

LOS CLUBES DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN (P&I CLUBS) Y SU OPERACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO COLOMBIANO[♦].

Por Javier Andrés Franco Zárate¹.

Sumario: 1. Introducción y planteamiento del problema. 2. Generalidades de los P&I Clubs. 2.1 Naturaleza, antecedentes y características de los P&I Clubs. 2.2. Coberturas ofrecidas por los P&I Clubs. 2.3. Notas diferenciadoras de la actividad ejercida por los P&I Clubs. 3. Actividad aseguradora en Colombia. Definición, alcances y justificación de la vigilancia estatal de la actividad. 4. El contrato de seguro y sus principales diferencias con la actividad mutua. 5. La actividad desplegada por los Clubs P&I y su visión a partir de la normatividad colombiana vigente. 6. Aproximación crítica a la posición de la autoridad en Colombia. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

En la actualidad, Colombia se encuentra celebrando diferentes tratados bilaterales de cooperación económica con el fin de aumentar y mejorar su comercio exterior. El transporte marítimo, en tanto insumo fundamental para el desarrollo del comercio internacional, debe estar dotado de un marco normativo acorde con su naturaleza y características con el fin de gestar las condiciones necesarias para desarrollar la actividad marítima en condiciones de eficiencia y competitividad de cara a los mercados internacionales. El seguro marítimo, es sin duda uno de los aspectos fundamentales que son tenidos en cuenta por parte de quien interviene en el ejercicio de la actividad y como tal debe ser objeto de regulación específica en este sentido.

Ya se ha discutido a nivel nacional sobre la naturaleza de los clubes de protección e indemnización y sobre los requisitos que éstos deben cumplir si pretenden prestar sus servicios en el país. Sin embargo, la posición estatal adoptada no parece la más apropiada, máxime si se tiene en cuenta que actualmente los armadores colombianos se encuentran en principio impedidos para pertenecer a un club de protección e indemnización, esquema exclusivo de este sector y que como se verá es el que impera en el campo marítimo para colectivizar los riesgos derivados del ejercicio de la actividad.

[♦] Este artículo fue presentado a la revista el día 17 de octubre de 2006 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 7 de diciembre de 2006, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Marítimo de la misma Universidad, asistente de investigación del Grupo de Investigación “Derecho Comercial Colombiano y Comparado” del Departamento de Derecho Comercial (javier.franco@uexternado.edu.co) y abogado asociado de la firma Guzmán Escobar & Asociados (jfranco@guzmaritime.com).

Se plantea entonces, ante la desventaja competitiva que esta situación genera, la necesidad de revisar i) si es correcto afirmar que a la luz de la legislación colombiana los clubes ejercen actividad aseguradora en estricto sentido; ii) si tal actividad es ajena a nuestra legislación o si por el contrario ha sido objeto de desarrollo por nuestro ordenamiento interno; iii) si los fundamentos que han sido esgrimidos para caracterizar la actividad son los más acordes con la naturaleza de este tipo de entes; iv) cuál debe ser la autoridad estatal que eventualmente debe ejercer control sobre esta clase de entes así como sus alcances; v) y, por último, si puede considerarse necesario plantear un esquema normativo que permita facilitar a los clubes de protección e indemnización su operación en Colombia en condiciones de competencia y cuales serian sus características.

2. GENERALIDADES DE LOS P & I CLUB`S

2.1. Naturaleza, antecedentes y características de los P&I Clubs.

El despliegue de la aventura marítima siempre ha conllevado la asunción de diversos riesgos por parte de quienes han participado de ella. Así, históricamente han sido planteados diversos modelos para permitir la distribución de los riesgos propios de esta actividad, que en atención a sus características resultan generalmente cuantiosos.

Los Clubes de Protección e Indemnización (*protection and indemnity clubs*) son asociaciones o cooperativas de armadores² y propietarios de buques que se asocian bajo un esquema mutual³ sin fines de lucro, con el propósito de cubrir colectivamente las reclamaciones y responsabilidades en que puedan verse incursos, atomizando de esta manera las consecuencias adversas que surjan como consecuencia de la realización de un evento riesgoso propio de la actividad marítima que ejecutan.

Los clubes de protección e indemnización encuentran su origen en Inglaterra. Allí, los armadores y propietarios de buques con el fin de asegurarse contra los siniestros que podían presentarse, buscaron coberturas adecuadas para atomizar las pérdidas que ocasionaran este tipo de eventos. Así, en principio buscaron en el mercado asegurador tradicional una cobertura a través de los "hull insurance" o aseguradores de casco, los cuales si bien cubrían inicialmente también algunos eventos

² De acuerdo con el artículo 1473 del Código de Comercio "Llamase armador la persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan". Vale la pena señalar, que también se ha entendido que en materia de transporte de mercancías, el carácter de miembro del club puede llegar a ser ostentado no sólo por el armador o el propietario del buque, sino también por el fletador de la nave en determinados casos.

³ Con relación a este tipo de asociaciones, el Directorado de Ciencia, Tecnología e Industria de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo ha establecido que "In sharp contrast to commercial hull insurers, the P&I Clubs are an integral part of the shipping industry. They are mutual insurance associations, owned by the shipowners who are their insured members, and they exist solely to provide this shipowners with liability cover and attendant services. They have been described as shipowners' co-operatives for liability insurance". ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Report on The Removal of Insurance From Substandard Shipping*, 2004, p. 17.

relacionados con la responsabilidad civil de los armadores ante terceros, se concentraban en la cobertura del siniestro derivado de la pérdida misma del buque y de su maquinaria, quedándose muchas veces cortos en lo que a la cobertura por responsabilidad del armador se refería. En este sentido, es importante resaltar que si bien ya desde el siglo XVIII con ocasión de la expedición de la *Buble Act*⁴ en el Reino Unido, Lloyd's de Londres⁵ monopolizó el mercado con el ofrecimiento de este tipo de coberturas, pero las altas primas de este tipo de cubrimientos dieron paso a la configuración de esquemas mutuales⁶ entre los armadores con el fin de reducir costos⁷ y obtener amparos más completos y adecuados⁸. Se dio inicio a la configuración de los clubes de protección e indemnización⁹, teniendo estos como su primer antecedente la Shipowners Mutual Protection Society creada en 1855, que posteriormente recibió el nombre de Britannia Steam Ship Insurance Association, que actualmente conserva¹⁰.

⁴ “In eighteenth century Britain, the Bubble Act of 1720 temporarily prevented the development of marine insurance corporations, thereby enabling Lloyd's coffee house to develop as a center where private underwriting could flourish. Lloyd's became a hub for information about ships and their crews, trade routes and political developments, and the many other factors which would affect the riskiness of a voyage, and also for reputational information about trading partners, which helped partially overcome various agency problems inherent to marine insurance at the time”. KINGSTON, Christopher. *Marine Insurance in Britain and America, 1720-1844: A Comparative Institutional Analysis*, 2004, artículo disponible en: cniss.wustl.edu/workshoppapers/KingstonCNISS.pdf consultado en septiembre de 2006.

⁵ “Contra la creencia general que impera en la materia, dicha Corporación no contrata seguros ni reaseguros. Son los miembros del Lloyd's – aseguradores individuales o *underwriters*, o Sindicatos -, quienes contratan los seguros a título personal y por su exclusiva cuenta y riesgo. (...) Síguese de ello que Lloyd's de Londres constituye el ámbito físico de la actividad aseguradora: alberga a ésta, más no participa obligacionalmente de ella”. DOLCE, Marino. *Curso de Derecho de la Navegación*, Astrea, 1994, p. 470.

⁶ “Las fuertes pérdidas en el mercado de seguros producidas entonces, agravadas por la Guerra de la Independencia de los Estados Unidos de Norte América, que derivaron en la bancarrota de muchas aseguradoras, llevó en 1720 a la creación de dos corporaciones, la Royal Exchange Assurance y la London Assurance, a las que se les reservó un desempeño protegido en el mercado del Lloyd mediante la sanción del act pertinente. Hacia el final del siglo referido se establecieron un gran número de asociaciones de shipowners, especialmente en el noroeste de Inglaterra, conocidos como hull clubs, con una dirigencia monopólica ordenada desde Londres (por el Lloyd's Coffe House) y desde otros puertos. Ese privilegio llevó, por oposición, a la formación de otros hull clubs para abaratar los costos de los seguros llegando al punto de llevar a la desaparición del monopolio de la Royal Exchange y la London Assurance y de concebir la idea de formar sociedades de protección”. BLAS SIMONE, Osvaldo. *Seguros Marítimos*, La Ley, 2002, p. 170.

