

DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO DE SEGURIDAD SOCIAL Y EL DERECHO  
DE SEGUROS

DANIEL VÁSQUEZ VEGA

Trabajo de grado

Asesores

Lina Marcela Rendón Builes  
Esteban Ramírez Atehortúa

UNIVERSIDAD CES  
FACULTAD DE DERECHO  
MEDELLÍN  
2009

A mi familia (Beatriz, Ana, Polkan y Miguel) y a mi novia (Lina),  
su apoyo y estímulo ha sido fundamental para mis estudios.

## AGRADECIMIENTOS

Sería ingrato si en este trabajo no le diera las gracias a mi *Alma Máter*, la Facultad de Derecho de la Universidad CES, por la formación profesional y científica que mi inculcó a lo largo de los cinco años de pregrado, sobre todo a su decano fundador, el Dr. Álvaro Vargas, por su constante apoyo en cada uno de mi proyectos y sobre todo por la dedicación y empeño con el cual se propuso, y logró, constituir uno de los mejores programas de derecho del país.

El agradecimiento también es igualmente meritorio a la decana actual, la Dra. María Jael Arango Barreneche, por haber aceptado con gran compromiso el reto de tan laudable proyecto como lo es la dirección de la Facultad de Derecho de la Universidad CES y a toda la planta de profesores y directivos, que a través de su compromiso con la facultad, han ofrecido al medio unos abogados de excelentes cualidades humanas y profesionales.

Mi interés por las problemáticas sociales y mi empeño por encontrar soluciones a partir de mi profesión, no existirían de no ser por la formación que recibí de mis padres y del Colegio San Ignacio, pues ellos siempre se empeñaron en que conociera la realidad del mundo que me rodea y me inculcaron los valores que motivan una búsqueda constante de maneras de construir una sociedad más justa.

Fue gracias al conocimiento que adquirí en el Instituto Europeo de Seguridad Social, especialmente a través de los Profesores Dr. Danny Pieters y Dr. Paul Schoukens y el Sr. Klaus Kapuy, que entendí la vital importancia de los sistemas de seguridad social en el establecimiento de sociedades menos desiguales y tendientes a la satisfacción universal de las necesidades básicas que permitan la vida digna de cada uno de sus integrantes.

Por último un especial agradecimiento a mis asesores del presente trabajo de grado, Lina Marcela Rendón Builes y Esteban Ramírez Atehortúa, cuya experiencia y conocimiento experto en los temas de seguridad social y seguros,

me guiaron e ilustraron a través de toda la monografía, permitiendo que mis ideas se compaginaran con la realidad.

De nuevo y de todo corazón, mis más sinceros agradecimientos.

Daniel Vásquez Vega

## CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	7
1. CONCEPTUALIZACIÓN .....	11
1.1. SEGURIDAD SOCIAL .....	11
1.1.1. Derecho de seguridad social.....	11
1.1.2. Seguridad social.....	13
1.1.3. Seguros sociales.....	14
1.2. CONTRATO DE SEGURO .....	15
1.2.1. Contrato de seguro.....	15
1.2.2. Derecho de seguros.....	16
2. DIFERENCIACIÓN.....	18
2.1. NATURALEZA JURÍDICA.....	18
2.1.1. Seguridad social como ciencia jurídica independiente, frente al contrato de seguro como institución perteneciente al derecho comercial. ....	18
2.1.2. Seguridad social como derecho subjetivo absoluto y publico de los particulares, frente al contrato de seguro y los derechos subjetivos privados personales o de crédito que de él se derivan. ....	19

2.1.3. Seguridad social como institución y serie de prestaciones, frente al seguro como contrato.....	21
2.2. FINALIDAD Y OBJETO .....	22
2.3. PRINCIPIOS .....	25
2.3.1. Solidaridad. ....	25
2.3.2. Universalidad. ....	27
2.3.3. Unidad.....	28
2.3.4. Proporcionalidad. ....	29
2.3.5. Ubérrima buena fe.....	30
2.4. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS.....	31
2.4.1. Seguridad social como derecho público, frente al contrato de seguros como institución del derecho privado. ....	31
2.4.2. Irrenunciabilidad u obligatoriedad.....	33
2.4.3. Contingencia frente al riesgo.....	34
2.4.4. Cotización frente a la prima.....	36
2.4.5. Cotizante frente al tomador. ....	38
2.4.6. Azar o incertidumbre. ....	39
3. RELACIÓN.....	41
4. CONCLUSIONES.....	44
BIBLIOGRAFÍA.....	48

