

Deusto Estudios Cooperativos

Revista del Instituto de Estudios Cooperativos
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto

N.º 27 (2026)

doi: <https://doi.org/10.18543/dec272026>

La actividad aseguradora cooperativa en Colombia

The cooperative insurance activity in Colombia

Alejandro Rodríguez Zárate

doi: <https://doi.org/10.18543/dec.3496>

Recibido: 7 de octubre de 2025 • Aceptado: 17 de enero de 2026 •

Publicado en línea: mayo de 2026

Derechos de autores/as y Acceso Abierto

1. Autoría y ética

Al entregar sus manuscritos a **Deusto Estudios Cooperativos (DEC)**, los/las autores/as aceptan y se comprometen a cumplir las condiciones de publicación sin necesidad de firmar un documento de cesión adicional con la **Editorial (Universidad de Deusto)**. Con ello, garantizan que su trabajo es inédito en cualquier forma, original y que no vulnera el Código Ético de DEC ni derechos de terceros, y que no se han otorgado ni se otorgarán licencias que resulten incompatibles con los derechos concedidos a la Editorial.

Los/las autores/as asumen la responsabilidad total y exclusiva sobre el contenido de su estudio y declaran formalmente no tener conflictos de interés que afecten la integridad de la investigación.

Copyright and Open Access

1. Authorship and Ethics

By submitting their manuscripts to **Deusto Estudios Cooperativos (DEC)**, the authors accept and undertake to comply with the conditions of publication without the need to sign an additional transfer agreement with the **Publisher (University of Deusto)**. In doing so, they guarantee that their work is unpublished in any form, original, and does not breach DEC's Ethical Guidelines or the rights of third parties, and that no licences have been or will be granted that are incompatible with the rights granted to the Publisher.

The authors assume full and exclusive responsibility for the content of the study and formally declare that they have no conflicts of interest that affect the integrity of the research.

2. Derechos de la Editorial

Al enviar el manuscrito, los/las autores/as aceptan su publicación bajo la licencia **Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0**. En consecuencia, conceden a la Editorial el **derecho exclusivo, gratuito y universal para la primera publicación**, edición, maquetación y explotación de la obra. Esta concesión autoriza a la Editorial a distribuir, sublicenciar e indexar el trabajo en cualquier formato, medio, base de datos o repositorio institucional, con fines de promoción y difusión científica.

3. Derechos de autores/as

Los/las autores/as **conservan la propiedad intelectual de su obra y retienen el derecho a distribuir y utilizar su trabajo** para fines docentes, investigación futura o archivo personal, siempre que se cite la publicación original en la Revista. Se les permite además la publicación posterior en otros medios, siempre que se incluya una nota al pie con la referencia completa de DEC (incluyendo el DOI, si está disponible) y no se sugiera el respaldo explícito de la Revista y/o Editorial.

4. Acceso abierto

DEC es una revista de acceso abierto; lo que significa que es de libre y total acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de su contenido. No obstante, de acuerdo con la licencia arriba mencionada, se debe citar siempre a los/las autores/as de los artículos. Tanto su uso comercial como cualquier modificación que se pretenda distribuir requerirán el permiso expreso previo por escrito del titular de los derechos.

2. Publisher's Rights

By submitting the manuscript, the authors agree to its publication under the **Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0** licence. Consequently, they grant the Publisher the **exclusive, royalty-free and worldwide right of first publication**, editing, layout and exploitation of the article. This grant authorises the Publisher to distribute, sub-license and index the work in any format, medium, database or institutional repository, for the purposes of promotion and scientific dissemination.

3. Copyright

The authors **retain the intellectual property rights to their article and retain the right to distribute and use their work** for teaching purposes, future research or personal archiving, provided that the original publication in the Journal is cited. They are also permitted to republish in other media, provided that a (foot)note is included with the full reference to DEC (including the DOI, where available) and no explicit endorsement of the Journal and/or Publisher is implied.

4. Open access

DEC is an open-access journal; this means that it is freely and fully accessible in its entirety immediately upon publication of its content. However, in accordance with the licence mentioned above, the authors of the articles must always be properly cited; and both commercial use and any modification intended for distribution will require the express prior written permission of the rights holder.

La actividad aseguradora cooperativa en Colombia

The cooperative insurance activity in Colombia

Alejandro Rodríguez Zárate
Pontificia Universidad Javeriana (Colombia)

doi: <https://doi.org/10.18543/dec.3496>

Recibido: 7 de octubre de 2025
Aceptado: 17 de enero de 2026
Publicado en línea: mayo de 2026

Sumario: I. Introducción.—II. El concepto de actividad aseguradora.—III. La actividad aseguradora cooperativa. 1. Las cooperativas de seguros. 2. Los fondos mutuales.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

Summary: I. Introduction.—II. The concept of insurance activity.—III. Cooperative insurance activity. 1. Insurance cooperatives. 2. Mutual funds.—IV. Conclusions.—V. Bibliography.

Resumen: El artículo analiza la actividad aseguradora cooperativa en Colombia, a partir de sus fundamentos constitucionales, legales y jurisprudenciales, destacando que el concepto de actividad aseguradora es más amplio que el de contrato de seguro y se caracteriza por la asunción colectiva de riesgos mediante mutualidades. Con base en este enfoque, se identifican dos modalidades principales de ejercicio de esta actividad en el ámbito cooperativo: las cooperativas de seguros y los fondos mutuales de previsión, asistencia y solidaridad.

Las cooperativas de seguros desarrollan la actividad aseguradora a través de contratos de seguro, bajo un régimen técnico y prudencial como el de las aseguradoras comerciales, aunque con particularidades derivadas de su naturaleza jurídica, especialmente en materia de capitalización, gobierno y distribución de excedentes, lo que genera desventajas competitivas.

Por su parte, los fondos mutuales constituyen recursos colectivos administrados por cooperativas, que cubren riesgos sin configurar un contrato de seguro, al no existir prima ni traslado del riesgo, sino cobertura solidaria entre asociados. Su regulación resulta fragmentaria e imprecisa, lo que dificulta su desarrollo.

El artículo concluye que la actividad aseguradora cooperativa requiere una actualización normativa que reconozca sus especificidades y permita su adecuada participación en el mercado asegurador.

Palabras clave: Actividad aseguradora, contrato de seguro, compañías de seguros, cooperativas de seguros, fondos mutuales.

Abstract: The article analyzes cooperative insurance activity in Colombia from its constitutional, legal, and jurisprudential foundations, emphasizing that the concept of insurance activity is broader than that of the insurance contract and is characterized by the collective assumption of risks through mutuality mechanisms. Based on this approach, two main forms of exercising this activity within the cooperative sphere are identified: cooperative insurance companies and mutual welfare, assistance, and solidarity funds.

Cooperative insurers carry out insurance activity through insurance contracts under a technical and prudential regime comparable to that of commercial insurers, although with particularities derived from their legal nature, especially regarding capitalization, governance, and surplus distribution, which generate competitive disadvantages.

Mutual funds, in turn, constitute collective resources administered by cooperatives that cover risks without forming an insurance contract, as there is no premium nor transfer of risk, but rather solidarity-based coverage among members. Their regulation is fragmented and imprecise, which hinders their development.

The article concludes that cooperative insurance activity requires regulatory updating that recognizes its specific characteristics and enables its adequate participation in the insurance market.

Keywords: Insurance activity, insurance contract, insurance companies, insurance cooperatives, mutual funds.

I. Introducción

No cabe duda de que la actividad aseguradora tiene un papel destacado en cualquier economía, y que su origen está fincado en la cooperación, aún para el caso del seguro comercial.

En este sentido, Donati señaló:

«La asociación de varias personas con finalidades de asistencia y repartición de los riesgos es un fenómeno normal de la humanidad, y se puede decir que nace con ella: inicialmente la familia, después el clan y la tribu, la realizaron naturalmente. Más tarde, con el surgimiento de la organización estatal, la asociación para mutua asistencia se transforma en un fenómeno voluntario; la encontramos en la India, Persia, Palestina, Fenicia, existiendo referencias a ella en el Talud y el Código de Hammurabi.»¹

De allí que para la gestión de riesgos existan diversas posibilidades, siendo los contratos de seguros apenas una de tales opciones. Por ello, López Blanco destaca cómo las modalidades históricas citadas por Donati no solo se mantienen hoy en día, especialmente a través de cooperativas, sino que se distinguen del contrato de seguro:

«Sin embargo, no puede considerarse esa forma de proceder como contrato de seguro, porque lo que caracteriza a este, la transferencia de un riesgo de una persona a otra a cambio de una contraprestación, no se daba en esos tipos de mutualidades que, inclusive hoy, se siguen practicando y, más aun (sic), están nuevamente fortaleciéndose mediante los movimientos cooperativistas.»²

Así las cosas, las cooperativas, no solo en su naturaleza jurídica sino más bien en su esencia económica y social, han venido ocupando un papel destacado en el desarrollo histórico de la actividad aseguradora.