⁷ GONZÁLEZ LEBRERO, Rodolfo. *Curso de Derecho de la Navegación*, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 679.

⁸ “Usualmente y en forma tradicional, las coberturas sobre buques no cubrían el cien por ciento de la responsabilidad sobreviviente por choques o abordajes, sino que, expresamente, sólo amparaban las $\frac{3}{4}$ partes de esa cobertura para dejar en cabeza del propio asegurado el $\frac{1}{4}$ restante. (...) Esa fue la primitiva causa que motivó el origen de los clubes para la cobertura de esa proporción por los mismos armadores a través de la cláusula *one fourth collision liability*, limitándose a cubrir la responsabilidad del *owner* en la proporción que las pólizas ordinarias de seguro marítimo no amparaban: esto es, en el cuarto, que quedaba en cabeza del asegurado”. BLAS SIMONE, Osvaldo, Op. Cit., p. 174.

⁹ “Historically, protection and indemnity (P&I) insurance was created to supplement the hull policy. Today, however, aside from the “running down” clause in the hull policy, P&I insurance is the primary means whereby shipowners and operators protect themselves against thirdparty liability claims. Nevertheless, events that would ordinarily be included under a hull policy are expressly excluded from P&I coverage regardless of whether the requisite coverage is in effect”. FORCE, Robert. *Admiralty and Maritime Law*, Federal Judicial Center, 2004, p. 187.

¹⁰ *Ibidem*, p.170.

Se puede afirmar que los principales objetivos de estos Clubes, son los de proteger e indemnizar a los asociados frente a riesgos concretos y excepcionales que en principio, no encuentran cobertura en el seguro tradicional, o que de encontrarla, lo harían sólo mediante el pago de coberturas adicionales con primas en exceso elevadas. Cabe resaltar igualmente, que este tipo de organizaciones adicionalmente busca proporcionar a sus afiliados no sólo un esquema de diversificación y atomización del riesgo, sin que ello implique una transferencia a persona diferente del asociado sino más bien, su colectivización, sino adicionalmente, dotar al miembro de una estructura mundial para atender reclamaciones, brindando seguridad inmediata en forma de caución o de fianza para evitar el embargo o la inmovilización de un buque en un determinado puerto en que se ha presentado un siniestro cubierto por la asociación.

La vinculación de los miembros a cada uno de estos clubes se da mediante la cancelación de una suma fija inicial individual conocida con el nombre de “advance call”. Una vez reciben el visto bueno por parte de la asociación se emite un certificado de inscripción o “certificate of entry”, que le da, en términos propios del derecho de seguros, y para ir delineando en alguna medida sus diferencias con el contrato de seguros, la doble calidad de asegurado y asegurador con relación al riesgo cuya cobertura se pretende. En el caso que uno de los miembros desee cancelar su vinculación al Club, éste podrá exigir una devolución de parte de lo cancelado, lo que en términos técnicos del la operación recibe el nombre de “Laid-up Return”.

No obstante lo anterior, cuando las sumas denominadas “advanced call” pagadas por cada uno de los miembros resultan insuficientes para cubrir los gastos provenientes de la protección y/o indemnización que deba ser pagada por parte de la asociación en un periodo determinado, los afiliados son llamados a aportar una suma adicional, suma que recibe el nombre de “Supplementary Call”, cuyo monto es determinado por el director del P&I Club al cual pertenezcan y que está fijado en relación con el porcentaje proporcional en que deba contribuir el afiliado para cubrir el mayor valor a pagar por parte de la asociación. Las contribuciones y demás pagos complementarios se calculan con base en el tonelaje y número de buques con que cuente el afiliado, edad y características de los mismos, la naturaleza del tráfico que realiza, nacionalidad y extensión de la cobertura de protección e indemnización, entre otros. Este es el concepto que permite la individualización de la cuota inicial de cada aspirante a miembro.

Por último, en lo que atañe a las características generales de este tipo de entes, es importante resaltar que, en algunas situaciones, cuando el buque inscrito se encuentra inactivo durante un periodo prolongado de tiempo, una parte de las contribuciones se puede llegar a devolver al miembro, según lo permitan las reglas de cada Club en particular.

2.2. Coberturas Ofrecidas por los P&I Clubs.

La cobertura ofrecida por los clubes de protección e indemnización normalmente comprende la responsabilidad civil del armador o transportador que pueda surgir de

cualquier clase de daños que sean causados a terceros en virtud del desarrollo de la actividad marítima¹¹. Sin embargo, la doctrina ha señalado que por protección suele entenderse cubierto principalmente todo lo relativo a las lesiones de personas, mientras que por indemnización se debe entender lo referente a la cobertura relativa a la carga como tal del buque de que se trate. En este orden de ideas se ha distinguido doctrinariamente que cada concepto incluiría:

- **Protección.**

- a) Muerte, lesiones corporales o enfermedad del capitán, tripulantes del buque siempre que se hallen a bordo, o desplazándose desde el buque o hacia él, incluyendo cualquier persona a bordo de otro buque.
- b) Daños, compensación, salarios, manutención, gastos médicos y de entierro, hospitalización.
- c) Muerte, lesiones corporales o enfermedades de los pasajeros y pérdida ocasionadas a su equipaje.
- d) Muerte, lesiones o enfermedades de los estibadores que devienen como consecuencia de la operación de cargue o descargue del buque.
- e) Gastos de salvamento de vidas humanas.
- f) Gastos de repatriación del capitán, tripulación, en los casos de enfermedad o lesión, de enfermedad grave de un familiar.
- g) Gastos para enviar un sustituto del capitán o de cualquier miembro de la tripulación.
- h) Salarios y demás remuneraciones del capitán y la tripulación, durante el tiempo de desempleo por naufragio.
- i) Pérdida de los efectos personales de la tripulación.
- j) Pérdida y daño a puertos, muelles.
- k) Daños a otro buque inscrito por abordaje.

- **Indemnización.**

- a) Gastos de cuarentena por desinfección del buque, tripulación, carga, como consecuencia de una epidemia.
- b) Contribución en la avería gruesa.
- c) Daños o pérdidas a consecuencia del remolque.
- d) Averías o faltantes en la carga. Reclamaciones respecto de la carga que debía ser transportada por un buque inscrito, o que está siendo o ha sido transportada, como resultado del incumplimiento contractual del transportista.
- e) Pérdidas o daños a la carga como resultado de un abordaje, siempre que medie culpa común y por el cual el armador deba indemnizarlos.
- f) Gastos de avería gruesa y los especiales que el armador tuviere derecho de reclamación sobre los titulares del carga.

¹¹ “The risks which are covered will vary from Association to Association, and will depend on the nature of the particular Association concerned”. IVAMY Hardy. *Marine Insurance*, Butterworths Insurance Library, p. 478.

- g) Multas u otras penalidades impuestas a un buque inscrito por autoridades judiciales y/o administrativas.
- h) Costos y gastos relativos a la defensa de los intereses del buque inscrito.
- i) Responsabilidades por contaminación por hidrocarburos o por sustancias peligrosas¹².

2.3. Notas diferenciadoras de la actividad ejercida por los P&I Clubs.

Algunas de las notas características de este tipo de asociaciones que permiten distinguirlas de otras figuras similares, son entre otras, las siguientes:

- a. CONSTITUYEN UN FONDO COMÚN CON DESTINACIÓN ESPECIFICA, los dineros aportados por los afiliados están única y exclusivamente destinados a cubrir las responsabilidades que estén obligados a pagar los miembros en virtud de la concreción del riesgo y al cubrimiento del valor de los servicios de asistencia.
- b. LAS CALIDADES DE “ASEGURADO” Y AFILIADO COINCIDEN EN LA MISMA PERSONA, a diferencia de los seguros comerciales propiamente dichos, son los mismo potenciales “asegurados” quienes ostentan la calidad de afiliado en la mutual que cubrirá los gastos en que incurran como consecuencia de la responsabilidad declarada o en algunos casos tan sólo comprobada.
- c. ASEGURAN LAS RESPONSABILIDADES DEL ARMADOR FRENTE A TERCEROS¹³, es decir, están dirigidos a cubrir situaciones que en principio no están amparadas bajo la cobertura del seguro tradicional¹⁴ de casco y maquinaria.
- d. NO SÓLO SE CIRCUNSCRIBEN AL PAGO DE UNA INDEMNIZACIÓN, pues como se dijo en acápite precedente, los clubs buscan además de proporcionar

¹² GONZÁLEZ LEBRERO, Rodolfo, Op. Cit., p. 681 y SIMONE, Osvaldo, Op. Cit., p. 174 y 175.