## INTRODUCCIÓN

Después de casi siglo y medio desde la creación en Alemania de los seguros sociales y en medio de una crisis económica que pone en duda la idoneidad del sistema neoliberal y que enfrenta a los gobiernos mundiales con la decisión de determinar hasta qué punto debe fomentarse o limitarse la intervención estatal más allá de regular y vigilar las conductas de sus miembros, la seguridad social se perfila como la solución para los estados que deben dar suficiente libertad a los mercados, pero que a su vez necesitan garantizar que no se pierdan las condiciones de dignidad otorgadas a las personas durante la vigencia de los estados bienestar y sus políticas intervencionistas. Esta creencia se encuentra enmarcada dentro de la corriente denominada como liberalismo social (en oposición a la propuesta neoliberal como solución a la crisis del estado benefactor) y parte, en palabras de Moctezuma, de la necesidad de “construir un nuevo compromiso social capaz de avanzar hacia estadios superiores de modernidad y progreso social.”<sup>1</sup>

En este contexto, resulta importante estudiar de manera científica el derecho de seguridad social, estableciendo sistemáticamente el objeto que le concierne, los principios que lo rigen, los elementos que lo componen y la forma como se diferencia de las demás ciencias y áreas jurídicas. Este estudio se encuentra dirigido a lo último, diferenciar el derecho de seguridad social de otra área jurídica, específicamente para distarlo del contrato de seguro.

Por su desarrollo histórico, la seguridad social, desde el nacimiento de los seguros sociales gracias a las políticas de Otto von Bismark, ha presentado (y continúa haciéndolo) algunas similitudes con el contrato de seguro. En adición a esto, los sistemas de seguridad social en varios estados modernos presentaron en los últimos años reformas encaminadas a que la prestación de los servicios, no fuera siempre desarrollada de forma directa por el estado, sino que se permitiera también a los particulares dedicarse a la cobertura de diferentes contingencias sociales garantizadas por el sistema. Con el ingreso de entidades privadas a los

---

<sup>1</sup> MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier, Citado por ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. 2 ed. Bogotá: Legis, 2009. p. 35.

sistemas de seguridad social, se ha dado pie para que aumente la relación entre estos y la actividad aseguradora, toda vez que la primera encuentra en la segunda una forma de apoyo a su obligación de cubrir los perjuicios derivados de la ocurrencia de las diferentes contingencias sociales.

Estas relaciones hacen imperativa la diferenciación entre la seguridad social y el contrato de seguro, porque, siendo aquélla “un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas”<sup>2</sup>, no se puede arriesgar a que en la confusión de las instituciones, i.e. al estar actuando en algunas ocasiones el contrato de seguro dentro de los sistemas de seguridad social, se sacrifiquen los principios y políticas de ésta a favor de los de aquél.

El origen de posibles confusiones se puede identificar siguiendo los planteamientos del Profesor Gerardo Arenas Monsalve (quien a su vez cita y se basa, sobre todo, en las propuestas de los Profesores José Manuel Almansa Pastor y Paul Durand), quien muestra que la seguridad social no aparece en su forma actual sino hasta ya empezado el siglo XX. Con anterioridad a ella existían otras maneras para satisfacer las necesidades sociales que en últimas resultan siendo las antecesoras y causas del surgimiento y desarrollo de la seguridad social<sup>3</sup>. Estas instituciones anteriores a la seguridad social son:

1. La asistencia, dividida a su vez en:
  - 1.1. La asistencia familiar
  - 1.2. La asistencia privada
2. La previsión, también clasificable en:
  - 2.1. El ahorro
  - 2.2. El mutualismo
  - 2.3. El seguro privado
3. Los seguros sociales

En esta clasificación se encuentran dos fuentes de la falta de suficiente claridad frente a las diferencias existentes entre la seguridad social y el contrato de seguro: la primera es que el seguro privado, al igual que la seguridad social, busca

---

<sup>2</sup> CERÓN DEL HIERRO, Antonio. El trabajo, el derecho laboral y la seguridad social en la Constitución Política de Colombia. Medellín: Diké, 1996. p. 223.

<sup>3</sup> No por ser anteriores se debe entender que son obsoletas, inexistentes o inaplicables en la actualidad, pues, como se evidenciará cuando se enumeren, la gran mayoría aún gozan de plena vigencia como herramientas alternas a la seguridad social para la protección de las necesidades sociales o de los riesgos que menoscaban el patrimonio o la calidad de vida de las personas.

“proteger [a las personas] contra pérdidas provenientes de imprevistos”<sup>4</sup> (más específicamente en el caso de la seguridad social, proteger contra la ocurrencia de contingencias sociales, pero que de manera genérica al igual que los riesgos se pueden entender como imprevistos); la segunda es la estructuración, aunque con diferencias importantes, de los seguros sociales bajo un esquema similar al de los seguros privados<sup>5</sup> (de ahí su nombre), y la influencia de aquéllos en los sistemas modernos de seguridad social.

Al tener, a partir de una perspectiva amplia y sin considerar un sinnúmero de elementos adicionales, una finalidad idéntica (la señalada de proteger contra pérdidas provenientes de imprevistos) y habiendo faltado originalmente en los seguros sociales una serie de elementos, que sí contiene la seguridad social, para distanciarse lo suficiente del contrato de seguro, es que pudieron haber surgido las confusiones o asimilaciones desafortunadas.