En ese contexto, el presente estudio abordará en forma descriptiva los mecanismos a través de los cuales se desarrolla la actividad aseguradora por parte de entidades cooperativas en Colombia, planteando, igualmente, algunas reflexiones críticas sobre su regulación.

¹ Donati, Antígono: *Trattato del diritto delle assicurazioni private*, Vol. 1, Milano, 1952, p. 55, citado por López Blanco, Hernán Fabio: *Comentarios al contrato de seguro*, Dupré Editores, Bogotá, 2004, p. 15.

² López Blanco, Hernán Fabio: *Op. Cit.*, p. 16.

II. El concepto de actividad aseguradora

De lo expuesto en precedencia puede advertirse, preliminarmente, que el concepto de actividad aseguradora es más amplio que el de contrato de seguro, pues si bien el contrato de seguro es la fórmula más socorrida para el desarrollo de la actividad aseguradora, también existen alternativas que, sin dar lugar a un contrato de esta índole, se enmarcan dentro de la actividad objeto de análisis.

En el caso colombiano, los artículos 150 (numeral 19, literal d), 189 (numerales 24 y 25) y 335 de la Constitución Nacional, disponen que la actividad aseguradora es de interés público, y sólo puede ser ejercida previa autorización del Estado, de conformidad con la ley. Sin embargo, el texto constitucional no precisa una definición de lo que debe entenderse por actividad aseguradora.

Así las cosas, y en atención a la importancia de la actividad aseguradora en el entorno socioeconómico, así como por cuenta de la captación de recursos del público que ella entraña, la Constitución dispone una regulación especial para su ejercicio, limitando así la libertad de empresa.

En virtud de lo anterior, se ha entendido tradicionalmente que la actividad aseguradora es aquella a la que se dedican en forma especializada las compañías de seguros o de reaseguros, a través de contratos de seguro o de reaseguro, atendiendo especialmente lo dispuesto en el artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y como consecuencia de ello, restringiéndola a aquellas sociedades anónimas o entidades cooperativas que han obtenido previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia para su constitución, para su funcionamiento, así como para la explotación de ramos de seguro en particular.

Sin embargo, si bien este es un criterio válido, no comprende íntegramente el alcance de la actividad aseguradora, pues como ya quedó dicho, el marco que delimita el concepto de actividad aseguradora abarca un espectro mayor que solo el del contrato de seguro.

Es así que, la Corte Constitucional, en sentencia C-940 de 2003³, señaló:

«De lo dicho pueden extraerse las siguientes conclusiones de cara al problema jurídico que se plantea en la presente demanda: (i) de la Constitución no emana que la actividad aseguradora sea exclusiva-

³ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-940 de 2003, expediente D-4527, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.

mente aquella que se desarrolla bajo la forma jurídica de contrato de seguros o de cualquier otra figura jurídica particular (criterio formal de definición); (ii) de la Constitución no emana que la actividad aseguradora sea exclusivamente aquella que desarrollan las entidades constituidas bajo la forma jurídica de compañías aseguradoras (criterio orgánico de definición); (iii) de la Constitución no emana que toda actividad que implique en alguna forma la asunción de un riesgo sea actividad aseguradora (criterio material de definición) ; (iv) de la Constitución sí 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 un reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo, a través del mecanismo de las «leyes marco». (v) De la Constitución no emana que la intervención y vigilancia de la actividad aseguradora o de cualquier otra que involucre el manejo, aprovechamiento o inversión del ahorro público tenga que llevarse a cabo conforme a unas mismas reglas y bajo el control de un mismo órgano de supervigilancia estatal. Empero, las diferencias que se introduzcan en las modalidades de control deben aparecer justificadas, so pena de desconocer el principio de igualdad.»

Como puede colegirse, y como se indica en la sentencia cuyo aparte fue transcrito, la actividad aseguradora resulta ser un concepto jurídico indeterminado. Bajo este contexto, señala la Corte Constitucional:

«Los conceptos jurídicos indeterminados en la Constitución confieren al Congreso un amplio margen de libertad definitoria que, sin embargo, no está exento de los límites que se derivan de la subordinación general de la ley a las normas superiores, y de los referentes constitucionales y aun sociales que estén presentes en cada caso.»

Es justamente por esa razón que en la sentencia bajo análisis se determinaron los criterios a los que puede acudir el legislador para definir la actividad aseguradora, de la siguiente manera:

«Para definir el concepto de actividad aseguradora, el legislador puede acudir a diversos criterios. Uno de ellos es el criterio material, que mira a la naturaleza misma de la actividad; desde este punto de vista, por ejemplo, podría decir que actividad aseguradora es la que implica la asunción de un riesgo, cualquiera que sea la forma jurídica que revista. Otro criterio que podría ser utilizado sería el formal, que atendería principalmente a la forma jurídica utilizada para el desarrollo de la actividad; aquí podría el legislador indicar que la actividad aseguradora es la que se desarrolla bajo la forma jurí-

dica del contrato de seguros, entrando a definir este último en todos sus elementos. Podría también utilizar elementos definitorios positivos o negativos, es decir podría señalar operaciones jurídicas que considera que constituyen actividad aseguradora, y otras que no considera como tales. Otro de los criterios a que podría acudir el legislador para definir la actividad aseguradora, sería uno de naturaleza orgánica, a partir del cual podría considerar como aseguradora la actividad de ciertos entes jurídicos previamente definidos legalmente.»

En la misma providencia, la Corte Constitucional dejó sentados los fundamentos para concretar un concepto de actividad aseguradora que resulte armónico con los lineamientos de la norma superior, así como los referentes sociales antes citados, en los siguientes términos:

«[...] la Corte no pierde de vista que existen referentes no constitucionales, tanto jurídicos como económicos y técnicos, que ofrecen una noción de actividad aseguradora comúnmente aceptada. En efecto, la doctrina jurídica usualmente postula que en tal actividad humana siempre está de por medio la circunstancia de un gran número de entes económicos que soportan riesgos análogos, y que se organizan para hacer frente mutuamente a la eventualidad de su realización. La mutualidad implica la formación de un fondo común constituido con los aportes de los sujetos expuestos al peligro, con el cual se cubren los riesgos en la medida en que se presenten. La mutualidad parte de la base de que «si bien es verdad que el riesgo implica un elemento de incertidumbre para cada uno de los individuos aisladamente considerados, para la colectividad no. Porque entonces entra en juego la Ley de los Grandes Números y el Cálculo de las Probabilidades y, con ellas, la constante que regula el acaecimiento de los sucesos casuales.» **Las nociones de riesgo, de gran cantidad de entes expuestos a él y de mutualidad aparecen, tomadas en conjunto, como indicativas de la actividad aseguradora, cualquiera que sea la forma jurídica en que ella se manifieste.**» (Resaltado fuera del texto).

Esta postura ha sido ratificada por la Corte Constitucional⁴, tal como se evidencia en dos pronunciamientos posteriores: la sentencia

⁴ No obstante, en la sentencia T-245 de 2014 (de tutela), reiteró los distintos criterios para que el legislador defina el concepto de actividad aseguradora (y citó la sentencia C-432 de 2010), pero la circunscribió al contrato de seguro (criterio formal). Corte Constitucional colombiana, sentencia T-245 de 2014, expediente T- 4.128.903, magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

C-432 de 2010⁵, y la sentencia C-422 de 2016⁶. En esta última providencia, la Corte planteó lo siguiente:

«La Corte en materia de actividad aseguradora ha considerado que la Carta Política no previó una definición, por lo que el legislador goza de un amplio margen de configuración al momento de establecer el criterio definitorio de la misma (material, formal, orgánico, etc.), que se encuentra sujeta a los valores, principios y derechos constitucionales. Ha explicado que del ordenamiento superior no se desprende que dicha actividad sea exclusivamente la que se desarrolla como contrato de seguros u otra figura jurídica —criterio formal— o solo aquella que cumplen las compañías aseguradoras —criterio orgánico—. Tampoco que toda actividad que implique la asunción de un riesgo sea aseguradora —criterio material— o que la intervención y vigilancia deba llevarse a cabo bajo unas mismas reglas y un mismo órgano.

«La doctrina jurídica brinda una noción generalmente aceptada de actividad aseguradora consistente que en ella siempre está de por medio la circunstancia de un gran número de entes económicos que soportan riesgos análogos y que se organizan para hacer frente mutuamente a la eventualidad de su realización.»

En síntesis, podemos definir la actividad aseguradora como aquella en la que pluralidad de agentes económicos soportan conjuntamente riesgos más o menos homogéneos a través de un fondo común (mutualidad). La actividad aseguradora se materializa a través de diversas figuras jurídicas, entre ellas el contrato de seguro, por lo que aquella es un género y este una de sus especies.