¹³ Debe tratarse de responsabilidades en las que incurra el armador con ocasión de la operación del buque para que puedan ser cubiertas por el P&I Club. “*Williams v. Treasure Chest Casino, L.C.C.*, 1998 A.M.C. 1300 (E.D. L a. 1998): One of the P& I policy’s important features is that it covers only liability incurred as a vessel owner. “It is not a general liability coverage, and when the insured vessel owner’s conduct in some non-vessel-related operation is the cause of the injury ... the loss is not covered since the owner’s liability was not incurred as a vessel owner. 3 *Matthew B ender, Marine Insurance* § 44.04[4]” HARTER, Simon. *The Insuring Clause*, en Marine Protection and Indemnity, Maritime Law Associations of the United States, 2001, p. 3.

¹⁴ “Los P&I Clubs adquieren la importancia que actualmente tienen al asegurar una serie de riesgos que el mercado asegurador ordinario no quiere o no puede asegurar. Los Clubs aseguran un gran número de riesgos que no aseguran ni el Lloyd’s ni las Compañías. Se dice que el Lloyd’s y las Compañías aseguran buques y cargamentos, mientras que los clubs aseguran las responsabilidades de los armadores. (...) En general podemos afirmar que el mercado asegurador ordinario no está interesado en el seguro de P&I. Los riesgos y responsabilidades de los miembros no le interesan. (...) El principal punto de relación entre ambos mercados, el ordinario y el de los P&I, lo constituyen los riesgos de guerra – War Risks – y los riesgos del transporte combinado – Through Transit Risks - . Este es el único campo en que estos dos mercados entran en concurrencia”. HILL PRADOS, María Concepción. *Los Clubs de Protección e Indemnización en el Campo del Seguro Marítimo*, J.M. Bosch, 1992, p. 50 y 51.

- una cobertura para la responsabilidad civil del armador, otorgar un sistema de atención de reclamos a nivel mundial¹⁵.
- e. SIN ANIMO DE LUCRO, de acuerdo con la naturaleza de la conformación jurídica de la mutual, su objetivo, no persigue la explotación comercial de los ingresos captados de los socios con la finalidad de generar un lucro, por cuanto, como se ha dicho, tales recursos tienen una destinación específica¹⁶.
 - f. NO SON PROPIAMENTE PERSONAS JURIDICAS DE CARACTER MERCANTIL, por lo que no están llamados a ser sometidos enteramente a las reglas propias de esta clase de personas jurídicas¹⁷. De hecho, a la luz del derecho inglés y en particular de la “Companies Act, 1958” si bien son sujetos de derecho, se establecen en su mayoría como “company limited by guarantee”¹⁸.
 - g. NO FIJAN LIMITE DE RESPONSABILIDAD, a diferencia de las entidades aseguradoras, no tiene un límite de responsabilidad, sus coberturas a diferencia de lo que sucede con las ofrecidas por el seguro tradicional, buscan cubrir totalmente las consecuencias patrimoniales adversas ocasionadas por el siniestro.
 - h. FUNCIONAN BAJO EL ESQUEMA “PAY TO BE PAID” ó pagar para ser pagado, según el cual, salvo casos específicos determinados por cada club, será necesario que el armador – miembro - acredite haber realizado los pagos correspondientes para que pueda proceder a reclamar del fondo mutual la suma a la que asciende al indemnización del daño causado¹⁹. Es decir, se requiere la indemnización previa del tercero perjudicado²⁰.

¹⁵ En este sentido se dice que “A P&I Club operates as a mixture of an insurance company, a law firm and a loss adjuster. This means that a Club should be able to assist a shipowner in dealing with every aspect of a casualty from finding experts and contractors to deal with the immediate casualty through the legal advice and paying claims” (...) “The Clubs are unique organizations in that they provide not only insurance cover, but also claims handling (legal) advice and casualty response service” SEWARD Robert. *The Role of Protection and Indemnity (P&I) Clubs*. Publicado en el web site [http://www.itopf.com/seward.pdf#search=%22SEWARD%20Robert.%20The%20Role%20of%20Protection%20and%20Indemnity%20\(P%26I\)%20Clubs.%20%22](http://www.itopf.com/seward.pdf#search=%22SEWARD%20Robert.%20The%20Role%20of%20Protection%20and%20Indemnity%20(P%26I)%20Clubs.%20%22) consultado en agosto de 2006.

¹⁶ Si bien en a la luz del derecho inglés los P&I Clubs normalmente se constituyen bajo la forma de companies limited by guarantee and not having a share capital, “Los P&I Clubs en tanto que asociaciones de seguros mutuos no persiguen un fin de lucro. Nos hallamos, por tanto, ante lo que los ingleses conocen como “non-profit making concern” y de acuerdo con el derecho de sociedades inglés: sólo cuando se trate de un fin sin propósito de lucro existe la posibilidad de crear una ‘guarantee company’ que es especialmente adecuada para un organismo de este tipo”. HILL PRADOS, María Concepción. Op. Cit., p. 86.

¹⁷ “Esta ‘Guarantee company’ en su forma pura – que es la que nos interesa – o sea ‘not having a share capital’ no sirve evidentemente para fines comerciales ordinarios, pero es – repetimos – la más adecuada para aquellas asociaciones que persiguen otros fines”. *Ibidem*, p. 88.

¹⁸ SIMONE, Osvaldo. Op. Cit., p. 173.

¹⁹ “Most P&I policies are policies of indemnity which require the assured to actually pay a loss before the underwriters are obligated to reimburse the assured. *Weeks v. Beryl Shipping, Inc.*, 845 F.2d 304, 1988 A.M.C. 2187 (11th Cir. 1988); *Travelers Indemnity Co. v. Calvert Fire Ins. Co.*, 836 F.2d 850 (5th Cir. 1988); *Taormina Brothers, Inc. v. Compagnie Europeenne D’Assurances Industrielles S.A.*, 1995 A.M.C. 68 (S.D.N.Y. 1994); *but see Exxon Corp. v. St. Paul Fire & Marine Ins. Co.*, 129 F.3d 781, 1988 A.M.C. 913 (5th Cir. 1997)”. HARTER, Simon, Op. Cit., p. 5.

²⁰ *Ibidem*, p. 178.

3. ACTIVIDAD ASEGURADORA EN COLOMBIA. DEFINICIÓN, ALCANCES Y JUSTIFICACIÓN DE LA VIGILANCIA ESTATAL DE LA ACTIVIDAD.

La actividad aseguradora en Colombia, como concepto económico y empresarial, ha sido objeto de regulación por parte de la Constitución de 1991 que la consideró como una actividad de interés público²¹.

Para establecer los alcances del concepto de actividad aseguradora, la doctrina, el legislador e incluso el juez constitucional²² han acudido a diversos criterios, no obstante lo cual dicha expresión no está expresamente definida en nuestro ordenamiento mercantil.

Entre los criterios que han sido elaborados para el efecto, encontramos los siguientes:

- El criterio material, que atiende a la naturaleza misma de la actividad; por ejemplo, en virtud de este criterio se podría decir que actividad aseguradora es la que implica la asunción de un riesgo, cualquiera que sea la forma que prevista para hacerlo.
- El criterio formal, que atendería principalmente a la forma jurídica utilizada para el desarrollo de la actividad; el legislador podría entonces indicar que la actividad aseguradora es la que se desarrolla bajo la forma jurídica del contrato de seguros, entrando a definir todos su elementos. Podría también utilizar criterios positivos o negativos, señalando las actividades que considera constituyen actividad aseguradora, y otra que no considera como tales.
- El criterio orgánico, a partir del cual podría considerarse como aseguradora la actividad de ciertos entes jurídicos previamente definidos legalmente. Para citar un ejemplo concreto de un desarrollo de esta naturaleza en nuestro ordenamiento, el artículo 30 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prescribe que *“Cada vez que se aluda en este Estatuto la actividad aseguradora, a operaciones o a negocios de seguros, se entenderán por tales las realizadas por este tipo de entidades y, salvo que de la naturaleza del texto se desprenda otra cosa, se entenderán comprendidas también en dicha denominación las operaciones efectuadas por las sociedades de reaseguros”*. El mismo criterio es acogido de manera negativa por el artículo 108 ídem, en el cual el legislador, prescindiendo de ciertos elementos que realmente podrían llevar a considerar que una actividad es aseguradora, expresamente la excluye con una definición cuando dice *“En ningún caso los organismos de carácter cooperativo que presten servicios de previsión y solidaridad que requieran de una base técnica que los asimile a seguros, podrán anunciarse como entidades aseguradoras y denominar como pólizas de seguros a los contratos de prestación de servicios que ofrecen”*, esto con el fin de hacer la diferenciación entre la distintas actividades que diversas

²¹ El artículo 135 de la Constitución Política de Colombia de 1991 señala: “Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”.

