la función jurisdiccional cuando exista privación injusta de la libertad, error judicial, o indebido funcionamiento de la administración de justicia, también posibilitó, con respaldo hoy por hoy en las leyes 270 de 1996, 678 de 2001, 1437 de 2011, soportadas en los artículos 6 y 90 de la Carta Fundamental de 1991, el reconocimiento de la repetición en contra de los jueces y magistrados, cuando con su conducta dolosa o gravemente culposa dan lugar a que se declare la responsabilidad de aquél.

Dentro de tal contexto, una de las modalidades asegurativas que a futuro se devela con amplias posibilidades de crecimiento en el mercado asegurador colombiano es el seguro de responsabilidad (civil y administrativa) de los jueces y magistrados, en virtud del cual se pretende salvaguardar el patrimonio personal de quienes puedan ser objeto de reclamaciones por concepto de daños y perjuicios con motivo del ejercicio, desarrollo y ejecución de su función de administrar justicia.

Así entonces, el fin que se persigue con el seguro de responsabilidad civil profesional para jueces y magistrados, es amparar los riesgos que genera el desarrollo de la función pública de administrar justicia, cubriendo la responsabilidad que pueda pesar sobre el asegurado, proveniente de

circunstancias que se presentan en el desarrollo de su actividad profesional, es decir, de la facultad que han sido investidos de administrar justicia para los asuntos de su competencia, y de las cuales pueda acaecer una privación injusta de la libertad, error judicial o indebido funcionamiento de la administración de justicia.

Las necesidades de nuestra época hacen más necesario considerar el “seguro de responsabilidad civil y administrativa para jueces y magistrados” como un contrato, o acuerdo de dos partes, con derechos y deberes reconocidos por la ley. Se trata de una modalidad comprendida dentro de los seguros de responsabilidad profesional (civil y administrativa).

La extensión de este seguro se enmarca en la tendencia general a la aseguración de la responsabilidad civil en el ámbito profesional. No obstante hay que decir que, si bien en nuestro país para otros colectivos (médicos, arquitectos, ingenieros, contratistas con el Estado) la existencia y la necesidad de un seguro de responsabilidad civil es algo incuestionable y notablemente extendido; sin embargo, para jueces y magistrados se muestra todavía como algo novedoso e incluso debatido.

El debate planteado sobre la admisibilidad en Derecho del seguro de responsabilidad (civil y administrativa) para jueces y magistrados parte de la premisa de que el aseguramiento de este tipo de riesgos puede terminar con una

de las funciones que cumple la institución de la responsabilidad: la preventiva o disuasoria.

No olvidemos que, con carácter previo a la suscripción de la póliza, el juez o magistrado está obligado a diligenciar un cuestionario y a aportar documentos contables y financieros que retraten su situación económica, así como informar sobre determinados datos relativos a las funciones que ejercen en razón de su cargo que van a ser objeto de seguro. El importe de la prima es proporcional a los riesgos que se deduzcan de dicha información, pero puede verse alterado, e incluso puede llegarse a la rescisión de la póliza, si se modifica la situación inicialmente declarada.

Por otro lado, importante es señalar que el seguro objeto de estudio, es un mecanismo que básicamente busca la protección de tres grupos de intereses, el del Estado, el de los jueces y magistrados y el de la propia sociedad, y que incluso, podría extenderse su finalidad a la salvaguarda del afectado o damnificado.

BIBLIOGRAFÍA

ACEITUNO ALDUNATE, José Manuel. El seguro de transporte. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ALMAGRO NOSETE, José. La responsabilidad judicial civil (España). En: MORENO MARTÍNEZ J.A. (Coord). La responsabilidad civil y su problemática actual. Madrid: Editorial Dykinson S.L., 2007.

BADOSA COLL, Ferran. La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1987.

BARREIRO, Jorge. La imprudencia profesional. En: La imprudencia, Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993.

BENÍTEZ DE LUGO REYMUNDO, Luis. Tratado de Seguros. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1955.

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho procesal administrativo. 6ª Ed. Medellín: Librería Señal Editora, 2002.

BULLRICH, Rodolfo. La responsabilidad del Estado. Buenos Aires: J. Méndez, 1920.

BUSTAMANTE FERRER, Jaime y URIBE OSORIO, Ana Inés. Principios Jurídicos del Seguro. 3ra Ed. Bogotá: Editorial Temis, 1996

BUSTAMANTE LEDESMA, Álvaro. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Leyer, 2003.

CAPITAT, Henri. Vocabulario Jurídico. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1961. Traducido por GUAGLIANONE, Aquiles Horacio.