III. La actividad aseguradora cooperativa

Bajo la premisa expuesta en el acápite anterior, nos proponemos desarrollar en este aparte las modalidades de actividad aseguradora cooperativa, en Colombia.

En opinión del profesor Efrén Ossa, la actividad aseguradora cooperativa se desarrolla a través de la sociedad mutua, la sociedad de interaseguradores y la sociedad cooperativa. En tal sentido, señaló:

⁵ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-432 de 2010, expediente D-7946, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-422 de 2016, expediente D-11129, magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

«La sociedad mutua y la de interaseguradores carecen, entre nosotros, de un estatuto legal que regule sus actividades. No existen en Colombia. No por eso hemos de prescindir de una descripción, así sea somera, de sus caracteres específicos. La cooperativa, en cambio, aun la de seguros, se halla legalmente institucionalizada y ofrece un ejemplo práctico a través de una empresa seria, progresista y bien administrada.»⁷

Como bien lo aclaró el profesor Ossa, no existen en Colombia sociedades mutuales ni de interaseguradores, por lo que no pueden considerarse como parte de la actividad aseguradora cooperativa en nuestro país. Sin embargo, es común encontrar referencias a las sociedades mutuales o al seguro mutua como si fuera el desarrollado a través de aseguradoras cooperativas, lo que, a nuestro modo de ver, no se ajusta al marco general de las sociedades mutuales, como tampoco al de las aseguradoras de naturaleza cooperativa.

Sobre este aspecto, el profesor Andrés Ordóñez, sostuvo:

«En Colombia, el seguro mutua no se explota aisladamente sino asociado a la actividad de las cooperativas especializadas de seguros, las cuales, mientras limiten la prestación de sus servicios a los miembros de la cooperativa, resultan ser, de hecho, aseguradoras mutuales, ya que el reparto de beneficio o pérdidas entre los cooperados al final de cada ejercicio, a través del reintegro de los llamados 'excedentes cooperativos' o de la asunción de las pérdidas del ejercicio, viene a caer a la larga dentro de los parámetros del seguro a prima variable.

«[...]

«La doctrina italiana señala con razón, como única diferencia entre el seguro mutua y el seguro explotado por una cooperativa de seguros, el hecho de que en el seguro cooperativo el asegurado primero asume la calidad de miembro afiliado de la cooperativa y en ese carácter posteriormente puede obtener la prestación del servicio del seguro, en tanto que el asegurado en el seguro mutua asume, en razón de la contraprestación del seguro, la calidad de miembro de la mutualidad, la cual se pierde desde el mismo momento en que el seguro termina por cualquier causa.»

«[...] a falta de un cuerpo de normas especiales para el seguro mutua, reglamentadoras de este tipo de seguro, ya no de carácter comercial sino de carácter civil, dada la naturaleza de la actividad cooperativa, obliga a aplicar al seguro mutua las mismas normas del Código de Comercio que rigen para el seguro comercial.

⁷ Ossa G., J. Efrén: *Teoría General del Seguro. La institución*, Temis, Bogotá, 1988, p. 434.

«El seguro mutual, por lo demás, está expresamente autorizado dentro del sistema jurídico colombiano, por el decreto legislativo 1598 del 63 (sic) y su decreto reglamentario 2059 del 68 (sic), estatutos ambos que se refieren en general a la actividad de las empresas cooperativas y, dentro de esa actividad, al seguro mutual que puede ser explotado por ese tipo de empresas.»⁸

Coincidimos con el profesor Ossa en el sentido que en Colombia no existe reglamentación con respecto a las sociedades mutuales, como tampoco entidades de esta naturaleza. Si bien existen algunos lineamientos generales en los que éstas coinciden con las aseguradoras cooperativas, ello no necesariamente permite concluir que el seguro mutual es desarrollado por entidades de naturaleza cooperativa⁹, al menos por las siguientes razones:

- a) La distribución de los excedentes cooperativos (o de sus pérdidas) no implica, necesariamente, que los asociados puedan obtener retornos que conlleven o que se enmarquen en el concepto de primas variables¹⁰.

Tal distribución está reglada (artículo 54 de la Ley 79 de 1988) y solo del 50% a disposición de la Asamblea General, existe la posibilidad de generar retornos a los asociados, en función del uso de los servicios (numeral 3.º). Como es apenas una posibilidad, bien puede suceder que la Asamblea General disponga una destinación diferente, dentro del marco que establece la ley (por ejemplo, destinándolo a la revalorización de aportes o a nutrir un fondo o reserva con carácter patrimonial).

⁸ Ordóñez Ordóñez, Andrés E.: *Lecciones de derecho de seguros No. 1. Cuestiones Generales y caracteres del contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 12 y 13.

⁹ «Más sutiles son las diferencias entre la sociedad mutual y la cooperativa de seguros, por lo mismo que una y otra constituyen reflejo de la misma concepción económico-social. Solo que, entre nosotros, la primera carece de viabilidad institucional, se halla desprovista de sustento en la ley —por eso mismo no existe— [...]» Ossa G., J. Efrén: *Op. Cit.*, pp. 440 y 441.

¹⁰ «La prima [variable] se fija a posteriori, mediante la distribución de las pérdidas indemnizables o indemnizadas en proporción a los intereses asegurados de cada uno de los socios.» Ossa G., J. Efrén: *Op. Cit.*, p. 435; «[...] el lucro que generan las compañías que explotan el seguro mutual será repartido o redistribuido entre los mismos asegurados, que son los que constituyen a la compañía aseguradora como persona jurídica. De tal manera que en ese sentido, por esa redistribución del lucro de la compañía mutual de seguros, se llega al principio básico del seguro mutual, que es el que determina que se trata de un seguro a prima variable.» Ordóñez Ordóñez, Andrés E.: *Op. Cit.*, pp. 11 y 12.

- b) Las cooperativas de seguros pueden prestar sus servicios a personas no asociadas, es decir, asegurados que, entre otras, no tienen la posibilidad de recibir retornos de los excedentes.
- c) La reglamentación que señaló el profesor Ordóñez como marco expreso que permite el seguro mutual en Colombia (Decreto 1598 de 1963), fue derogado por la Ley 79 de 1988 (artículo 160). En todo caso, el Decreto 1598 de 1963 no hacía referencia al seguro mutual.

De forma adicional a lo expuesto, y bajo el sustento relacionado con el concepto de actividad aseguradora, las cooperativas están habilitadas legalmente para desarrollar la actividad aseguradora a través de fondos mutuales de previsión, asistencia y solidaridad, tal como se verá más adelante.

Es así que, en resumen, la actividad aseguradora cooperativa en Colombia se desarrolla a través de las cooperativas de seguros, y de los fondos mutuales de previsión, asistencia y solidaridad¹¹.

En todo caso, por virtud de lo señalado en el artículo 335 de la Constitución Nacional, la actividad aseguradora cooperativa solo puede ser ejercida previa autorización del Estado de conformidad con la ley, y es de interés público.

1. *Las cooperativas de seguros*

Las cooperativas de seguros son empresas especializadas¹² en el desarrollo de la actividad aseguradora (numeral 5, artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y artículo 39 de la Ley 454 de 1998), a través del contrato de seguro. Es así que, en términos generales, están sujetas a la misma regulación sobre la actividad que las compañías de seguros constituidas bajo la naturaleza jurídica de sociedades anónimas (artículo 215 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), mientras que en su forma de organización y de gobierno corporativo (o mejor, de gobierno cooperativo) se rigen bajo las normas especia-

¹¹ Aunque bajo el concepto de actividad aseguradora previamente elaborado, la intermediación de seguros y/o reaseguros no hace parte de aquella, sí lo es del mercado asegurador. En tal sentido, vale la pena precisar que de conformidad con lo señalado en los artículos 40, 41 y 44 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no pueden constituirse ni operar corredores ni agencias de seguros bajo la naturaleza jurídica cooperativa.

¹² «Serán cooperativas especializadas las que se organizan para atender una necesidad específica, correspondiente a una sola rama de actividad económica, social o cultural [...]» Artículo 62 de la Ley 79 de 1988.

les propias de las cooperativas, incluido el mecanismo reglado de distribución de excedentes contemplado en el artículo 54 de la Ley 79 de 1988¹³.