²² A este respecto puede verse la sentencia de la Corte Constitucional C 940 de 2003.

instituciones pueden prestar al usuario o público en general, que cuenten con elementos similares de una figura jurídica determinada.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-940 del 2003 concluyó que *“De la Constitución Política emana que la actividad aseguradora conlleva el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos y que por esta razón, debe quedar sujeta a la intervención, vigilancia y control estatales, que se lleva a cabo mediante el reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo, a través del mecanismo de leyes marco y en virtud del poder de delegación de funciones”*, posición que va en consonancia con lo previsto por el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia.

Como se señaló atrás, de acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, la aseguradora es una actividad de gran importancia para el Estado en tanto involucra la confianza, el manejo e inversión de los recursos del público, razón por la cual se le considera como de interés público. Así, dicha actividad se somete a autorización previa para su ejercicio por parte del Estado y además, a la inspección, vigilancia y control del gobierno, tal y como lo consagran los artículos 150 numeral 19, 189 numeral 24 y 335 de la Carta Política.

De acuerdo con tal adscripción, resulta fundamental – con miras a precisar sus efectos – esclarecer lo que implica que el que tal actividad haya recibido la connotación de ser de interés público. Vale la pena precisar que, a juicio de la Corte Constitucional si bien la noción de interés público es *“un concepto jurídico indeterminado”*, su materialización en cada caso concreto puede tener diferentes implicaciones²³.

En la materia particular de la actividad aseguradora, se ha señalado que siendo de interés público²⁴ *“su ejercicio debe contar con la autorización previa del Estado y la intervención del Gobierno, de conformidad con la orientación y facultades que para el efecto establezca el legislador”*²⁵ y que *“De allí se debe partir: del interés público que reviste la actividad aseguradora, cimentado en los fines que como operación económica persigue y en la protección de la parte más débil - asegurado y beneficiario - de la relación contractual”*. (subrayas fuera de texto).

En relación con dichas facultades especiales otorgadas por el Artículo 335 de la Constitución Política la Corte Constitucional indicó que *“están dirigidas a preservar la*

²³ A este respecto puede verse la sentencia de la Corte Constitucional SU – 157 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se analizaron las implicaciones prácticas de considerar a la actividad bancaria como de “interés público”, señalando para el efecto que “la definición de interés público aún no parece unívoca, puesto que aquel puede considerarse como un concepto jurídicamente indeterminado. Por lo tanto, la Corte considera que, en la actividad bancaria, esta noción se materializa en estas premisas: [i] El acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido (...) [ii] en la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio (...)”.

²⁴ La Corte Constitucional también estableció en relación con el interés público presente en la actividad aseguradora a partir de la consagración normativa del artículo 335 de la Constitución Política de 1991 que “el interés público mencionado en la disposición, concuerda más con la defensa de la actividad aseguradora y, por consiguiente, de la comunidad de asegurados”. Corte Constitucional sentencia C - 232 de 1997 M.P. Jorge Arango Mejía.

²⁵ Corte Constitucional sentencia C- 269 de 1999 M.P. María Victoria Sáchica de Moncaleano.

*confianza de los ciudadanos en aquellas instituciones que captan sus recursos y que, por tanto, poseen una gran influencia en la dinámica económica*²⁶, así como que dicha intervención estatal “*tiene como fundamento garantizar la estabilidad del sector, mediante un desarrollo transparente, eficaz y competitivo de la misma y, por ende, proteger los derechos e intereses de quienes participan en su industria, así como lograr que los negocios en materia de seguros se realicen bajo parámetros de libertad económica, en la iniciativa privada que los promueve y en la competencia en la cual se desenvuelven, de manera responsable y dentro de los límites que impone el bien común y la salvaguarda del interés social (C.P., art. 333)*”²⁷.

De otra parte, en torno a establecer cuales son los parámetros que orientan la intervención del Estado en estas materias, la ley 35 de 1993 que dicta los objetivos y criterios sobre los cuales el Gobierno Nacional debe realizar las funciones para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de los recursos captados del público, dispuso en su artículo primero que: “*Objetivos de la Intervención. Conforme al artículo 150 numeral 19 literal d) de la Constitución Política corresponderá al Gobierno Nacional ejercer la intervención en las actividades financiera, aseguradora, del mercado de valores y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, con sujeción a los siguientes objetivos y criterios: a. Que el desarrollo de dichas actividades esté en concordancia con el interés público; b. Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas; c. Que las entidades que realicen las actividades mencionadas cuenten con niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia; d. Que las operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia; e. Promover la libre competencia y la eficiencia por parte de las entidades que tengan por objeto desarrollar dichas actividades, entre otras*”.

De lo anteriormente examinado se desprende que la actividad aseguradora en tanto conlleva el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público, y por esta vía, implica el depósito de la confianza de las personas, se ve sujeta a la intervención estatal con el fin de mantener indemne esa confianza, buscando que las personas que concurren al mercado con el fin de ejercer este tipo de actividades lo hagan cumpliendo con parámetros técnicos de solvencia y calidad que permitan garantizar su correcto ejercicio en condiciones de libre competencia.

No obstante lo anterior, La Corte Constitucional también indicó en su sentencia C – 940 de 2003 que a la luz de las previsiones hechas por la Constitución Política de 1991, “*de la Constitución no emana que toda actividad que implique en alguna forma la asunción de un riesgo*”²⁸ sea actividad aseguradora (criterio material de definición).

²⁶ Corte Constitucional sentencia C – 205 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

²⁷ Corte Constitucional sentencia C- 269 de 1999 M.P. María Victoria Sáchica de Moncaleano.

²⁸ Entendiendo por tal, según la definición doctrinaria comúnmente aceptada, la posibilidad de pérdida o desembolso, o el peligro que amenaza la vida o el patrimonio de las personas, sobre el cual no se tiene certeza de su ocurrencia.

Así, a juicio de la Corte, el seguro comercial no es el único mecanismo válido en Colombia para asumir un determinado riesgo, sino que ese cubrimiento se puede dar mediante el ejercicio de una actividad que como tal si bien implique su asunción de algún modo, no caiga bajo la esfera de lo se entiende por actividad aseguradora.

Así las cosas, existen diferentes criterios a los que según el caso el Legislador puede recurrir para señalar que una determinada conducta constituye o no actividad aseguradora, pero, no obstante ello, puede haber actividades lícitas que implicando la asunción de un determinado riesgo, no conllevan el ejercicio de una actividad propiamente aseguradora, y por lo tanto, serán objeto de otro tipo de regulación por parte del Estado.

4. EL CONTRATO DE SEGURO Y SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS CON LA ACTIVIDAD MUTUAL

El contrato de seguro propiamente dicho, ha sido entendido como un negocio jurídico por medio de la cual una persona decide asumir las consecuencias patrimoniales adversas de la concreción de un riesgo a cambio del pago de una contraprestación económica. Así, se ha dicho que *“El seguro es un contrato en virtud del cual el asegurador asume un riesgo amparable en el que tenga interés el asegurado, con el fin de indemnizarlo si ocurre el siniestro previsible, a cambio de una prima convenida”*²⁹.

Como notas características de este contrato, debe tenerse presente, entre otras, que i) es un contrato típico, en la medida en que se encuentra regulado en el Código de Comercio colombiano en el título V del libro IV a partir del artículo 1036 de dicha normativa; ii) es un contrato consensual, es decir se perfecciona y surge a la vida jurídica con el sólo consentimiento de las partes, tal y como claramente quedó especificado a partir de la reforma introducida en dicho sentido por la Ley 387 de 1997; iii) es un contrato bilateral, pues en su celebración interviene de un lado, una parte llamada tomador, esto es, la persona natural o jurídica que traslada el riesgo, y de otra, el asegurador, que es una persona jurídica que a la luz de las disposiciones vigentes en Colombia debe adoptar una naturaleza de sociedad anónima o cooperativa, así como la autorización correspondiente de la Superintendencia Bancaria; iv) es un contrato oneroso, en tanto está gravado cada uno de los contratantes a beneficio de la contraprestación del otro; v) aleatorio, en tanto el sacrificio o la utilidad que ha de reportar el negocio para las partes no está completamente determinado desde el momento mismo de la celebración del negocio, y vi) de ejecución sucesiva, por cuanto las prestaciones a cargo de las partes en virtud del contrato están diferidas en el tiempo.