El objetivo es entonces distinguir con la máxima claridad posible la seguridad social del contrato de seguro. La diferencia se limita de manera general al plano teórico y a su vez se enmarca dentro de los sistemas de derecho occidentales conocidos como derecho continental europeo y *common law*, sobre todo el primero. En la medida de lo posible se evita analizar casos específicos que constituyan excepciones, toda vez que lo que se pretende es establecer derroteros generales de diferenciación y no el examen en específico de diferentes sistemas nacionales. Esto no quita que a manera de ejemplo o de contextualización se haga referencia a algún ordenamiento en específico, sobre todo al colombiano debido al origen del autor.

Para el desarrollo de esta investigación se abordaron textos doctrinales que trataran ambos temas: el derecho de seguridad social y el derecho de seguros. A partir de ellos es posible conocer a profundidad ambas instituciones para así entrar luego a diferenciarlas. Esto se evidencia en el texto resultante, en el cual, primero se hace una aproximación conceptual tanto a la seguridad social como al

---

<sup>4</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Contrato de seguro. 3 ed. Bogotá: Dupré Editores, 1999. p. 1.

<sup>5</sup> Al respecto dice el Profesor Gerardo Arenas Monsalve que los seguros sociales “Como *seguro*, asume[n] los principios y técnicas del seguro privado, lo que supone dispersión del riesgo, técnicas actuariales y exigibilidad jurídica conforme a reglas establecidas” (ARENAS MONSALVE. Op. cit., p. 9).

contrato de seguro, seguida de una diferenciación minuciosa a partir de unos tópicos que se consideran fundamentales para señalar las particularidades que los separan de cada uno (no significando con esto que no haya más diferencias que las que aquí se expondrán).

Reconociendo que el propósito de este trabajo es la diferenciación, no se deja de tratar, ya de manera menos profunda, la relación que existe entre las dos instituciones, pues es precisamente debido a que existe una relación entre ellas, que es importante que se tenga claridad sobre qué es lo que las diferencia. Por último se presentan las conclusiones del trabajo.

Se proyecta que los resultados de esta investigación repercutan en la práctica jurídica en general y judicial en particular, al señalar y hacer claridad sobre las diferencias entre la seguridad social y el contrato de seguro, permitiendo que se tenga certeza sobre cuáles serán, en cada caso concreto, los principios y demás disposiciones normativas que deberán ser aplicados para la solución de los conflictos que se originen en el ámbito de relación de las dos instituciones estudiadas.

No habiendo más, se da paso entonces al contenido introducido.

## 1. CONCEPTUALIZACIÓN

La naturaleza de este trabajo obliga a que, antes de diferenciar las instituciones denominadas como seguridad social y contrato de seguro, sea necesario establecer en qué sentido deben ser entendidas y así evitar confusiones al lector. Tratándose de una investigación jurídica, los conceptos que se proponen son de la misma índole, pero sin desconocer que las instituciones trabajadas son tan sociales como jurídicas y que es precisamente por su carácter social que el derecho las regula y de ahí que se pueda hacer el estudio desde el ángulo señalado.

En razón a lo anterior, en cada caso se hará una aproximación tanto a la figura, como al derecho que la regula, que la estudia o que surge de ella, por lo cual, se estudiará como hecho y como derecho en los tres sentidos en que el vocablo es comúnmente entendido: objetivo, subjetivo y como ciencia o disciplina.

### 1.1. SEGURIDAD SOCIAL

Al definir qué se entiende por seguridad social para efectos de este trabajo, se debe distinguir entre derecho de seguridad social y seguridad social en sí, esto es fundamental para diferenciar lo jurídico de la institución que es objeto de regulación por parte de lo jurídico. También, para mayor claridad, en este subcapítulo se expone qué son los seguros sociales, los cuales, en el habla cotidiana, tienden a confundirse con los sistemas de seguridad social, error que en esta monografía es menester no cometer.

1.1.1. Derecho de seguridad social. Como se mencionó, por el carácter polisémico del vocablo derecho, al usarlo, se puede estar haciendo referencia a tres cosas diferentes: derecho en sentido objetivo, en sentido subjetivo, o como ciencia o disciplina. Al mismo tiempo, el concepto de derecho de seguridad social se puede entender como derecho humano y fundamental. Por esto se precisará qué es cada una de estas acepciones.