Sobre este asunto, el profesor Ossa sostuvo:

«Explotado a través de la organización cooperativa o de la empresa comercial, el seguro está sujeto a iguales presupuestos técnicos. La diferencia radica, pues, ya no en su objeto sino en el espíritu que da vida a estos dos sistemas de operación, en su forma de explotación, en su estructura legal, en su régimen interno, en la finalidad económica de quienes, como empresarios (accionistas, en la sociedad anónima, underwriting members, en Lloyd's o socios en la sociedad cooperativa), viabilizan su vigencia práctica [...]»¹⁴

De conformidad con lo previsto en el numeral 10 del artículo 20 del Código de Comercio, son mercantiles para todos los efectos legales las empresas de seguros y la actividad aseguradora. Sin embargo, a pesar de la aparente claridad de tal disposición, en lo que tiene que ver con las aseguradoras cooperativas, éstas realizan tanto actos mercantiles, como actos cooperativos; de hecho, su énfasis es la realización de actos cooperativos¹⁵.

Los actos cooperativos están definidos en el artículo 7 de la Ley 79 de 1988 como «[...] los realizados entre sí por las cooperativas, o entre éstas y sus propios asociados, en desarrollo de su objeto social.» Por lo tanto, no cabe duda de que un contrato de seguro entre una cooperativa de seguros y uno de sus asociados, es un acto cooperativo. Entre tanto, un contrato de seguro en el que las partes son la aseguradora cooperativa y una persona no asociada asumirá el carácter de acto mercantil, a la luz de lo ya reseñado del Código de Comercio¹⁶.

¹³ Preferimos hacer referencia a una forma reglada de distribución de excedentes, en lugar de mencionar el carácter de entidades sin ánimo de lucro a que hace referencia la ley. Ello en la medida en que somos de la opinión que las entidades cooperativas sí tienen ánimo de lucro, aunque distinto del ánimo de lucro que tradicionalmente hace parte de las sociedades comerciales, esto es, un ánimo de lucro colectivo y solidario, en lugar de un ánimo de lucro individual.

¹⁴ Ossa G., J. Efrén: *Op. Cit.*, p. 440.

¹⁵ El desarrollo y evolución del concepto de acto cooperativo reviste una amplia complejidad y desborda el objeto del presente estudio. Por ello, se aborda de manera sucinta y únicamente a efectos de contrastar la generalización que sobre un acto mercantil se hace en el Código de Comercio.

¹⁶ Una teoría más amplia del acto cooperativo incluye los realizados con terceros no asociados, en desarrollo del objeto social de la cooperativa. Al distinguir la Teoría Pura del Acto Cooperativo frente a la Teoría Mixta del Acto Cooperativo, Streck y de Conto señalan: «Básicamente, para la Teoría Pura del Acto Cooperativo, este esta-

Sobre esta materia, la Corte Constitucional, en sentencia C-589 de 1995¹⁷, indicó:

«En el caso colombiano, el concepto de ausencia de ánimo de lucro se mantiene explícito en la normativa que rige el sistema cooperativo, que lo consagra de manera expresa en la legislación básica contenida en la ley (sic) 79 de 1988; sin embargo, él (sic) mismo no es radical y excluyente, pues si bien hace parte de las definiciones de «acuerdo cooperativo» y de cooperativa, artículos 3 y 4 demandados parcialmente por el actor, ello no puede entenderse como una restricción, que impida a las organizaciones cooperativas realizar actos mercantiles como se señaló anteriormente, los cuales se realizan dentro del marco señalado por la Carta Política, ya que de otra forma no podrían funcionar adecuadamente, al margen de los fines que cumplen como empresas que si bien tienen objetos propios necesitan realizar actos civiles y mercantiles para participar en la vida económica, jurídica y social.

«Se reitera pues, que el legislador no les ha vedado la posibilidad de ejecutar actos mercantiles, necesarios en la dinámica de cualquier empresa moderna, y mucho menos que tal restricción se origine en el ordenamiento superior, en el cual no existe disposición alguna que así lo prevea.

«Las cooperativas, como personas jurídicas de derecho privado, realizan, en cumplimiento de su objeto social, multiplicidad de actos jurídicos; sin embargo, no todos esos actos pueden calificarse como actos cooperativos, pues ellos están definidos expresamente en el artículo 7 de la Ley 79 de 1988:

[...]

«Otros actos los realiza la cooperativa con terceros no afiliados en cumplimiento de su objeto social; en ambos casos pueden pro-

ría configurado, restrictivamente, solamente en las hipótesis descritas en el art. 79 de la Ley 5.764/71. Dicho de otro modo: por tal teoría, solamente serían “Actos Cooperativos”, los denominados actos internos, realizados entre cooperativas y asociados y entre cooperativas, desde que asociadas entre sí (sic). De esa forma, para la Teoría Pura del Acto Cooperativo, los actos realizados con terceros se caracterizarían como actos mercantiles. Ya para la denominada Teoría Mixta del Acto Cooperativo, además de los actos internos, podrían ser entendidos como Actos Cooperativos aquellos practicados por la sociedad cooperativa para la ejecución de sus objetivos sociales. En ese sentido, se ampliarían las posibilidades, en la medida que en las operaciones con terceros, realizadas en cumplimiento a los objetivos estatutarios de las sociedades cooperativas, se configurarían como Actos Cooperativos y no como actos mercantiles.» Streck, Lenio Luiz, y de Conto, Mario: «Una mirada hermenéutica sobre el acto cooperativo», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 44, p. 115.

¹⁷ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-589 de 1995, expediente D-962, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.

ducirse, como de hecho se producen, actos comerciales, sin que con ello se desvirtúe o contrarie el objeto social de dichas empresas, o se vulnere disposición superior alguna. [...]

«El destino que señala la norma citada para los excedentes obtenidos por el desarrollo de operaciones con terceros no afiliados, las cuales pueden ser de naturaleza mercantil, desde ningún punto de vista puede considerarse contrario a las disposiciones del ordenamiento superior, pues tal previsión se ajusta en todo al objeto esencial de las cooperativas, en tanto organizaciones solidarias que dependen por el interés de sus asociados.»

El efecto práctico más relevante de la distinción entre los actos cooperativos y los actos mercantiles, en este caso, resulta ser que los excedentes obtenidos de las operaciones con no asociados (mercantiles) deberán llevarse a un fondo social no susceptible de repartición, como lo establece el artículo 10 de la Ley 79 de 1988.

Sin perjuicio de lo anterior, los contratos de seguro celebrados por cooperativas de seguros se sujetan íntegramente a las disposiciones contenidas en los artículos 1036 y ss. del Código de Comercio, además de lo que para el efecto establecen otras normas especiales, que igualmente aplican a los contratos de seguro celebrados por compañías de seguros constituidas bajo la naturaleza jurídica de sociedad anónima (por ejemplo, lo previsto en el artículo 4.º de la Ley 389 de 1997 en materia de seguros de manejo y riesgos financieros, y de responsabilidad).

De otro lado, las principales características de las cooperativas de seguros son las siguientes:

- a) Están sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia (literal a, numeral segundo, artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).
- b) Su constitución, funcionamiento y explotación de ramos de seguros, está sujeta a sendas autorizaciones con carácter previo, por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia (artículos 38, 53 y 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Para tales efectos, deben cumplir, entre otros, con los requisitos de capital mínimo previstos en el artículo 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Para la explotación de los distintos ramos de seguros, es posible optar por el régimen de autorización general previsto en el numeral 1.1.1. del Capítulo II, Título IV, Parte II, de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, siempre que se cumplan las condiciones allí indicadas. En caso

contrario, deberá surtir el trámite propio del régimen de autorización individual contemplado en el numeral 1.1.2. de la misma disposición.

Adicionalmente, en atención a lo previsto en el numeral 3.º del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las cooperativas de seguros «[...] cuyo objeto prevea la práctica de operaciones de seguros individuales sobre la vida deberán tener exclusivamente dicho objeto, sin que su actividad pueda extenderse a otra clase de operaciones de seguros, salvo las que tengan carácter complementario.»

- c) Los miembros del Consejo de Administración (Junta Directiva), los representantes legales, los revisores fiscales y los oficiales de cumplimiento¹⁸, deben posesionarse ante la Superintendencia Financiera de Colombia, de manera previa al ejercicio de sus cargos (literal g del artículo 72, numeral 3.º del artículo 73, numeral 4.º del artículo 74, numeral 3.º del artículo 79, literal g del numeral 2.º del artículo 326, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y numeral 1.º del Capítulo II, Título IV, Parte I, de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia)¹⁹.
- d) Deben contar con Defensor del Consumidor Financiero (principal y suplente), designado por la Asamblea General y posesionado ante la Superintendencia Financiera de Colombia, de manera previa al ejercicio de su cargo (artículos 13 y ss. de la Ley 1328 de 2009, 2.34.2.1.1. y ss. del Decreto 2555 de 2010, y numeral 1.º del Capítulo II, Título IV, Parte I, de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia).
- e) A diferencia de las compañías de seguros constituidas como sociedades anónimas, las cooperativas de seguros deben contar

¹⁸ Los oficiales de cumplimiento son los encargados, principalmente, de velar por el adecuado funcionamiento del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo – SARLAFT.