Estas características corresponden a lo que en Colombia se ha denominado “seguro comercial”, en virtud del cual una compañía debidamente autorizada por el Estado para el efecto, interviene en el mercado en calidad de comerciante para ofrecer el cubrimiento de ciertos riesgos, ejerciendo así una actividad típicamente considerada como aseguradora.

²⁹ BUSTAMANTE FERRER, Jaime; URIBE OSORIO Ana Inés, *Principios Jurídicos del Seguro*, segunda edición, Colombo Editores, Bogotá, 1994, P. 3.

De otro lado está la actividad mutual³⁰, que encuentra su regulación en Colombia a partir de las pautas trazadas por la Constitución Política en la Ley, así como en las leyes 79 de 1988 y 459 de 1998 y el Decreto 1480 de 1989. Como ya se dijo, esta actividad tiene su fundamento en el principio de la solidaridad, pues esta actividad no persigue en si misma la generación de un lucro, sino la agremiación de las personas sometidas a riesgos de una misma clase para prestarse servicios de auxilio mutuo en el evento de la concreción del riesgo.

De acuerdo con lo anterior, y de conformidad con lo que ha señalado la propia Corte Constitucional, dos son los elementos que principalmente diferencian la actividad aseguradora propiamente dicha, de la actividad mutual: de un lado, como se dijo atrás el contrato de seguro es bilateral, mientras que en las asociaciones mutuales³¹ tal situación no se presenta, por cuanto la parte que traslada el riesgo, es en últimas, la misma que está asegurando la realización de riesgo, es decir, no hay traslado de riesgo en estricto sentido, sino su colectivización. A este respecto, señala el profesor Andrés Ordóñez Ordóñez que *“Dentro del seguro mutual no existe esta diferencia de identidad entre la parte asegurada y la parte aseguradora (...) en el fondo, la parte aseguradora está constituida por las mismas personas que están llamadas a ser aseguradas (...)”*³².

De otro lado, a diferencia de lo que sucede en el contrato de seguro en lo que al asegurador se refiere, las asociaciones mutuales no están en la búsqueda de la generación de un lucro para sí, razón por la cual, en estas últimas no se habla en estricto sentido del pago de una “prima fija o cierta”, sino del pago de una cantidad de dinero por parte de cada uno de los afiliados tendiente a cubrir la eventual realización de los riesgos cubiertos en cabeza de cualquiera de ellos, pero que, ante la falta del dinero necesario para cubrir los que sucedan en un determinado periodo, implicará la necesidad de hacer una nueva llamada a los afiliados para realizar aportes que permitan cumplir al fondo con su cometido; o lo contrario, en el evento en que sobre dinero en una determinada vigencia, lo que implicará una devolución de los aportes dados en exceso o una constitución de depósitos autorizados por los miembros para vigencias futuras.

Con relación a la mencionada diferenciación, cabe destacar que la Superintendencia de Economía Solidaria en su intervención en la sentencia de la Corte Constitucional C – 940 de 2003, estableció que *“1. El seguro comercial supone la concurrencia de dos personas distintas en la relación: el asegurador y el asegurado, mientras en la protección mutual los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos. 2. El*

³⁰ A la luz del derecho inglés, la actividad mutual está regulada a partir del artículo 85 de la Marine Insurance Act que establece lo siguiente: “Where two or more persons mutually agree to insure each other against marine losses there is said to be a mutual insurance”.

³¹ El Decreto 1480 de 1999 en su artículo segundo señala que “Las Asociaciones Mutuales son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social”.

³² ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés. *Cuestiones Generales y Caracteres del Contrato*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, P. 11.

seguro comercial presupone el contrato bilateral del cual emanan obligaciones y derechos recíprocos; el amparo mutuo presupone un convenio o contrato de asociación de la cual emana la obligación de cotizar o contribuir y el derecho de auxilio. 3. En el seguro existe prima fija, el asegurador tiene derecho a apropiarse de la renta residual o empresarial, mientras en el amparo mutuo ésta, cuando se produce, forma parte de la propiedad colectiva o solidaria de la entidad de la cual los asociados amparados son los mismos dueños. 4. En el seguro la prima no es susceptible de aumento o disminución. En el amparo mutuo la contribución es variable y modificable. 5. El seguro incluye, como comercial o mercantil que es, ánimo lucrativo en el asegurador, mientras el amparo mutuo excluye la idea de beneficio o provecho lucrativo. 6. El seguro expide póliza, mientras que en el amparo mutuo se obtiene un servicio por los convenios de cooperación, que origina la relación asociativa. (acuerdo cooperativo Art. 3 de la Ley 79 de 1988) 7. El seguro supone la contraprestación total del riesgo y la protección mutua hasta la concurrencia del fondo. Es decir, el fondo mutual responderá hasta el monto total de dicho fondo.”

Así las cosas, desde su misma filosofía, la institución aseguradora encuentra diferencias con el concepto que rige la creación y funcionamiento de las asociaciones mutuales, lo cual se complementa con diferencias que tienen que ver con los elementos esenciales del contrato de seguro, tal y como está delineado por el legislador comercial. En este sentido, cabe destacar que la actividad mutua permite entonces cubrir colectivamente la realización de los riesgos a que se encuentran expuestos sus asociados, sin que se esté en presencia del escenario propio del derecho de los seguros³³.

³³ Habiendo examinado la anterior intervención de la Superintendencia de Economía Solidaria en la sentencia C – 940 de 2003, resulta discutible lo señalado por la misma entidad en concepto 008498 de marzo 16 de 2006, en el cual se indicó que las asociaciones mutuales no pueden actuar como aseguradoras, toda vez que dichos entes no pueden ampliar su espectro de actividad más allá del ámbito de la seguridad social. Señaló la entidad que: “establece el artículo 2° del Decreto 1480 de 1989: *“Las Asociaciones Mutuales son personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades mediante la prestación de servicios de seguridad social”* (se subraya)” (...) “Cabe resaltar que las asociaciones mutuales históricamente no se crearon para desarrollar actividades empresariales sino para satisfacer necesidades eventuales de sus asociados, como gastos funerarios o calamidades domésticas. (...)Teniendo en cuenta lo anterior considera esta Oficina Jurídica que la actividad de comercializar seguros no es posible para las asociaciones mutuales toda vez que no es propio de estas asociaciones comercializar bienes, pues esta actividad lleva implícito el ánimo de lucro propio de las sociedades comerciales. Para abundar en razones conviene precisar que el artículo 39 de la Ley 454 de 1998 en su inciso tercero señala: *“La actividad aseguradora del cooperativismo se ejercerá siempre en forma especializada por las cooperativas de seguros y los organismos cooperativos de segundo grado e instituciones auxiliares del cooperativismo de seguros.”* La interpretación que de la norma contenida en el artículo 2 del Decreto 1480 de 1989 realizó la entidad, no resulta la más adecuada pues, a nuestro juicio, son dos los objetos previstos en dicha regulación para las asociaciones mutuales; de un lado, el desarrollo de actividades tendientes a brindarse ayuda recíproca, con la limitante de hacerlo sólo por parte de los miembros de la entidad mutua, y de otro, el de satisfacer las necesidades de los miembros mediante la prestación de servicios de seguridad social. De tal forma, el cubrimiento de riesgos mediante la colectivización de los mismos por parte de los asociados podría ser ejercido válidamente por una entidad mutua sin que tal ejercicio conlleve el desconocimiento de la normatividad prevista por el ordenamiento para el efecto.

5. LA ACTIVIDAD DESPLEGADA POR LOS CLUBES P&I Y SU VISIÓN A PARTIR DE LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA VIGENTE.