1.1.1.1. *Derecho de seguridad social en sentido objetivo.* Se entiende como el “conjunto de normas y principios que ordenan ese instrumento estatal

específico de protección de necesidades sociales y específicamente las relaciones a que da lugar”<sup>6</sup>. “Como *derecho objetivo*, la seguridad social tiene campo conceptual propio en el ordenamiento jurídico (no es un apéndice del derecho del trabajo), criterios orientadores e interpretativos específicos, instituciones que la materializan y jueces competentes para resolver sus conflictos.”<sup>7</sup> En sentido estricto, es derecho objetivo por ser un conjunto de normas, i.e. una serie de principios y reglas que regulan una institución, en este caso la seguridad social como más adelante será definida, y las relaciones entre las personas que ella involucra; ya el que tenga campo conceptual, criterios orientadores e interpretativos, instituciones que la materializan y jueces competentes propios, como dice el Profesor Arenas Monsalve, son características que más que hacerlo derecho objetivo, lo hacen derecho entendido como ciencia o disciplina jurídica independiente.

1.1.1.2. *Derecho de seguridad social como la ciencia (o disciplina) jurídica que tiene por objeto estudiar dicho conjunto de principios y reglas que ordenan ese instrumento estatal específico de protección de necesidades sociales y específicamente las relaciones a que da lugar.* No es este el espacio para debatir si el derecho es o no ciencia, en este escrito se dará por sentado que es una ciencia de las llamadas sociales, pero en caso de que no lo fuera, esta segunda acepción de derecho deberá remplazarse por la de disciplina jurídica. Siendo lo primero o lo segundo, al hablarse de derecho de seguridad social, puede también entenderse el estudio estructurado de una parcialidad del ordenamiento que cuenta con campo conceptual, criterios orientadores e interpretativos, instituciones que lo materializan y jueces competentes propios, en este caso específico la parcialidad del ordenamiento es la seguridad social.

1.1.1.3. *Derecho de seguridad social en sentido subjetivo.* Es, como todo derecho subjetivo, “la facultad, poder, autorización o situación, que la norma jurídica confiere y garantiza a las personas para obrar o abstenerse de obrar, sobre los bienes o ante las demás personas [inclusive el estado] a fin de que puedan satisfacer sus necesidades, en armonía con el bien común”<sup>8</sup>, i.e. la potestad que tiene la persona de exigir a otro una conducta determinada.

---

<sup>6</sup> ALMANSA PASTOR, José Manuel, Citado por ARENAS MONSALVE. Op. cit., p. 56.

<sup>7</sup> ARENAS MONSALVE. Op. cit., p. 136.

<sup>8</sup> GONZÁLEZ JARAMILLO, Diana y URIBE RAMÍREZ, Andrés. Introducción al derecho: Teoría General. Pereira: Pixmap, 2004. p. 276

De manera específica el derecho de seguridad social es un derecho subjetivo público de los particulares ante el estado, toda vez que en éste recae la obligación de garantizar a aquellos la seguridad social; a su vez también es un derecho subjetivo originario, pues “es inherente a la persona y tienen la particularidad de que no provienen de nadie”<sup>9</sup>, pero también cuando se particularizan las prestaciones y beneficios que crea y regula el derecho de seguridad social (en sentido objetivo) se convierte en un derecho subjetivo derivado ya que surge como resultado de las conductas del hombre.

El hecho de que la seguridad social sea un derecho subjetivo significa que “la persona tiene derecho a la seguridad social específicamente cuando su situación de hecho se enmarca dentro de las normas del sistema de seguridad social. En ese momento, la seguridad social, en cuanto a derecho subjetivo, se convierte en derecho exigible: su titular tiene la posibilidad de reclamarlo de (sic) los sujetos obligados a su reconocimiento y puede acudir a la jurisdicción para hacer valer esa exigibilidad.”<sup>10</sup>

#### 1.1.1.4. *Derecho de seguridad social como derecho humano y fundamental.*

Desde un criterio material, que la seguridad social sea un derecho humano y fundamental, es una consecuencia de ser un derecho necesario para garantizar la vida digna de las personas en comunidad. También, ya partiendo de un criterio formal, por su consagración en tratados internacionales y a nivel constitucional en la gran mayoría de estados modernos, goza de la naturaleza de derecho humano, debido a lo primero, y de fundamental, debido a lo segundo. A manera de ejemplo de resaltada importancia, el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 consagra de manera expresa a la seguridad social como un derecho de tal índole.

Cada una de las acepciones puede ser usada en la distinción entre el derecho de seguridad social y el de seguros, y en cada momento se dará a entender en qué sentido se está haciendo uso del término.

#### 1.1.2. Seguridad social. Ha sido definida por varios autores de manera situacional o institucional-prestacional (i.e. como una institución o serie de prestaciones).

---

<sup>9</sup> Ibíd. p. 280

<sup>10</sup> ARENAS MONSALVE. Op. cit., p. 136.