¹⁹ En el trámite de posesión, la Superintendencia Financiera de Colombia verifica el cumplimiento de los requisitos objetivos y las calidades subjetivas requeridas para desempeñar el cargo correspondiente de una entidad sujeta a su inspección y vigilancia. Sobre ésta, el artículo 28 del Decreto 2150 de 1995 señala: «El acto de posesión de directores, administradores, representantes legales y revisores fiscales de las entidades vigiladas por el Estado, no requerirá la presentación personal ante la entidad pública correspondiente.

«La posesión se entenderá surtida con la autorización que imparta el funcionario competente, una vez solicitada por el interesado. Con el mismo acto se entiende cumplido el juramento requerido por la ley.»

con una Junta de Vigilancia, encargada del control social (artículos 38 y ss. de la Ley 79 de 1988). Los miembros de la Junta de Vigilancia no requieren posesión ante la Superintendencia Financiera de Colombia.

- f) También como nota distintiva de las compañías de seguros que operan como sociedades anónimas, en las cooperativas de seguros a cada asociado le corresponde un solo voto en la Asamblea General, independientemente del monto de sus aportes (artículo 33 de la Ley 79 de 1988). No obstante, en las cooperativas de segundo y tercer grado, se debe «[...] establecer en los estatutos el régimen del voto y representación proporcional al número de asociados, al volumen de operaciones con la entidad, o a una combinación de estos factores, fijando un mínimo y un máximo que asegure la participación de sus miembros e impidan el predominio excluyente de algunos de ellos.» (artículo 96 de la Ley 79 de 1988).

Esta circunstancia genera una problemática importante, especialmente de cara al cumplimiento de las normas sobre patrimonio técnico y patrimonio adecuado, pues son pocos los incentivos para aportar capital a la aseguradora cooperativa, al punto que permita su sostenibilidad y crecimiento²⁰.

²⁰ Las aseguradoras cooperativas compiten en el mercado de seguros con las compañías de seguros tradicionales constituidas bajo la naturaleza jurídica de sociedad anónima. No se trata, entonces, de una «alternativa» al mercado, como regularmente se hace referencia al sector cooperativo. La regulación sobre el capital para las aseguradoras cooperativas constituye, sin duda alguna, una desventaja para este tipo de entidades. Para reflejar este tipo de circunstancias, hemos hecho referencia al concepto de «cooperativismo de mercado», que describimos, de manera breve, así: «Lo anterior evidencia cómo en el mercado financiero participan en calidad de oferentes tanto sociedades comerciales como entidades cooperativas, y los consumidores pueden optar por una u otra alternativa en atención a sus intereses, sus preferencias e, incluso, sus sesgos, emociones y heurísticas. Es común encontrar casos de asociados a cooperativas que no tienen productos de ahorro y/o crédito con ellas, o que teniéndolos son igualmente consumidores financieros en establecimientos de crédito de carácter mercantil. No se trata entonces de eventos en los que el Estado o el mercado no han podido o no han querido operar (no obstante existir algunos ejemplos bastante relevantes en algunas zonas del país), sino de verdadera competencia.

«Situación similar se presenta en multiplicidad de mercados, como el de seguros, el de productos lácteos, o el de transporte, por citar solo algunos ejemplos, en donde las entidades cooperativas compiten con otro tipo de sociedades por atraer a los consumidores.

«No obstante, las sociedades cooperativas verdaderamente tienen marcadas diferencias con otros tipos de sociedades, que se reflejan principalmente en sus relaciones internas. La existencia de un lucro solidario (concepto más afín a la realidad de estas en-

Si no es posible la distribución de los excedentes a los asociados en función de su participación en el capital, y a cada asociado le corresponde un voto (o algunos adicionales en los términos del artículo 96 de la Ley 79 de 1988), no habrá interés en realizar aportes importantes de capital.

Si bien el fundamento teórico es que los excedentes se reinviertan en la propia entidad, especialmente fortaleciendo las reservas patrimoniales, también se soporta en que por cuenta de la distribución de excedentes se revaloricen los aportes sociales para que mantengan su poder adquisitivo y se haga el retorno cooperativo en función de los servicios adquiridos con la entidad (artículo 54 de la Ley 79 de 1988).

Por lo tanto, se hace necesario dinamizar la regulación cooperativa, al punto que permita otros instrumentos de patrimonio, incluso aportados por no asociados, que generen los incentivos necesarios para garantizar un adecuado funcionamiento de las aseguradoras cooperativas, por ejemplo, con mayores derechos de voto en la Asamblea General y/o con remuneraciones especiales en función de los resultados empresariales²¹.

- g) El régimen de pólizas y tarifas, reservas técnicas e inversiones es el mismo que el de las entidades aseguradoras con naturaleza jurídica de sociedad anónima (artículos 183 y ss. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 2.31.4.1.1. y ss. del Decreto 2555 de 2010 y numeral 2.2. del Capítulo II, Título IV, Parte II, de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia).

tidades que el de la ausencia de ánimo de lucro), de participación democrática (en la que por regla general a cada asociado le corresponde un voto con independencia a su aporte de capital), o de control social (ejercido principalmente a través de la Junta de Vigilancia), entre otros, son muestra de tales diferencias.

«Así las cosas, con el concepto de «cooperativismo de mercado» que hemos venido acuñando en diversos escenarios solo tratamos de reconocer la particularidad de las entidades cooperativas antes comentada, y de destacar que, en todo caso, estas actúan dentro de una economía de mercado (social de mercado, en el caso colombiano) en la que no solo existen otros agentes, sino también fallas que bien pueden ser causadas o solucionadas por tales entidades, intervención del Estado que también las impacta, y consumidores dispuestos a maximizar su bienestar con cooperativas o sin ellas.» Rodríguez Zárate, Alejandro: Una mirada transversal al cooperativismo de mercado, *Ámbito Jurídico*, Bogotá, 24 de enero de 2017, disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/una-mirada-transversal-al-cooperativismo-de>

²¹ Al respecto ver, por ejemplo, Gadea, Enrique, Sacristán, Fernando, y Vargas Vasserot, Carlos: *Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 409 y ss.

Este aspecto reviste una especial importancia, toda vez que, como se dijo previamente, el artículo 335 de la Constitución Nacional le otorga el carácter de interés público a la actividad aseguradora, además de fijar algunos aspectos adicionales, por implicar el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

En este asunto, Castro y Macías sostienen lo siguiente:

«El negocio asegurador implica la latencia de los riesgos inmersos en los contratos de seguros, en otras palabras, significa que existe una distancia temporal entre la captación de los recursos del público, mediante las primas, y el pago de las indemnizaciones consecuencia de la materialización de los eventos objeto del Contrato (sic). Dicho modelo de negocio supone, por un lado, una obligación por parte de la compañía emisora de la póliza, y por el otro un derecho del asegurado, por el cual ha pagado un importe correspondiente a la prima sujeto a la materialización de un evento determinado. Esta es la razón por la que las entidades deben constituir reservas que a su vez deben estar respaldadas por activos idóneos, cuyas características no constituyan un riesgo adicional en el cumplimiento de la obligación adquirida por las aseguradoras.

«Así pues, la inversión de las reservas técnicas implica un acercamiento más profundo que el de la simple conformación de una colección de valores o instrumentos de inversión, y se ubica en el marco de la teoría financiera, que aborda conceptualmente necesidades similares para otros inversionistas institucionales (como los Fondos de Pensiones) y, en términos generales establece elementos a considerar en una gestión responsable de portafolios de inversión, siempre buscando proteger los recursos del consumidor financiero.»²²

- h) Deben cumplir de forma permanente con un patrimonio técnico como mínimo equivalente al patrimonio adecuado, calculados de conformidad con lo señalado en los artículos 2.31.1.2.1 del Decreto 2555 de 2010 y en el numeral 2.1. del Capítulo II, Título IV, Parte II, de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia.

En este caso, si bien la obligación es idéntica tanto para las aseguradoras cooperativas como para las que son sociedades anónimas, la metodología de cálculo tiene algunos matices, que se

²² Castro, Freddy H., y Macías, Milton: «Régimen de Inversiones de las Compañías Aseguradoras. Antecedentes, Evolución y Perspectivas», *La industria aseguradora en Colombia*, Federación de Aseguradores Colombianos - Fasecolda, 2011, p. 579.

derivan principalmente de la diferencia en el régimen económico propio de cada uno de los tipos societarios (cooperativas y sociedades anónimas).

El patrimonio técnico está definido como la suma del patrimonio básico ordinario neto de deducciones, el patrimonio básico adicional y el patrimonio adicional, los que, como ya se indicó, deben calcularse en los términos y bajo la metodología dispuesta en las normas antes citadas.