De acuerdo con los datos de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, cerca del 90% del tonelaje mundial de carga movilizada por mar está amparado bajo el régimen de los P&I Clubs³⁴. Esto claramente indica que el esquema que impera en el mercado del transporte marítimo para el cubrimiento de los riesgos derivados del despliegue de la actividad es el del cubrimiento ofrecido por los clubes de protección e indemnización. Como se dijo atrás, tal situación encuentra en mayor medida su razón de ser en que los clubes se integran por los armadores, y en que tales entes ofrecen cubrimiento a situaciones que a pesar de comunes, debido a sus elevados costos, normalmente no son cubiertos por los "hull insurers"³⁵. Con relación a estos últimos, es importante destacar que a diferencia de lo que sucede con los P&I Clubs, estas empresas buscan generar beneficios económicos para sí – lucro –, mediante la venta de coberturas para algunos de los riesgos que surgen en desarrollo del transporte marítimo, lo que para esos efectos nos pone en el plano del contrato de seguro tradicional³⁶.

Siendo así las cosas, estos Clubes, mediante un esquema mutualista cubren – como quedó visto –, la mayor parte de los riesgos del transporte marítimo, para lo cual contratan grandes coberturas de reaseguro que les permiten atomizar la eventual ocurrencia de riesgos catastróficos de una manera armónica, haciendo efectiva y realmente eficaz la cobertura. Para esto se crearon los denominados "pools de P&I", que mediante la celebración de acuerdos denominados "pooling agreements" posibilitan la distribución entre los diferentes asociados al "pool" de los siniestros presentados que ostenten gran envergadura³⁷.

En Colombia, en diferentes oportunidades, la autoridad estatal encargada de vigilar el sector financiero y asegurador, esto es, la Superintendencia Bancaria, hoy, Superintendencia Financiera, se ha pronunciado en relación con la naturaleza de la actividad desplegada por los clubes de protección e indemnización.

³⁴ "About 82% by number but nearly 90% by tonnage of the worlds ocean-going fleet are entered with one of the 13 clubs form around the world which are members of the International Group of P&I Clubs. These clubs are based in the UK, Norway, Japan, Bermuda, Luxembourg, Sweden and the USA" OECD, Op. Cit. P 19.

³⁵ "Third party liability which is outside the scope of the standard hull Clauses is usually covered by mutual P & I associations". HODGES, Susan. *Law of Marine Insurance*, Cavendish Publishing Limited, London, 2001, p. 40.

³⁶ "The Basic aim of commercial hull insurers its to make profits by selling to shipowners cover against risk to their property, namely the hulls of their ships and the machinery within them". OECD, Op. Cit. P 13.

³⁷ "El Pooling Agreement es esencialmente un contrato de repartición de la siniestralidad concertado entre asociaciones mutuas. Su propósito es efectuar una repartición proporcional entre todos los P& I Clubs de aquellos siniestros cuyo valor es superior a cierta cantidad. El contrato fue firmado por primera vez en 1899 entre seis P& I Clubs constituidos en el Reino Unido. Desde entonces ha sido modificado varias veces y nuevos clubes se han adherido al mismo". Caso 1999/329/CE: Decisión de la Comisión, de 12 de abril de 1999, en relación con un procedimiento con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado CE y a los artículos 53 y 54 del Acuerdo EEE (Asuntos IV/D-1/30.373 - P&I Clubs/IGA y IV/D-37.140 - P&I Clubs/Pooling Agreement) [notificada con el número C(1999) 221] (Texto pertinente a los fines del EEE). En relación con dicha decisión, la Comisión considero que tales acuerdo de "pooling" no vulneran la normativa prevista para la protección de la libre competencia en el mercado común.

En primer lugar, la entidad antedicha indicó que *“los clubes de Protección e Indemnización de manera general, son personas jurídicas organizadas como asociaciones mutuales de derecho privado, sin ánimo de lucro mediante las cuales un grupo de armadores afiliados contraen la obligación de asumir recíprocamente los reclamos de responsabilidad civil que cada uno de ellos enfrenten con ocasión de su comercio, de conformidad con los términos de afiliación convenidos entre el armador (miembro) y el club”*³⁸.

Sobre el particular, en concepto proferido en enero de 1996³⁹, la referida entidad señaló que la actividad desplegada por este tipo de entes en Colombia *“es de naturaleza aseguradora y que a fin de poder adelantarla en Colombia es preciso que obtengan la autorización de que se ocupa el artículo 188 del estatuto orgánico del sistema financiero”*⁴⁰. Para llegar a esta conclusión, la entidad examinó lo que según su interpretación constituye la actividad aseguradora, para concluir que es la desplegada por *“las empresas que se organicen y funcionen como compañías o cooperativas de seguros”* y que en cada caso debe realizarse un examen particular a efectos de establecer si la actividad desplegada por el ente tiene la naturaleza de aseguradora o no. De tal forma, para la entidad *“nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de la autorización a una compañía del exterior para la colocación permanente de sus seguros en Colombia. Lo que se encuentra previsto es la posibilidad de autorizar por vía excepcional y de manera individual a un particular que así lo solicite, para contratar un determinado seguro en el exterior cuando para tal efecto en cada caso concurren razones de interés general que lo ameriten”(…)* *“Así las cosas, cuando asociaciones foráneas pretendan ejercer su objeto social en Colombia, en cada caso en particular y en la medida en que su actividad se relacione con la aseguradora, esta entidad efectúa un análisis acerca de la naturaleza de las mismas con el fin de que su ejercicio se adecue a la normatividad vigente en el país”*.

Posteriormente en concepto de 5 de febrero de 1999⁴¹, la Superintendencia Bancaria nuevamente se refirió al tema al examinar y analizar sus competencias de cara a lo previsto por el artículo 188 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, señalando para el efecto que dicha norma *“en ningún caso hacía referencia a los seguros sobre los barcos, aeronaves y vehículos que no estén matriculados en el país y sobre los bienes que no se encuentren ubicados en el territorio colombiano los cuales pueden ser tomados en el exterior, bajo el régimen legal de cada país de origen y sin necesidad de autorización alguna por parte de este (sic) entidad de Control (...)”*. Es decir, de conformidad con lo anterior la entidad dejó claro que respecto de los buques de bandera colombiana y los bienes *ubicados* en el país, no es posible contratar un

³⁸ Concepto de la Superintendencia Bancaria de Colombia Rad. 1998047462-1 de 1998.

³⁹ Concepto de la Superintendencia Bancaria de Colombia Rad. 94053255 – 33 de 1996. En este mismo sentido concepto Rad. 1998047462 – 1 de 1998.

⁴⁰ El numeral 1 del artículo 188 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala que *“Cuando se tomen seguros sobre los barcos, aeronaves y vehículos matriculados en el país y los bienes situados en el territorio colombiano, estos deberán contratarse con compañías legalmente establecidas en Colombia o con entidades aseguradoras del exterior previa autorización que, por razones de interés general, imparta la Superintendencia Bancaria”*.

⁴¹ Concepto de la Superintendencia Bancaria de Colombia Rad. 1998047462 – del 5 de febrero de 1999.

cubrimiento para los riesgos propios de la actividad sino con una compañía o cooperativa de seguros debidamente establecida en el país, o con una extranjera, como vía de excepción, contando para el caso en particular con una autorización de la entonces Superintendencia Bancaria.

No obstante lo anterior, en el concepto objeto de examen dicha corporación, incurriendo – a nuestro juicio - en contradicción con lo que había sostenido en oportunidad anterior, señaló respecto de sus competencias que *“dentro de las funciones atribuidas a esta Entidad, no se encuentra la de autorizar a los Clubes de P&I para ejercer su actividad en el país, teniendo en cuenta que se trata de empresas extranjeras, ajenas a nuestra legislación”*. (subrayas fuera de texto).

De otro lado, al examinar el caso particular presentado por parte del representante del TTClub⁴² en Colombia, en la que pone de presente la diferencia entre la actividad aseguradora propiamente dicha y la prestada por la los Clubs P&I, en relación con el no pago de “primas” – como elemento de la esencia del contrato de seguro en Colombia -, la Superintendencia consideró que *“Si bien la forma como se cobran las primas puede diferir con el esquema tradicional de seguro en el cual se cobra una prima fija, dicha diferencia no desvirtúa la esencia del concepto de prima, puesto que tales modalidades apuntan a la forma de liquidación de la misma y no al concepto de contraprestación por la asunción de riesgos”*⁴³.