En el primer grupo se encuentran definiciones como las propuestas por Sinfield o Bergham que la describen, el primero, “como un estado de completa protección en contra de la pérdida de recursos”<sup>11</sup> y el segundo como “una situación de completa protección frente al daño humano”<sup>12</sup>; ya en el siguiente grupo, es decir, el de las definiciones de carácter institucional-prestacional, se presenta la del Profesor Danny Pieters, quien describe la seguridad social como “un cuerpo de arreglos que moldean la solidaridad entre las personas que se enfrentan a (el riesgo de) la falta de ingresos (i.e. ingresos provenientes de remuneración laboral) o costos particulares”<sup>13</sup> y también la de Gerardo Arenas Monsalve quien trata la seguridad social como un “instrumento estatal específico de protección de necesidades sociales”<sup>14</sup>.

Para lograr el fin de diferenciar la seguridad social del contrato de seguro, no se partirá de una definición situacional, sino más bien de una visión institucional-prestacional de la seguridad social, toda vez que es la que más se puede asemejar al contrato de seguros, al derivarse de éste una indemnización (equiparable a una prestación) por la ocurrencia de un hecho riesgoso que había sido asegurado. Sin embargo, las definiciones situacionales, al reflejar la finalidad última de la seguridad social, serán de gran utilidad en el subcapítulo en el que se diferencian las finalidades específicas de ésta de la del contrato de seguro.

1.1.3. Seguros sociales. “Los seguros sociales son seguros obligatorios, de origen legal, gestionados por entes públicos y dirigidos específicamente a proteger necesidades generales derivadas de riesgos que afectan individuos determinados legalmente.”<sup>15</sup> Constituyen una etapa anterior a la seguridad social para la satisfacción de necesidades sociales.

Como ya se explicó<sup>16</sup>, su similitud con el contrato de seguro es una de las causas de que aún en la actualidad no haya suficiente claridad sobre las diferencias que existen entre la seguridad social y el contrato de seguro. Por

---

<sup>11</sup> SINFIELD, Adrian, Citado por PIETERS, Danny. Social Security: An Introduction into the Basic Principles. 2 ed. Holanda: Kluwer Law International, 2006. p. 2.

<sup>12</sup> BERGHAM, Citado PIETERS. Op. cit., p. 2.

<sup>13</sup> PIETERS. Op. cit., p. 2.

<sup>14</sup> ARENAS MONSALVE. Op. cit., p. 56.

<sup>15</sup> *Ibíd.* p.9.

<sup>16</sup> ...Véase 6to y 7to, párrafo en INTRODUCCIÓN.

esto es importante dejar claro que no es lo mismo hablar de seguridad social que de seguros sociales, ya que estos (a diferencia de la seguridad social), Marginan de la protección amplios sectores de la población, que también deberían ser protegidos... no se liberan del “espectro del seguro privado”, de modo que la protección queda condicionada al aseguramiento previo (afiliación), y dicho amparo se limita a reparar el daño o la necesidad previstos... la necesidad no es atendida en sí misma, ni en la medida de esta, sino que las prestaciones son proporcionales al valor de los aportes... Del cuestionamiento a las limitaciones de los seguros sociales, surge la noción de la Seguridad Social...<sup>17</sup>

Pero lo anterior no puede negar, en palabras del Profesor Arenas Monsalve<sup>18</sup> que el seguro social constituyó una superación de los límites del seguro privado, debido a que, aunque hizo uso de las técnicas básicas de éste, le dio un ingrediente social y lo protegió mediante la acción estatal intervencionista.

En la actualidad los seguros sociales son solo una de las herramientas utilizadas por el estado para cumplir con los cometidos de la seguridad social. A través de este escrito no se utilizará de forma indistinta las palabras seguridad social y seguro social, sino que cada vez que se use la una o la otra, se estará haciendo referencia específica a lo que se ha señalado que es lo primero y lo segundo.

## 1.2. CONTRATO DE SEGURO

En este subcapítulo no solo se expone el concepto de contrato de seguro, sino que, igual a como se hizo en el subcapítulo anterior, también se hace una aproximación al de derecho de seguros en su sentido objetivo y subjetivo (no en sentido científico o de disciplina por motivos que se explicarán en el capítulo siguiente y no como derecho humano y fundamental porque no está revestido por tales características).

1.2.1. Contrato de seguro. Su nombre incorpora su naturaleza jurídica: la de contrato. Y como todo contrato, se trata de un acto jurídico, i.e. “una manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir

---

<sup>17</sup> ARENAS MONSALVE. Op. cit., p. 10.

<sup>18</sup> *Ibid.* p. 4.

efectos jurídicos”<sup>19</sup>; en la clasificación de los actos jurídicos el seguro encaja en la de las convenciones, “que son los acuerdos de voluntades de dos o más agentes encaminadas a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas”<sup>20</sup>, ante las cuales los contratos son una subclasificación “cuyo efecto principal es la creación de obligaciones.”<sup>21</sup>

Las obligaciones específicas que busca crear el contrato de seguro son de carácter bilateral, toda vez que genera obligaciones recíprocas, es así como por un lado un sujeto que se denomina asegurador se obliga a asumir un riesgo consistente en tener que indemnizar la ocurrencia de un hecho incierto, a cambio de que otro sujeto denominado tomador se obligue a pagar una prima.