Así, por ejemplo, para el cálculo del patrimonio básico ordinario, solo computan los aportes sociales que hagan parte del capital mínimo no reducible previsto estatutariamente, con la problemática que surge de la hermenéutica de los órganos de supervisión con respecto a lo señalado en el numeral 7.º del artículo 5 y en el numeral 10.º del artículo 19 de la Ley 79 de 1988, y en el numeral 5.º del artículo 6 de la Ley 454 de 1998²³, además de lo ya mencionado con respecto a los aportes de capital.

2. Los fondos mutuales

Los fondos mutuales carecen de definición legal, y su principal referencia se encuentra contemplada en el numeral 3.º del Capítulo IV del Título I de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

En un estudio previo, definimos los fondos mutuales de la siguiente manera:

«[...] podemos sostener que el fondo mutual es un patrimonio autónomo, administrado por una entidad cooperativa, que busca amparar riesgos propios de quienes, siendo asociados suyos, paguen

²³ Las normas en comento hacen referencia al capital mínimo no reducible, que debe establecerse estatutariamente. La posición de los órganos de supervisión es que, una vez fijado en los estatutos, no resulta procedente su disminución ni siquiera por vía de una reforma estatutaria. Consideramos que la interpretación correcta apunta a que el capital social no puede ser inferior en ningún momento al previsto como no reducible en los estatutos, pero que sí es posible modificar la estipulación estatutaria relacionada con el capital mínimo, incluso reduciéndolo, sin perjuicio del capital mínimo que para las cooperativas que ejercen la actividad financiera y aseguradora establece la ley. Ello, en un sentido jurídico, toda vez que no existe prohibición alguna para realizar tal reforma, y en un sentido práctico, por cuanto la posición de las superintendencias limita a las entidades para atender circunstancias económicas (internas y/o externas), que así lo ameriten.

las contribuciones que establezca el reglamento correspondiente, que emita el Consejo de Administración.»²⁴

La existencia de fondos mutuales surge de una interpretación armónica de los artículos 56, 65 y 72 de la Ley 79 de 1988. En atención a lo señalado en el artículo 56, la Asamblea General de las cooperativas puede crear fondos con fines determinados, el artículo 65 permite incluir en el objeto social de tales entidades servicios de previsión, asistencia y solidaridad para sus asociados, y el artículo 72 indica que cuando los servicios de previsión y solidaridad requieran una base técnica que los asimile a seguros, deberán ser contratados con organismos cooperativos especializados, no obstante que las entidades que prestaren tales servicios al momento de entrar en vigor la Ley 79 de 1988 pueden seguir haciéndolo «[...] a menos que, requeridas por el organismo correspondiente del Estado, no demuestren su competencia técnica y económica para hacerlo.» Esta última disposición se encuentra, en términos equivalentes, en el numeral 5.º del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De una forma similar, y que implica un reconocimiento tácito de la existencia de actividad aseguradora distinta a la que se desarrolla a través de contratos de seguro, el numeral 4.º del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dispone: «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.»

En atención a lo expuesto, surgen, por ahora, al menos los siguientes aspectos que ameritan un estudio con mayor profundidad: a) La condición de ser patrimonios autónomos; y b) Los eventos en los que la base técnica se asimila a seguros, según las voces del artículo 72 de la Ley 79 de 1988 y del numeral 5.º del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Veamos:

- a) No existe norma alguna que establezca en forma expresa que los fondos mutuales son patrimonios autónomos²⁵. Sin embargo, de su esencia puede extractarse tal conclusión.

²⁴ Rodríguez Zárate, Alejandro: *Los fondos mutuales – análisis jurídico*, tesis para optar el título de abogado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 17.

²⁵ Existen múltiples ejemplos de patrimonios autónomos como consecuencia de disposiciones legales que no otorgan en forma expresa tal condición. Por ejemplo, Velásquez Jaramillo sostiene: «También existen otras figuras jurídicas que constituyen patrimonios autónomos e independientes del patrimonio general de una persona y que

Por ejemplo, en el estado de situación financiera de la cooperativa se registran como parte de su pasivo, la cooperativa adquiere apenas la condición de administradora del fondo²⁶, y éste responde únicamente hasta la concurrencia de sus recursos²⁷.

Así las cosas, al menos en forma tácita, las disposiciones legales y las emanadas del órgano de supervisión estatal reconocen la condición de patrimonio autónomo que tienen los fondos mutuales²⁸. Bien podría decirse, afinando el concepto, que se trata más bien de patrimonios especiales de carácter colectivo en cabeza de todos los asociados que contribuyen al fondo y sin que resulte procedente determinar titularidades individuales ni proporcionales. En todo caso, lo realmente relevante resulta ser

funcionan sin personalidad jurídica. Si el vendedor de un bien mueble lo entrega al comprador y se reserva el dominio hasta que este le pague la totalidad del precio o se dé cumplimiento a otra condición, el bien no puede ser objeto de persecución por los acreedores del vendedor o del comprador, y queda por tanto sustraído temporalmente de la prenda general.» Velásquez Jaramillo, Luis Guillermo: *Bienes*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2020, p. 110.

²⁶ El numeral 3.º del Capítulo IV del Título I de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia de la Economía Solidaria, señala: «Las organizaciones solidarias podrán constituir y administrar fondos mutuales para la prestación de servicios de previsión, asistencia y solidaridad.»

²⁷ El literal g) del numeral 3.1.1. del Capítulo IV del Título I de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia de la Economía Solidaria, establece: «La protección mutua, supone la contraprestación hasta la concurrencia del fondo. Es decir, el fondo mutua responderá hasta el monto total de los recursos de dicho fondo.»

²⁸ Con respecto a la esencia de los patrimonios autónomos, y poniendo en evidencia que los fondos mutuales cumplen con ésta, el profesor Rengifo precisa que «[...] existen patrimonios especiales constituidos por bienes afectados a un fin determinado. Y esos patrimonios especiales han recibido diferentes denominaciones: patrimonios autónomos (Rodríguez Azuero), patrimonios de destino (Domínguez Martínez), patrimonios separados (Pigliatti), patrimonios de afectación (Lepaulle). Pese a las nomenclaturas y a las distinciones doctrinales que se hacen de cada una de las categorías conceptuales mencionadas y que aquí se tratan indistintamente, lo cierto es que se caracterizan porque necesitan una norma jurídica que los cree en la medida que representan una excepción al principio general de que el patrimonio es prenda común de los acreedores, son independientes del patrimonio general y, como última característica, sólo responden por obligaciones contraídas con ocasión de la finalidad perseguida.» Rengifo García, Ernesto: *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 90.

Es importante destacar que la norma que permita la existencia de un patrimonio autónomo, en los términos señalados por Rengifo, no necesariamente debe indicar con precisión y exactitud que se trata justamente de un patrimonio autónomo, sino que, como en los ejemplos citados, puede tratarse más bien de una norma que por sus características traiga como consecuencia el surgimiento de ese patrimonio autónomo.

que no es la cooperativa la que ostenta la titularidad ni la propiedad de los recursos del fondo mutual, sino que opera apenas como su administrador, lo que, desde otra perspectiva, implica que, como se dijo líneas atrás, la responsabilidad derivada de las coberturas del fondo no trasciende al patrimonio de la cooperativa.

- b) En lo que tiene que ver con los servicios de previsión y solidaridad, no existe tampoco norma alguna que contemple lo que debe entenderse por «base técnica que los asimile a seguros». Esto significa, entonces, que ni el artículo 72 de la Ley 79 de 1988 ni el numeral 5.º del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero brindan claridad con respecto a los riesgos que pueden ser cubiertos por los fondos mutuales y aquellos que necesariamente deben ser contratados con una compañía de seguros.

Una primera aproximación, exegética, traería como consecuencia la imposibilidad de desarrollar la actividad aseguradora a través de fondos mutuales, pues, en cualquier caso, tal como lo expuso la Corte Constitucional en la sentencia C-940 de 2003 analizada en la parte inicial de este escrito, la base técnica de tal actividad es común a todas las formas jurídicas que permiten su materialización, no solo es propia del contrato de seguro²⁹. Bajo tal hermenéutica, resultaría

²⁹ Dijo la Corte en ese pronunciamiento, ya citado: «[...] la Corte no pierde de vista que existen referentes no constitucionales, tanto jurídicos como económicos y técnicos, que ofrecen una noción de actividad aseguradora comúnmente aceptada. En efecto, la doctrina jurídica usualmente postula que en tal actividad humana siempre está de por medio la circunstancia de un gran número de entes económicos que soportan riesgos análogos, y que se organizan para hacer frente mutuamente a la eventualidad de su realización. La mutualidad implica la formación de un fondo común constituido con los aportes de los sujetos expuestos al peligro, con el cual se cubren los riesgos en la medida en que se presenten. La mutualidad parte de la base de que «si bien es verdad que el riesgo implica un elemento de incertidumbre para cada uno de los individuos aisladamente considerados, para la colectividad no. Porque entonces entra en juego la Ley de los Grandes Números y el Cálculo de las Probabilidades y, con ellas, la constante que regula el acaecimiento de los sucesos casuales.» Las nociones de riesgo, de gran cantidad de entes expuestos a él y de mutualidad aparecen, tomadas en conjunto, como indicativas de la actividad aseguradora, cualquiera que sea la forma jurídica en que ella se manifieste.