Así las cosas, a juicio de la Superintendencia, *“para que una empresa aseguradora extranjera realice en forma permanente operaciones propias de las compañías de seguros en el territorio nacional, es indispensable la constitución en Colombia como sociedad anónima, o como sociedad cooperativa, previo el cumplimiento de los requisitos legales contenidos en el artículo 53 mencionado y la obtención del certificado de autorización por parte de la Superintendencia Bancaria”*⁴⁴. Es decir, si una entidad de naturaleza mutual como los P&I Clubs pretenden ofrecer sus servicios de asistencia en Colombia, están obligados a constituirse como sociedad anónima o como cooperativa de seguros y a obtener la correspondiente autorización estatal.

De tal forma si bien de la propia definición que de los clubes de protección e indemnización da la Superintendencia se reconoce su naturaleza mutual⁴⁵, lo cierto es que la posición oficial de la entidad sostiene que dichos entes realizan actividad aseguradora propiamente dicha, y en tal sentido, para ofrecer sus servicios en Colombia requieren cumplir con todos y cada uno de los requisitos previstos en la legislación nacional para las compañías aseguradoras.

6. APROXIMACIÓN CRÍTICA A LA POSICIÓN DE LA AUTORIDAD EN COLOMBIA. CONCLUSIONES.

⁴² Through Transport Mutual Insurance Association Ltd.

⁴³ Respuesta a consulta elevada ante la Superintendencia Bancaria No. 94053255 – 14.

⁴⁴ Concepto de la Superintendencia Bancaria de Colombia Rad. 1999045371 – 1 de agosto 17 de 1999.

⁴⁵ A juicio de la Superintendencia “en Colombia las asociaciones mutuales se encuentran reguladas por el Decreto

Sea lo primero señalar que, como se comentó al comienzo del presente escrito, el concepto de actividad aseguradora no se encuentra definido ni por tanto, claramente delimitado dentro de la legislación colombiana. En este sentido es importante destacar que la Corte Constitucional en la mencionada sentencia C – 940 de 2003 dejó claro que no toda actividad que implicara la asunción de un riesgo conlleva el ejercicio de una “actividad aseguradora”. A nuestro juicio, los elementos que se anotaron en torno a las características propias de la actividad internacional desplegada por los P&I Clubs permiten señalar que realmente existen diferencias claras que distinguen la labor mutualista que llevan a cabo estos organismos de la que propiamente se puede considerar como actividad aseguradora a la luz del ordenamiento colombiano, y más propiamente, de la que se realiza a la luz del contrato de seguro.

A este respecto, cabe destacar que en la actividad de los clubes de protección e indemnización no se da uno de los elementos esenciales del referido contrato pues, no hay pago de “prima”, independientemente de que en ocasiones pueda llegar a recibir ese nombre considerándola una “prima variable”, puesto que contrariamente a lo que sostiene la Superintendencia, a nuestro juicio se configura es el pago de una afiliación que les permite a los clubes expedir un “certificate of entry”, pago en virtud del cual los afiliados logran colectivizar unos riesgos relacionados con su actividad. En este sentido, encontramos acertada la posición sostenida por los representantes de los P&I Clubs en Colombia al señalar en su defensa que *“el club mutual no desempeña las funciones propias del asegurador en cuanto éste asume su propia responsabilidad patrimonial el riesgo que le traslade el tomador, al paso que en el primero se presenta una asunción colectiva de los riesgos, de tal manera que los riesgos no se trasladan a la esfera patrimonial del P&I sino que permanecen a cargo de los miembros, aunque colectivamente” (...)* *“En el caso del P&I el aporte que hace el miembro, a pesar de denominarse también prima, tiene por objeto alimentar el fondo común para afrontar las pérdidas que colectivamente sufran los afiliados, **sin que técnicamente pueda hablarse de traslado de riesgos, pues lo que se presenta es una colectivización del riesgo del conjunto de los miembros**; siendo así que el Club no devenga los aportes, ya que en el evento de que los aportes recibidos y las pérdidas reembolsadas no sean equivalentes, la asociación devolverá el excedente o hará llamadas adicionales según sea el caso”*. (subrayas fuera de texto). El concepto de traslado de riesgo es una noción inherente a la concepción misma del contrato de seguro, en donde, gracias al pago de una prima, una de las partes del contrato, esto es, el asegurador, asume la obligación de hacerse cargo de las consecuencias patrimoniales adversas que sobrevengan como consecuencia de la realización de un determinado riesgo. En tratándose de la actividad mutual desplegada por los clubes de protección e indemnización, técnicamente, como quedó atrás expresado, tal situación no tiene lugar, pues más que un traslado del riesgo a un comerciante que asumió los perjuicios que pueda ocasionar el alea de su realización – como lo hacen las compañías aseguradoras -, lo que supone su ejercicio es la distribución entre los asociados del valor de la reparación, así como la eventual obligación de los mismos de realizar mayores aportes para cubrir la parte que no alcance a ser amparada con las reservas del fondo de asistencia (supplementary call).

Con independencia de si la actividad desarrollada por los clubes de protección e indemnización puede ser considerada como actividad aseguradora o no, lo que resulta desmedido es pretender que para poder prestar sus servicios en Colombia, dichos

entes tengan que constituirse como persona jurídica sociedad anónima o cooperativa, sosteniendo para el efecto que dicha exigencia encuentra su razón de ser en que tales son las formas jurídicas exigidas por nuestra legislación a las compañías que intervienen en el mercado asegurador. Lo anterior, desconoce de un lado, el pequeño número de asociaciones de esta naturaleza que existen a nivel mundial, y por otro, la realidad de nuestro país⁴⁶, que no cuenta con una gran flota naviera, y que debe tratar de hacer adaptaciones a su normatividad interna que le permitan ser más atractivo para la inversión extranjera e ingresar con mayor facilidad – sin abdicar a su soberanía -, a los esquemas de desarrollo que para cada negocio va gestando el comercio internacional.

De otra parte, al analizar las condiciones que justifican la intervención del Estado en la actividad aseguradora, señalamos para el efecto que es precisamente esa “captación masiva de recursos del público en general”, como sucede con la actividad desarrollada bajo el esquema del contrato de seguro, la que sirve de fundamento para que el Estado pueda entrar a vigilar la actividad en salvaguarda del interés público. En el caso de la operación de los clubes de protección e indemnización, si bien hay un pago por parte de los afiliados, no se trata en estricto sentido de la captación masiva de recursos del público en general, sino por el contrario, de la entrega de recursos por parte de un sector específico e identificado para la formación de un fondo colectivo. A este respecto téngase en cuenta los objetivos principales de la intervención del Estado en este campo, a saber: i) la prestación del servicio en condiciones de libre competencia y eficiencia ii) la protección de la “parte débil” del contrato de seguro. Estas metas pueden conseguirse con mayor facilidad en el campo específico que ahora se examina si se facilitan las condiciones jurídicas que permitan la operación de los clubes de protección e indemnización en el país⁴⁷.

Vale la pena resaltar que, en relación con las autorizaciones particulares que pueden ser otorgadas según el caso por parte de la Superintendencia Financiera para la

⁴⁶ Si bien Colombia tiene una gran proyección para mejorar su posición en relación con el comercio internacional de bienes a través del mar, lo cierto es que en la actualidad no podemos decir que cuenta con una importante flota naviera y mucho menos que la que tiene esté en condiciones de satisfacer adecuadamente la demanda local. Así, valga la pena resaltar que de acuerdo con datos de la CEPAL, Colombia para el 2002 contaba con una flota de apenas 25 naves. A este respecto se ha señalado que “A la fecha, el país cuenta con un conjunto de empresas navieras que le suministran determinada capacidad de transporte, pero, en conjunto, no están en condiciones de dar plena satisfacción a dicha demanda, dada su baja capacidad y características tecnológicas”. MINISTERIO DE TRANSPORTE. *Caracterización del Transporte en Colombia Diagnostico y Proyectos de Transporte e Infraestructura*, 2005, p. 96. En este mismo sentido, de acuerdo con la UNCTAD, para el 31 de diciembre de 2004, la flota naviera de bandera colombiana en términos de toneladas de registro bruto (gross registered tonnage) contaba con una capacidad 75 miles de toneladas, mientras que países como Chile ya tenían una que alcanzaba los 947, Perú 227, Venezuela 1011, Brasil 2628 y Argentina 437 miles de toneladas. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Review of Maritime Transport*, 2005, p. 126 y ss.