CÁRDENAS, Alejandra y MARTÍNEZ, John Jairo. Regulación de las inversiones de las compañías de seguros en Colombia. En: Derecho Económico No. IV. Colección Enrique Low Murtra. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 7ª Ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2002.

CASTILLO CODES, Enrique del. La imprudencia: autoría y participación. Madrid: Editorial Dykinson, S:L., 2007.

COLOMBIA, CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Sentencia del 16 de diciembre de 1987, expediente No. R-012, C.P. Dr. Gaspar Caballero Sierra.

----- Sección Tercera. Sentencia del 10 de noviembre de 1967, expediente No. 868, C.P. Dr. Gabriel Rojas Arbeláez

----- Sentencia del 31 de julio de 1976, expediente No. 1808, C.P. Dr. Alfonso Castilla Saiz.

----- Sentencia del 28 de octubre de 1976, expediente No. 1482, C.P. Dr. Jorge Valencia Arango.

----- Sentencia del 5 de marzo de 1981, expediente No. 2462, C.P. Dr. Jorge Valencia Arango.

----- Sentencia del 22 de marzo de 1982, expediente No. 3416, C.P. Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

----- Sentencia del 24 de marzo de 1982, expediente No. 2676, C.P. Dr. Jorge Dangond Flórez.

----- Sentencia del 23 de mayo de 1985, expediente No. 3340, C.P. Dr. Eduardo Suescún Monroy.

----- Sentencia del 1º de octubre de 1992, expediente No. 7058, C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández.

----- Sentencia del 14 de agosto de 1997, expediente No. 13258, C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

----- Sentencia del 13 de septiembre de 2001, expediente No. 73001-23-31-000-1994-2915-01(12915), C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

----- Sentencia del 22 de noviembre de 2001, expediente No. 25000-23-26-000-1992-8304-01(13164), C.P. Dr. Ricardo Hoyos Duque.

----- Sentencia del 14 de marzo de 2002, Radicado No. 1993-9097-01(12076). C.P. Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

----- Sentencia del 4 de abril de 2002, expediente No. 13606. C.P. Dra. María Helena Giraldo Gómez.

----- Sentencia del 15 de agosto de 2002, expediente No. 25000-23-26-000-1994-9646-01(11889), C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enriquez.

----- Sentencia del 16 de marzo de 2005, expediente No. 66001-23-31-000-2003-00425-01(27831), C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

-----. Sentencia del 20 de abril de 2005, expediente No. 25000-23-26-000-1995-01495-01(14725), C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

-----. Sentencia del 31 de agosto de 2005, expediente No. 08001-23-31-000-2003-00076-01(28513), C.P. Dr. María Elena Giraldo Gómez.

-----. Sentencia del 1º de marzo de 2006, expediente No. 25000-23-26-000-1995-01157-01(14408), C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enriquez..

-----. Sentencia del 16 de febrero de 2006, expediente No. 25000-23-26-000-1993-09946-01(14307), C.P. Dr. Ramiro Saavedra

-----. Sentencia del 11 de septiembre de 2006, expediente No. 25000-23-26-000-1994-00252-01(14874), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

-----. Sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente No. 20001-23-31-000-1997-03423-01(15463), C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

-----. Sentencia del 13 de agosto de 2008, expediente No. 70001-23-31-000-1997-06331-01(17412), C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

----- Sentencia del 14 de abril de 2010, expediente No. 25000-23-26-000-1995-00595-01(18960), C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

----- Sentencia del 29 de marzo de 2012, expediente No. 07001-23-31-000-1999-00025-01(16448), C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth

----- Sentencia del 26 de julio de 2012, expediente No. 25000232600019990201001(22581), C. P. Danilo Rojas

----- Sentencia del 27 de junio de 2013, expediente No. 27001-23-31-000-2002-00173-01 (31033), C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-571 del 26 de octubre de 1992, M.P. Dr. Jaime Sanin Greiffenstein.

----- Sentencia C-036 de 1996, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

----- Sentencia C- 037 de 1996, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

----- Sentencia C-1062 del 16 de agosto de 2000, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil y Agraria. Sentencia del 5 de noviembre de 1998.

----- . Sentencia del 22 de julio de 1999, expediente No. 5065, M.P. Dr. Nicolás Bechara Simancas.

----- . Sentencia del 3 de mayo de 2000, expediente No. 5360, M.P. Dr. Nicolás Bechara Simancas.

----- . Sentencia del 2 de agosto de 2001, expediente No. 6146, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

----- . Sentencia del 11 de abril de 2002, expediente No. 6825, M.P. Dr. Jorge Santos Ballesteros.