«Ciertamente, es comúnmente sabido que las bases técnico - matemáticas de la actividad aseguradora se encuentran en la estadística, como ciencia que sólo opera en relación con grandes números; por lo cual la existencia de un gran número de entes económicos expuestos a la contingencia de un peligro eventual y análogo, que bajo cualquier forma se organizan para soportar mutuamente tal contingencia, suele entenderse como actividad aseguradora.»

de imposible aplicación lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 79 de 1988, aunque la posible contradicción entre ambas disposiciones es apenas aparente.

En la misma providencia, aclaró la Corte Constitucional lo siguiente:

«Sin embargo, la Corte detecta que la intervención de la Superintendencia de la Economía Solidaria explica claramente las particularidades de los servicios funerarios que prestan las entidades cooperativas, que los alejan desde su mismo fundamento del contrato de seguros, a pesar de operar sobre bases técnicas similares. Dicha intervención pone de relieve que los servicios de previsión y solidaridad, como los servicios funerarios que prestan las cooperativas, se inspiran, ejecutan e interpretan conforme a los principios de solidaridad cooperativa, participación y ayuda mutua, que están ausentes en el contrato de seguros. Tales servicios de previsión, asistencia y solidaridad son prestados por entidades solidarias supervigiladas, que para esos efectos constituyen «fondos mutuales» o «amparos mutuales» [...].

«Las explicaciones anteriores ponen de presente que los servicios de asistencia y solidaridad (como los funerarios) que prestan las entidades cooperativas denotan unas marcadas diferencias tanto en su fundamento filosófico como en los efectos jurídicos que de allí se derivan, que permite distinguirlos con claridad de ese contrato comercial. En efecto, los servicios funerarios prestados por entidades cooperativas constituyen una práctica autogestionaria solidaria, ausente de ánimo de lucro, al paso que el contrato de seguros es de naturaleza bilateral y onerosa.»

El texto transcrito permite colegir, como aquí se ha señalado, que los fondos mutuales gozan de reconocimiento constitucional y legal, aunque no tengan un desarrollo normativo expreso más allá de lo ya indicado.

Además de lo manifestado por la Corte Constitucional, la presencia de un presupuesto técnico propio de la actividad aseguradora no conlleva, necesariamente, la existencia de un contrato de seguro. Por tal motivo, si el artículo 72 de la Ley 79 de 1988 y el numeral 5.º del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero indican que en ciertos eventos debe contratarse a una compañía de seguros, implícitamente están indicando que, en tales escenarios, se presentan los elementos esenciales del contrato de seguro, pues de lo contrario éste sería inexistente, en otros términos, no podría resultar inexistente un contrato que la propia ley está determinando como necesario, ante un supuesto fáctico particular.

El artículo 898 del Código de Comercio indica que es inexistente el negocio jurídico cuando falte alguno de sus elementos esenciales. Por su parte, el artículo 1045 del mismo cuerpo normativo establece que los elementos esenciales del contrato de seguro son el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro, y la obligación condicional del asegurador. Así las cosas, en cuanto falte alguno de tales elementos esenciales, no habrá contrato de seguro³⁰ y, por la misma razón, ante la presencia de éstos, solo una compañía de seguros (cooperativa o sociedad anónima) podrá actuar como parte aseguradora del contrato.

De esta forma, si en los servicios de previsión y solidaridad a que aluden los artículos 65 y 72 de la Ley 79 de 1988 y el numeral 5.º del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no se presentan los cuatro elementos esenciales del contrato de seguro, no es menester contratarlos con una aseguradora.

Ante un verdadero fondo mutual, no se presentan los elementos esenciales del contrato de seguro³¹. En primer lugar, no hay prima o precio del seguro, pues la contribución realizada por el asociado a quien se le cubre un riesgo va a nutrir el fondo común y no es percibida en particular por ningún tercero como retribución por asumir un riesgo, ni siquiera la cooperativa, que es apenas un administrador. Así mismo, como lo destacó la Corte Constitucional, por la misma razón expuesta, no tiene un carácter oneroso, lo que marca una diferencia relevante con el seguro comercial que, por expresa disposición legal y

³⁰ En el mismo sentido, el profesor Ossa sostuvo: «Con estas explicaciones previas es oportuno examinar los elementos esenciales del contrato de seguro, no sin advertir que la falta de uno cualquiera de ellos quiebra su unidad jurídica y es causal de inexistencia.» Ossa G., J. Efrén: *Teoría General del Seguro. El contrato*, Temis, Bogotá, 1991, p. 71.

³¹ Con un planteamiento similar, la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia), a través del concepto No. 2003022259-1 del 7 de mayo de 2004, indicó: «Ahora bien, en términos generales la creación de fondos mutuales será factible siempre y cuando se alejen desde su mismo fundamento del contrato de seguros, aspecto que deberá ser analizado por las personas interesadas en conformarlo y que pueden ser constituidos bajo la forma asociativa de entidades cooperativas con una práctica autogestionaria solidaria, ausente de ánimo de lucro, a diferencia del contrato de seguros que es de naturaleza bilateral y onerosa.

«Sobre el particular resulta de especial importancia lo expresado por la Corte Constitucional en reciente sentencia, en la cual señaló las diferencias que podrían detectarse entre el contrato de seguro y los fondos mutuales de las entidades cooperativas que prestan servicios de previsión y solidaridad inspirados bajo los principios de solidaridad cooperativa, participación y ayuda mutua, aspectos que están ausentes en el contrato de seguros.»

por su fundamento económico, sí lo es (artículo 1036 del Código de Comercio)³².

De otro lado, tampoco existe obligación condicional del asegurador, pues al no haber traslado del riesgo sino una cobertura colectiva sobre el mismo³³, no hay parte aseguradora y, por ende, tampoco puede haber una obligación condicional a su cargo. En otros términos, no hay una relación comercial de carácter bilateral (como sí la hay en el contrato de seguro, según el artículo 1036 del Código de Comercio) sino plurilateral, que no reviste la condición de acto mercantil sino de acto cooperativo³⁴.

Es pertinente indicar que, si se da un traslado del riesgo a la cooperativa, su origen no estará en la ejecución de la actividad propia de un fondo mutual, pues, como se ha aclarado en diversas oportunidades, una de las características primordiales de la figura bajo análisis

³² «El carácter oneroso del contrato es lo que eleva la prima a la categoría de elemento esencial del contrato de seguro y lo que determina que sin ella no pueda hablarse de contrato de seguro.» Ordóñez Ordóñez, Andrés E.: *Op. Cit.*, p. 93.

³³ El literal a del numeral 3.1. del Capítulo IV del Título I de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia de la Economía Solidaria, señala como una de las características de los fondos mutuales lo siguiente: «Es una protección en la cual los asociados asumen mutuamente sus propios riesgos.»

³⁴ No existe duda de que, en atención a su objeto, su causa y por la participación de la cooperativa en la administración del fondo, el negocio plurilateral que da origen a los fondos mutuales es un acto cooperativo, a pesar de que no se enmarca con precisión en la definición que sobre éste trae el artículo 7 de la Ley 79 de 1988. Esto pone de presente que existen actos cooperativos que no fueron considerados por el legislador (como la cesión de aportes sociales entre asociados), tal como lo anotan los profesores Guarín y Sarmiento: «Debe anotarse que el legislador dejó por fuera de esta definición dos clases de actos cooperativos de suma importancia: el acuerdo cooperativo y los actos unilaterales de la cooperativa misma.

«En efecto, el acuerdo cooperativo [...] no es un acto entre los asociados y la cooperativa, pues ésta todavía no existe legalmente, hasta ahora se está celebrando la asamblea de constitución y la personería se va a obtener con posterioridad, mediante el registro. Luego el acuerdo cooperativo es un acto entre los asociados fundadores, pero es, sin lugar a dudas, un acto cooperativo y no uno civil, comercial o de otra naturaleza.

«Igualmente, cuando una asamblea general de una cooperativa aprueba la distribución de excedentes o una reforma estatutaria, no se trata de un acto entre la cooperativa y sus asociados o entre dos cooperativas, sino de un acto jurídico unilateral colectivo, en el cual sólo participa la persona jurídica cooperativa, adoptando una decisión a través de su órgano principal, el cual es la asamblea general de asociados. Esto es también un acto cooperativo, que no está comprendido dentro de la definición del artículo 7 de la Ley 79 de 1988.» Guarín Torres, Belisario y Sarmiento Reyes, Antonio José: *Aspectos Legales de la Gestión Cooperativa – Gerencia y Gestión de Empresas Cooperativas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003, p. 199.

es que son los propios asociados quienes asumen colectivamente sus riesgos, con fundamento en un acto cooperativo de carácter plurilateral.