⁴⁷ La tendencia internacional va orientada a la facilitación del ingreso de los armadores a los clubes de protección e indemnización. Así, sucedió con ocasión de la expedición de la Directiva 88/357/CEE en la Comunidad Europea, como consecuencia de la cual se facilitó a los nacionales de cada país de la comunidad pertenecer a clubes de protección e indemnización que no estuvieran constituidos como tal en su país de origen sino en otro país de la comunidad.

participación de un armador en un club de protección e indemnización, se ha dicho que dicha situación debe obedecer, de acuerdo con lo previsto en el artículo 188 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, a razones de interés general. Resulta contradictorio que, para la entidad encargada de aplicar dicha norma, esas razones de interés general son las mismas que justifican la facilitación de la intervención de este tipo de entes en el mercado colombiano, pues, a su juicio, “Las razones de interés general de que trata el artículo 188 mencionado, deben estar, naturalmente ligadas en forma estrecha al desarrollo del país y el fomento de la actividad portuaria y, en especial, a la adecuada protección contra los riesgos a los cuales se encuentra expuesta la actividad de los operadores portuarios”⁴⁸.

Igualmente es preciso señalar que no resulta a nuestro juicio acertado afirmar como lo hace la Superintendencia que dicha figura es “ajena a nuestra legislación” y que por tanto no es dicha entidad la llamada a autorizar el funcionamiento de tales entidades. Varios son los ejemplos en que normas encargadas de regular la actividad marítima o la actividad del transporte en general, remiten directamente a la intervención de este tipo de entes para brindar esquemas de protección que se consideran como adecuados por las mismas disposiciones.

A este respecto véase a título de ejemplo⁴⁹ cómo el parágrafo del artículo 72 del Decreto 2324 de 1984 vigente en nuestro ordenamiento señala que las garantías a las que hace alusión dicha norma para autorizar el zarpe de una nave cuando ésta se encuentre vinculada a una investigación por siniestros o accidentes marítimos “podrán ser otorgadas por aseguradores de casco o **asociaciones o clubes de protección e indemnización** siempre que previamente hayan acreditado a satisfacción del Director General Marítimo su solvencia económica y la constitución de un representante o agente o apoderado permanente en Colombia”. (Negrilla fuera de texto). Nótese que la norma no menciona la necesidad de la constitución de una sucursal o filial en Colombia (ni mucho menos de sociedad anónima o cooperativa), sino simplemente de un representante, agente o apoderado para el efecto⁵⁰ que esté en calidad de acreditar la solvencia económica de la entidad que preste la garantía, pues, como lo ha sostenido la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado “[l]os requisitos previstos por el legislador para aceptar las garantías que ofrecen los Aseguradores de Casco o Asociaciones o Clubes de Protección e Indemnización (P&I), en opinión de la Sala, no tienen una función distinta que la de velar por el pago de la indemnización respectiva, máxime, si se tiene en cuenta, que en el caso de las

⁴⁸ Concepto de la Superintendencia Bancaria de Colombia Rad. 1998047462-1 de octubre 30 de 1998.

⁴⁹ Otro ejemplo de consagraciones normativas alusivas a los clubes de protección e indemnización lo constituye el numeral tercero del artículo quinto del Decreto 149 de 1999 que regula el registro del operador de transporte multimodal en Colombia, norma que estableció como uno de sus requisitos que el operador cuente con “una póliza de seguro de responsabilidad civil o cobertura permanente de un **Club de Protección e Indemnización** que cubra el pago de las obligaciones por la pérdida, el daño o el retraso en la entrega de las mercancías derivadas de los contratos de transporte multimodal” (Negrilla fuera de texto).

⁵⁰ La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en sentencia de 4 de noviembre de 2004 C.P. Gustavo Aponte Santos precisó que “el representante o agente o apoderado en Colombia de los aseguradores de Casco o Asociaciones o Clubes de Protección e Indemnización (P&I), en los precisos términos del Decreto Ley 2324 de 1984, actúa en su calidad de mandatario, su papel y responsabilidad, son las de un representante de la asociación domiciliada en el exterior vinculado que no tiene necesariamente que operar en el mismo ramo de negocios de la asociación representada, ni es responsable de los riesgos que se asuman”.

asociaciones y clubes son organizaciones compuestas por los armadores y no están dentro de la órbita de las actividades aseguradoras que vigila la Superintendencia Bancaria⁵¹.

El transporte marítimo, per se, es una actividad eminentemente vinculada al tránsito internacional, razón por la cual cada vez con mayor frecuencia los estados suscriben tratados y convenios internacionales tendientes a unificar criterios y armonizar las normatividades que regulan su ejercicio. De esta forma, las legislaciones internas, y entre ellas la colombiana no pueden convertirse en un obstáculo para el desarrollo de dichas actividades en condiciones de eficiencia, máxime cuando de por medio está el cumplimiento de tratados internacionales ratificados por Colombia que lo obligan a adaptar su normatividad para facilitar el tráfico del comercio internacional, tal como sucede con el Convenio de Facilitación del Tráfico Marítimo (FAL) 1965 en su versión enmendada. Es claro que el cubrimiento de los riesgos vinculados a la actividad del transporte marítimo a nivel internacional marca la existencia de los “hull insurers” o aseguradores tradicionales y los “P&I Clubs” cada uno bajo una estructura claramente diferenciada que permite a las dos clases de entes ejercer su actividad en condiciones de competitividad y eficiencia, según su naturaleza.

La posición sostenida por la Superintendencia en Colombia, a nuestro juicio desconoce el verdadero sentido y alcance del amparo de los riesgos que son cubiertos tradicionalmente bajo el esquema mutual de los P&I Clubs a nivel internacional, situación que perjudica al armador colombiano que no puede contratar este tipo de cubrimientos con P&I Clubs para buques de bandera colombiana, aunque extrañamente tales amparos resulten válidos en relación con las coberturas ofrecidas en el país por este tipo de entes cuando se otorguen sobre buques de bandera extranjera, lo que impone que en la práctica, sea así en la mayoría de los casos.

Más allá de la discusión sobre si tal actividad constituye o no actividad aseguradora y si a consecuencia de ello deben o no estar vigilado el ejercicio de su actividad por la Superintendencia Financiera, lo importante es reconocer la naturaleza especial de este tipo de entes y crear mecanismos jurídicos que permitan su operación en Colombia sin perjuicio de los derechos de las compañías aseguradoras. Vale la pena recordar que la cobertura mutual ofrecida por los clubes fue creada como subsidiaria de la ofrecida tradicionalmente por las compañías de seguro, lo que hace pensar que su ejercicio simultáneo, como sucede en muchas partes del mundo, no puede quedar proscrito y por el contrario, su ejercicio debe ser fomentado por parte del Estado. Así, podría pensarse que sería viable el ejercicio de los clubes siempre que se acredite de algún modo el margen de solvencia requerido ante la autoridad competente por parte del representante de la entidad en Colombia, actividad que por su naturaleza, si se admite que deba estar vigilada, en principio debería ubicarse bajo el espectro de una de las autoridades que conozca y trabaje el sector marítimo, esto es, la Superintendencia de Puertos y Transporte, o en su defecto, la Dirección General Marítima.

⁵¹ Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil sentencia de 4 de noviembre de 2004 C.P. Gustavo Aponte Santos.

Por último, vale la pena resaltar que el tratado de libre comercio que recientemente suscribió Colombia con Estados Unidos, implica la desaparición del artículo 39 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁵². Así, el capítulo doce del tratado, referente a los servicios financieros, y en particular, el anexo 12.15.d. relativo a los compromisos específicos de Colombia⁵³, señala que a más tardar 4 años después de la entrada en vigencia del tratado el Estado deberá permitir la contratación por parte de sus nacionales y las personas localizadas en su territorio seguros de compañías ubicadas en el territorio de la otra parte contratante. De esta forma, por lo menos en lo que respecta a los clubes ubicados en territorio norteamericano, ya no se podrá aplicar la limitante, perdiendo sentido la discusión sobre si son o no propiamente seguros y, como consecuencia, deberá permitirse libremente el ingreso del armador nacional a este tipo de clubes sin restricciones de ninguna naturaleza.

⁵² El inciso primero del artículo 39 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala “Queda prohibido celebrar en el territorio nacional operaciones de seguros con entidades extranjeras no autorizadas para desarrollar la actividad aseguradora en Colombia o hacerlo con agentes o representantes que trabajen para las mismas”.

⁵³ Este anexo desarrolla lo previsto en el numeral 12.5.2. del Tratado que señala “Cada Parte permitirá a las personas localizadas en su territorio, y a sus nacionales dondequiera que se encuentren, comprar servicios financieros de proveedores transfronterizos de servicios financieros de otra Parte localizados en el territorio de esa otra Parte o de cualquier otra Parte”.