----- . Sentencia del 24 de octubre de 2005, expediente No. 9559, M.P. Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno.

----- . Sentencia del primero de junio de 2007, expediente No. 66001-3103-004-2004-00179-01, M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

----- . Sentencia del 13 de febrero de 2008, expediente No. C-7300131030042004-00037-01, M.P. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

----- Sentencia del primero de septiembre de 2010, expediente No. C-05001-3103-001-2003-00400-01, M.P. Dr. Edgardo Villamil Portilla.

----- Sentencia del 25 de mayo de 2012, expediente No. C-05001-3103-001-2006-00038-01, M.P. Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

COLOMBIA, RAMA JUDICIAL. ESCUELA RODRIGO LARA BONILLA. [en línea], [citado: 27/11/2013]. Disponible en: http://www.ejrlb.com/sites/default/files/pdfs/nuestra_institucion.pdf.

DE LA TORRE DÍAZ, Javier. Deontología de abogados, jueces y fiscales. Madrid: Editorial Universidad Pontificia Comillas, 2008.

DE LAS HERAS GARCÍA, Manuel Ángel. Estatuto ético-jurídico de la profesión médica. Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2003.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. 8ª Ed. Bogotá: Editorial ABC, 1981.

DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel. El Seguro de Responsabilidad. 1ª Ed., 2ª imp. Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

DUEÑAS RUGNON, Ramiro. La Responsabilidad del Estado por las Actuaciones Jurisdiccionales. Bogotá D.C.: Universidad del rosario, 2008.

DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Editorial Ariel, 1997.

ESCOBAR LÓPEZ, Edgar. La Responsabilidad del Estado por fallas en la Administración de Justicia. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1991.

FIORINI, Bartolomé. Manuel de Derecho Administrativo. Buenos Aires: La Ley, 1968.

FRIEDMANN, Wolfgang. El derecho en una sociedad en transformación. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. Traducido por TORNER, Florentino M.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1981.

GARRIDO MAYOL, Vicente. La Responsabilidad Patrimonial del Estado. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

GARRIGUES, Joaquín. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid: Editorial Aguirre, 1982.

GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial. 4ª Ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. 5ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2011.

GUERRERO LEBRÓN, Maria Jesús. El seguro de responsabilidad civil de administradores y directivos. 1ª Ed. Madrid: Editorial La Ley, 2004.

GUTIÉRREZ GILSANZ, Javier. El riesgo en el seguro de responsabilidad civil de los auditores de cuentas. 1ª Ed. Madrid: La Ley, 2007.

HALPERIN, Isaac. Lecciones de Seguros. 7ª Reimp. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1993.

HERRERA RICO, Luciano. Diccionario Elemental de Seguros. Santafé de Bogotá D.C.: Valencia & Irigorri Ltda., 1995.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés y Movilla Álvarez, Claudio. El Poder Judicial. Madrid: Editorial Tecnos, 1986.

IGLESIAS VILA, MARISA. El problema de la discreción judicial. 2ª Ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

JARAMILLO J., Carlos Ignacio. Derecho de Seguros. Bogotá D.C.: Editorial Temis, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Estudios, 2011.

JEZE, Gastón Paul Amedee. Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. Traducido por SAN MILLÁN ALMAGRO, Julio N.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. 4ª Ed. Bogotá D.C.: Dupre Editores, 2004.

LOPEZ-COBO, Claudio I. El seguro de responsabilidad civil: fundamentos y modalidades. Madrid: Editorial nacional de resaseguros S.A., 1988.

LÓPEZ MORALES, Jairo. Responsabilidad Patrimonial del Estado. Evolución de la Jurisprudencia colombiana. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2001.

MANES, Alfredo. Teoría General del Seguro. Madrid: Editorial Logos, 1930. Traducido por SOTO, Fermín.

MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires, t. IV.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. La responsabilidad civil profesional. Madrid: Editorial Colex, 1999.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Medellín: Editorial Diké, 1993.

MERLANO SIERRA, Javier Enrique. La responsabilidad jurídica de abogados y administradores de justicia en el Derecho colombiano. En: Revista de Derecho No. 33. Barranquilla: Universidad del Norte, 2010.

MIRANDA SUÁREZ, Francisco. Seguro de responsabilidad civil por mal praxis médica. Revista chilena de derecho de seguros. Año 2 número 4 Santiago de Chile: Aida, 2000.

MONTERO AROCA, Juan. Responsabilidad Civil del Juez y del Estado por la actuación del poder Judicial. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1998.

MONTOYA LONDOÑO, Carlos Alberto. Manual de Seguros. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2001.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia. La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo. Madrid: Editorial Dickinson S.L., 2005.

ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés E. Las obligaciones y las cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Lecciones de derecho de seguros No. 3. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2004.

OSSA GÓMEZ, J. Efrén. Teoría General del Seguro. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

OSORIO, Ángel. El alma de la toga. 9ª Ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1989.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos. No. 4ª Ed. Bogotá: Editorial Temis, 1994.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Abogado. En: Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina Driskill, 1954.

PARADA, Ramón. Derecho Administrativo. Parte General. 5ª Ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1993.

PEÑA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles. No. 2ª Ed. Bogotá: Ediciones Ecoe, 2006.

PÉREZ PERDOMO, Rogelio. Los abogados de América Latina una introducción histórica. Bogotá: Editorial Nomos S.A., 2004.

PETIT, Eugéne. Tratado Elemental de Derecho Romano. 9ª Ed. Buenos Aires: Abogados Asociados Editores, 1994. Traducido por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, José.

PINEDA, Fanny. Responsabilidad del Estado. En: Diccionario Jurídico Mexicano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. No. 22ª Ed. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., 2001.

REGUEROS DE LADRÓN DE GUEVARA, Sofía. Aspectos tributarios del contrato de seguros: comentarios y normatividad colombiana. No. 1ª Ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.

RETIS AMAYA, Juan Manuel. La responsabilidad del Estado por el Error Judicial. En: Conferencia sobre la evolución de la responsabilidad estatal en Colombia. (7º.: 2005: Bogotá D.C.). Acta de la Conferencia sobre la Responsabilidad Estatal en Colombia. Bogotá D.C.: Colegio de Abogados de la Universidad Católica de Colombia, 2005.

-----. Las teorías del riesgo excepcional y el daño especial en la responsabilidad del Estado. En: Conferencia sobre la evolución de la responsabilidad estatal en Colombia. (3º.: 2005: Bogotá D.C.). Acta de la Conferencia sobre la Responsabilidad Estatal en Colombia. Bogotá D.C.: Colegio de Abogados de la Universidad Católica de Colombia, 2005.

RIVERO, Jean. Derecho Administrativo. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1984.

RODRÍGUEZ R., Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. 8ª Ed. Santa Fe de Bogotá D.C.: Editorial Temis, 1995.

RODRIGUEZ y RODRÍGUEZ, Joaquín. El contrato de seguro en el derecho mexicano. México: Amic Editor, 1976.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El Médico ante el Derecho. En: La responsabilidad penal y civil del médico. Madrid, 1985.

RUÍZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estados y sus Regímenes. Bogotá: Ecoe Ediciones, 2010.

RUIZ VADILLO, Enrique. La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales. Madrid: Instituto de Fomento Sanitario, 1996.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Panorama General del Derecho Administrativo en Colombia. En: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. Santiago. El Derecho Administrativo Iberoamericano No. 9. Granada: Instituto Nacional de Administración Pública 2005.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. 2da Ed. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal. 4ª Ed. Madrid: Editorial Montecorvo, 1986.

SIERRA NOGUERO, Eliseo. Curso de derecho mercantil. 4ª Ed. Barcelona: Servei de Publicacions, Universitat Autònoma de Barcelona, 2009.

SILVA SILVA, Hernán. Medicina Legal y Psiquiatría Forense. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1995.

SOLER ALEU, Amadeo. El nuevo contrato de seguro. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1969.

SORIANO GARCÍA, José Eugenio. Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1993.

STIGLITZ, Gabriel A. Daños y Perjuicios. Buenos Aires: Editorial La Rocca, 1987.

STIGLITZ, Rubén S. Derecho de Seguros. 3ª Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

TAWILL, Santiago. La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.

TOBÓN FRANCO, Natalia. Gerencia jurídica y responsabilidad profesional: enfoque nacional e internacional. 1ª Ed. Bogotá D.C.: Centro Editorial Rosarista, 2006.

TRIGO REPRESAS, Félix Alberto *et al.* Responsabilidad civil de los profesionales. Buenos Aires: Astrea, 1978.

VARGAS AGUILAR, Juan Carlos. Fundamentos para el Desarrollo de Productos de Daños. Trabajo presentado para el X Premio de investigación sobre Seguros y Fianzas 2003. México: Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF), 2003.

VEIGA COPO, Abel B. Caracteres y Elementos del Contrato de Seguro. Póliza y Clausulado. Bogotá D.C.: Universidad Sergio Arboleda, Biblioteca Jurídica Dike, 2010.

YOUNES MORENO, Diego. Curso Elemental de Derecho Administrativo. 4a Ed. Santafé de Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994.