A grandes rasgos y de manera elemental el contrato de seguro se reduce a lo recién descrito, sin embargo cada ordenamiento en particular otorga características especiales al contrato de seguro y es así como, por ejemplo, para el ordenamiento colombiano sería adecuada una definición de contrato de seguro como la siguiente: “Seguro es un contrato consensual mediante el cual una persona jurídica denominada asegurador, debidamente autorizada para ello, asume los riesgos que otra persona, natural o jurídica, le traslada a cambio de una prima.”<sup>22</sup>

1.2.2. Derecho de seguros. No es excepción el derecho de seguros a las múltiples acepciones que conlleva la palabra derecho, por lo cual también se tiene que distinguir entre un sentido objetivo y subjetivo del mismo; toda vez que la ausencia de carácter científico del derecho de seguros será un tópico de diferenciación entre los dos derechos estudiados en esta monografía, se dejará para más adelante este análisis.

Frente al entendimiento como derecho humano y fundamental, basta con decir que el derecho a asegurarse, es decir, la posibilidad que tienen la personas de contratar un seguro, no puede ser considerado tal desde un punto de vista material por no tener relación alguna con la naturaleza del

---

<sup>19</sup> OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7 ed. Bogotá: Temis, 2005. p. 17.

<sup>20</sup> *Ibíd.* p. 43.

<sup>21</sup> *Ibíd.* p. 43.

<sup>22</sup> PALACIOS SÁNCHEZ, Fernando. Derecho de seguros. En: Seguros. Temas esenciales. 3 ed. Bogotá: Ecoe, 2007. p. 13

hombre o la posibilidad de vivir dignamente, ni tampoco puede serlo en sentido formal porque no ha sido consagrado como tal ni en instrumentos internacionales ni en constituciones nacionales.

1.2.2.1. *Derecho de seguros en sentido objetivo.* De la misma forma que se puede hablar de derecho de seguridad social en sentido objetivo, es posible hablar de derecho de seguros en el mismo sentido y predicar que es el conjunto de normas y principios que ordenan el contrato de seguro y específicamente las relaciones a que da lugar.

1.2.2.2. *Derecho de seguros en sentido subjetivo.* Aplica aquí la misma definición general para todo derecho subjetivo. Ya en lo particular, es un derecho subjetivo privado personal o de crédito ya que consiste, desde la perspectiva del tomador, en la obligación condicional del asegurador de indemnizar el daño ocasionado ante la producción de un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura para el asegurado; o desde el punto de vista del asegurador, en la obligación en cabeza del tomador de pagar la prima. En este sentido, los derechos subjetivos que existan en virtud del contrato de seguro son siempre derivados, pues provienen de la actividad del hombre y no porque sean inherentes a él. Son derechos subjetivos pues las partes tienen la potestad de exigir una conducta por parte de la otra y a acudir a la herramienta jurisdiccional para garantizar el cumplimiento por parte del otro así sea de forma coercitiva.

## 2. DIFERENCIACIÓN

Para llevar a cabo la labor principal de esta investigación, consistente en diferenciar la seguridad social del contrato de seguro, se optó por establecer unos tópicos a partir de los cuales se pueden mirar ambas instituciones y luego distar el resultado de lo observado en cada caso.

Los tópicos seleccionados son: naturaleza jurídica, finalidad y objeto, principios, y elementos y características. Algunos de ellos se subdividen a su vez por la naturaleza misma del tópico.

Debido a que las dos instituciones están estructuradas de manera sistemática, cada tópico, en mayor o menor medida, está relacionado con los demás, por lo cual a través del avance que se haga en la monografía se recalcarán algunas diferencias ya que hay características y principios tan propios de tanto la seguridad social como del contrato de seguro, que serán el punto de distinción en varios de los tópicos escogidos.

### 2.1. NATURALEZA JURÍDICA

Las diferentes acepciones propuestas para seguridad social y contrato de seguro cobran sentido al momento de determinar su naturaleza jurídica. La consecuencia de las múltiples definiciones es también una multiplicidad de naturalezas. Es por esto que en este tópico se diferenciarán las instituciones desde tres miradas diferentes: en relación a si son o no ciencias o áreas jurídicas independientes; en cuanto al tipo de derecho subjetivo que conllevan; y en cuanto a la condición contractual o no de cada una.