Ahora bien, sobre el mismo aspecto derivado de la interpretación del artículo 72 de la Ley 79 de 1988 y el numeral 5.º del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el numeral 3.2. del Capítulo IV del Título I de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia de la Economía Solidaria, establece:

«Los fondos mutuales ya constituidos que cubren riesgos contingentes y cuyos siniestros, retribuciones o indemnizaciones se asimilan a seguros, podrán seguirlos operando siempre y cuando se cumpla con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 72 de la ley 79 de 1988. Las cooperativas que a la fecha de expedición de la citada ley manejaban riesgos contingentes asimilables a seguros, podrán continuar haciéndolo, siempre y cuando apliquen las bases técnicas actuariales para calcular tanto la reserva de liquidez como la reserva matemática, contratados con organismos especializados en el ramo.

«[...]

«El cálculo de la reserva de liquidez se hará mensualmente y la reserva matemática se hará con una periodicidad de, por lo menos, una vez al año para garantizar la liquidez en el pago de siniestros y el aseguramiento de los futuros siniestros.»

De esta posición del órgano de supervisión, es necesario plantear algunas críticas, de la siguiente manera:

- No se define el concepto de riesgos contingentes, expresión que difiere de lo señalado en el artículo 72 de la Ley 79 de 1988 y en el numeral 5.º del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
- Los seguros no son el único negocio jurídico que puede dar origen a retribuciones o indemnizaciones, como tampoco el único en el que surge el concepto de siniestro. De hecho, como consecuencia del amparo mutuo (en general) se presentan siniestros (materialización de los riesgos objeto de cobertura), que dan lugar a retribuciones (auxilios) o indemnizaciones.
- Ninguna disposición legal ni reglamentaria exige la constitución de reservas de liquidez ni de reservas matemáticas para fondos mutuales, ni siquiera en el evento en que «su base técnica se asimile a seguros», en los términos del artículo 72 de la Ley 79 de 1988 y en el numeral 5.º del artículo 38 del Estatuto Orgá-

nico del Sistema Financiero. Tampoco la propia circular las define ni establece su metodología de cálculo³⁵.

- No es posible concluir qué es lo que debe contratarse con organismos especializados en «el ramo» (si las bases técnicas actuariales o la reservas de liquidez y matemática), ni cuál es el ramo en que deben estar especializados los organismos a contratar. En cualquier caso, la disposición resulta improcedente, en términos materiales.

Para finalizar este aparte, debe darse claridad en el sentido que la génesis de un fondo mutual está dada, necesariamente, por una decisión de la Asamblea General de la cooperativa, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 79 de 1988.

De la misma forma, en la medida en que el artículo 335 de la Constitución Nacional exige que la actividad aseguradora se desarrolle previa autorización del Estado, al menos para el caso de las entidades sujetas a la supervisión de la Superintendencia de la Economía Solidaria³⁶, tal autorización está dada de forma general, con fundamento en los artículos 56, 65 y 72 de la Ley 79 de 1988, en el numeral 3.º del Capítulo IV del Título I de la Circular Básica Contable y Financiera de esa entidad, que señala³⁷: «Las organizaciones solidarias podrán constituir y administrar fondos mutuales para la prestación de servicios de previsión, asistencia y solidaridad.»

³⁵ Sobre la reserva matemática se hace una breve referencia en el Anexo 3 del Capítulo III – Administración del Riesgo de Liquidez del Título IV de la misma Circular Básica Contable y Financiera, como parte de la metodología para la evaluación del riesgo de liquidez. Indica el numeral 2.3.2. del capítulo referido, en su literal q lo siguiente: «En los fondos mutuales que manejan riesgos contingentes y requieren cálculos técnicos actuariales con periodicidad anual, se madura en las bandas menores a 12 meses el monto representativo del porcentaje histórico de siniestros o auxilios anuales. Este monto se resta del valor de la reserva matemática (dato contable) y la diferencia se ubica en la última banda.»

³⁶ En atención a lo señalado en el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Nacional, el artículo 34 de la Ley 454 de 1998 señala que, a través de la Superintendencia de la Economía Solidaria, el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las cooperativas y de las organizaciones de la economía solidaria que determine mediante acto general, que no se encuentren sometidas a la supervisión especializada del Estado.

³⁷ Si bien el numeral 3.º del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece que la Superintendencia Financiera de Colombia es la autoridad que otorga la autorización para ejercer la actividad aseguradora, ello debe entenderse en armonía con lo dicho por la Corte Constitucional en los pronunciamientos citados al inicio, particularmente en las sentencias C-940 de 2003, C-432 de 2010, y C-422 de 2016, por lo que tal disposición hace referencia únicamente a la actividad adelantada por entidades aseguradoras (cooperativas o sociedades anónimas) a través de contratos de seguro.

IV. Conclusiones

De lo expuesto a lo largo de este análisis, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) El concepto de actividad aseguradora es más amplio que el de contrato de seguro. La actividad aseguradora puede verse como un género, y definirse como aquella en la que pluralidad de agentes económicos soportan conjuntamente riesgos más o menos homogéneos a través de un fondo común (mutualidad), en tanto que los contratos de seguro y los fondos mutuales son algunas de sus especies.
- b) Las cooperativas de seguros actúan y compiten en el mercado asegurador prácticamente con la misma regulación sobre su actividad que las demás compañías de seguros. La diferencia radica fundamentalmente en las normas sobre su funcionamiento interno, dada su naturaleza jurídica.
- c) Producto de lo anterior, las cooperativas de seguros tienen desventajas en su participación en el mercado, especialmente en lo que atañe a las reglas sobre capital y solvencia. Se hace necesario profundizar en este análisis, para realizar propuestas de mejora y actualización regulatoria.
- d) Los fondos mutuales comprenden una modalidad de ejercicio de la actividad aseguradora, sin contratos de seguro, que pueden definirse como patrimonios autónomos o especiales, administrados por una entidad cooperativa, que buscan amparar riesgos propios de quienes, siendo asociados suyos, paguen las contribuciones que establezca el reglamento correspondiente, que emita el Consejo de Administración.
- e) La precaria regulación en torno a los fondos mutuales dificulta su adecuado desarrollo y evolución. Es relevante avanzar en un modelo normativo que brinde certeza sobre su definición, funcionamiento y alcance.

V. Bibliografía

CASTRO, Freddy H., y MACÍAS, Milton: «Régimen de Inversiones de las Compañías Aseguradoras. Antecedentes, Evolución y Perspectivas», *La industria aseguradora en Colombia*, Federación de Aseguradores Colombianos - Fasesolda, 2011.

Corte Constitucional colombiana, sentencia C-422 de 2016, expediente D-11129, magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-432 de 2010, expediente D-7946, magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-589 de 1995, expediente D-962, magistrado ponente Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional colombiana, sentencia C-940 de 2003, expediente D-4527, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional colombiana, sentencia T-245 de 2014, expediente T-4.128.903, magistrado ponente Mauricio González Cuervo.
- Gadea, Enrique, SACRISTÁN, Fernando, y VARGAS VASSEROT, Carlos: Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI, Dykinson, Madrid, 2009.
- GUARÍN TORRES, Belisario y SARMIENTO REYES, Antonio José: *Aspectos Legales de la Gestión Cooperativa – Gerencia y Gestión de Empresas Cooperativas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio: *Comentarios al contrato de seguro*, Dupré Editores, Bogotá, 2004.
- ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E.: *Lecciones de derecho de seguros No. 1. Cuestiones Generales y caracteres del contrato*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- OSSA G., J. Efrén: *Teoría General del Seguro. El contrato*, Temis, Bogotá, 1991.
- OSSA G., J. Efrén: *Teoría General del Seguro. La institución*, Temis, Bogotá, 1988.
- RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *La fiducia mercantil y pública en Colombia*, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- RODRÍGUEZ ZARATE, Alejandro: *Los fondos mutuales – análisis jurídico*, tesis para optar el título de abogado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- RODRÍGUEZ ZARATE, Alejandro: Una mirada transversal al cooperativismo de mercado, *Ámbito Jurídico*, Bogotá, 24 de enero de 2017, disponible en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/una-mirada-transversal-al-cooperativismo-de>
- STRECK, Lenio Luiz, y de CONTO, Mario: «Una mirada hermenéutica sobre el acto cooperativo», *Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo*, núm. 44.
- Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia), concepto No. 2003022259-1 del 7 de mayo de 2004.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo: *Bienes*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2020.