2.1.1. Seguridad social como ciencia jurídica independiente, frente al contrato de seguro como institución perteneciente al derecho comercial. En el mundo jurídico la seguridad social es un área completa y estructurada del ordenamiento (i.e. un sistema normativo compuesto de principios y reglas independientes y específicas establecidas para regular una realidad de relaciones concretas de la sociedad y subordinadas nada más que a las normas de mayor jerarquía y generales para el ordenamiento jurídico en su

totalidad), equivalente a las demás áreas de éste como lo son el derecho civil, el penal, el laboral, el comercial, entre otros. Precisamente por ser un área completa y estructurada es que es posible estudiar de manera científica e independiente a la seguridad social de las demás ramas del derecho y esto conlleva a que sea correcto referirse al derecho de la seguridad social como ciencia jurídica autónoma.

Aunque es posible hacer uso de la expresión derecho de seguros, bajo el uso del vocablo derecho en su sentido objetivo<sup>23</sup>, no se puede hablar de derecho de seguros como ciencia, toda vez que el derecho de seguros no es un área completa y estructurada en sí misma, sino que hace parte del derecho comercial. A esta conclusión se llega cuando, con base en la definición propuesta de área completa y estructurada, se ve que los principios y reglas que regulan la actividad aseguradora están subordinadas, además de a las normas generales que aplican y limitan al ordenamiento jurídico en su totalidad, también a los principios, reglas de orden público y demás imperativas que regulan el derecho comercial en general. A esta conclusión llega también el Profesor Joaquín Rodríguez Rodríguez cuando explica que

La denominación de derecho de seguros, como la de derecho bancario, la aceptamos en cuanto expresa unidad sistemática de exposición, pero si se quiere hablar de derecho de seguros en el sentido de disciplina jurídica autónoma, entendemos que no hay motivos suficientes para ello. El derecho de seguros, como el derecho bancario, sigue siendo un capítulo muy importante, con normas a veces peculiares, del derecho mercantil, sin que sea posible desglosarlo del mismo.<sup>24</sup>

Esta primera diferencia entre el derecho de seguridad social y el derecho de seguros afecta de forma profunda el estudio propio de cada uno, porque aunque existe una relación innegable entre todas las áreas que componen el ordenamiento jurídico, el derecho de seguridad social puede ser tratado con mayor independencia de las demás áreas, no sucede lo mismo en el derecho de seguros cuyo estudio siempre debe estar subordinado al conocimiento y manejo del derecho comercial.

#### 2.1.2. Seguridad social como derecho subjetivo absoluto y público de los particulares, frente al contrato de seguro y los derechos subjetivos privados

---

<sup>23</sup> ...Véase en 1.2.2.1.

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Citado por LÓPEZ BLANCO. Op. cit., p. 7.

personales o de crédito que de él se derivan. El derecho objetivo pasa a ser de carácter subjetivo cuando un particular pueda exigir a otro sujeto del derecho un comportamiento determinado en razón a lo dispuesto por el derecho objetivo. Tanto del derecho de seguridad social como del de seguros surgen derechos subjetivos para los particulares, pero los derechos subjetivos tendrán características diferentes según el caso.

La seguridad social es un derecho subjetivo absoluto toda vez que la potestad que tienen las personas de exigir los beneficios consagrados en la seguridad social se deriva, en un sistema de cobertura plena, de su condición como ser humano, i.e. el particular puede exigir de manera judicial que le sean otorgados las prestaciones que la ley consagre y a quien la ley consagre por el mero hecho de pertenecer a la especie humana. No se puede negar sin embargo que existen imposibilidades actuales de sistemas plenos de seguridad social, lo que ha conllevado a que solo un mínimo de beneficios otorgados por la seguridad social se constituyan realmente en derechos subjetivos absolutos (por lo general se limita a algunas prestaciones médicas) y que en el resto de los casos se confine el otorgamiento de ciertos beneficios a estar afiliado al sistema y en la mayoría de los casos a hacer contribuciones a éste, lo cual convierte a la seguridad social en un derecho subjetivo privado, i.e. el que se adquiere por motivos de una conducta anterior del sujeto que lo pretende.

Del contrato de seguro siempre se derivan derechos subjetivos privados personales porque la potestad que tiene el asegurador o el beneficiario de exigir al otro una conducta particular, en ningún caso se deriva de la condición de humano (que por cierto nunca es propia de una entidad aseguradora), sino que tiene su origen en la conducta realizada con anterioridad por el sujeto, conducta que es nada menos que la celebración del contrato de seguro. Así las cosas, en lo teórico, y en algunos casos prácticos, aunque tanto de la seguridad social como del contrato de seguro se derivan derechos subjetivos, la naturaleza de estos será diferente ya que, se reitera, el origen del derecho subjetivo a la seguridad social se encuentra en la condición de humano, mientras que en los derechos subjetivos que surgen del contrato de seguro son independientes de dicha condición y tiene su origen en actos jurídicos precedentes.

El derecho subjetivo a la seguridad social es además público, pues es obligación del estado garantizar la existencia y funcionamiento de un sistema

de cobertura de las contingencias sociales, ya sea a través de la prestación directa o indirecta del servicio, pero siempre conservando la calidad de garante y siendo entonces el sujeto pasivo por excelencia del derecho subjetivo a la seguridad social que tienen los particulares.

Por su lado en el contrato de seguro, dependiendo de si se está frente a un derecho subjetivo que surge a favor del asegurador o del tomador o asegurado, la obligación estará en cabeza de la otra parte contractual, pero nunca en cabeza del estado y es por esto que de nuevo la naturaleza de los derechos subjetivos que surgen para cada uno de los derechos analizados es diferente.

2.1.3. Seguridad social como institución y serie de prestaciones, frente al seguro como contrato. En el capítulo de conceptualización se presentaron los objetos de regulación por parte del derecho de seguridad social y del derecho de seguros. Se describió la seguridad social como institución o serie de prestaciones y al seguro como contrato. Al superarse el concepto de seguro social por el de seguridad social, aparece una diferencia entre esta última y el contrato de seguro consistente en que éste se limita a ser una convención de la cual se derivan unas obligaciones recíprocas puntuales encaminadas a que el asegurador indemnice el daño producido al asegurado con la realización del riesgo objeto de cobertura, obligaciones enmarcadas dentro del ámbito de aplicación de las normas propias del derecho privado y la teoría general de los contratos, mientras que la seguridad social está constituida no por una simple relación de protección frente a una contingencia en particular, sino por toda una serie de prestaciones que buscan cubrir de manera integral todas las contingencias que pueden menoscabar la dignidad con la que debe contar la vida humana.

La seguridad social es entonces un concepto mucho más amplio que el de seguro, porque en éste, cada cobertura que se hace de un riesgo es independiente de las otras que se puedan amparar, mientras que en aquélla, se trata de una sola institución que busca integrar todas las prestaciones definidas por el estado que busca garantizar unas condiciones de vida mínimas a todas las personas.

La forma integral en que se describe a la seguridad social, no es barrera para que las prestaciones puedan ser otorgadas por actores diferentes dentro del

sistema, pues todo parte de una misma política inequívocamente encaminada a la protección de la dignidad humana.

## 2.2. FINALIDAD Y OBJETO

El homo sapiens y los homínidos que lo precedieron han encontrado en el grupo social el apoyo indiscutible para la existencia, i.e. para la satisfacción de sus necesidades. Éstas en su estado primitivo se podrían dividir en dos: las biológicas y las de protección; era a través del trabajo propio y de la dependencia en el trabajo del resto de los miembros del grupo social que se propendía para su satisfacción y desde entonces el hombre ha buscado garantizar dicha satisfacción de sus necesidades de diversas formas. Ya en la introducción se traía a colación las propuestas del Profesor Almansa Pastor<sup>25</sup> quien señala que después del trabajo individual, el hombre acude a la asistencia y a la previsión para la satisfacción de las necesidades sociales; dentro de la previsión ubica al contrato de seguro y luego explica cómo a partir de éste surge la idea de los seguros sociales. Señala que la seguridad social es la última y más ideal herramienta para la protección de las personas y para garantizar la cobertura de sus necesidades y que hace uso tanto de la asistencia como de la previsión para el cumplimiento de sus objetivos.

Existen múltiples ejemplos en la historia de instituciones que procuraban la protección de las personas, El Profesor Fernando Palacios Sánchez<sup>26</sup> cuenta como en el código de Hamurabi se regulaba una forma de unión de viajeros para protegerse del riesgo que representaban los malhechores en el desierto, también en él y en el Talmud se preveía una asociación, en la cual, con la unión de todos los miembros se reparaba la pérdida de una nave con la entrega de otra; en la *collegia militum* en Roma, se amparaba los gastos de viaje del militar y se le proveía de un capital cuando se retiraba, o en caso de muerte no en batalla se daba dicho capital a sus herederos; o en las gildas medievales había mecanismos de protección que no permitían que quedara en la miseria un cofrade víctima de un siniestro. En adición a estos ejemplos, históricamente tanto el contrato de seguro como la seguridad social tienen un origen específico. En el caso del seguro, este se remonta a la práctica iniciada por los mercaderes

---

<sup>25</sup> ALMANSA PASTOR, José Manuel. Derecho de la seguridad social. Citado por ARENAS MONSALVE. Op. cit. p. 3-11.

<sup>26</sup> PALACIOS SÁNCHEZ. Op. cit., p. 4-6.

florentinos, genoveses y venecianos del siglo XIV; mientras que en el caso de los seguros sociales (que como se ha dicho permiten la posterior aparición de la seguridad social) su origen se encuentra en las políticas públicas alemanas diseñadas por Otto von Bismarck.

En este sentido existe una finalidad originaria de proteger o amparar los riesgos y necesidades de las personas en la cual convergen tanto la seguridad social como el contrato de seguro, sin embargo a partir de esta necesidad, de la cual surgieron no solo estas dos, sino muchas otras instituciones adicionales, han aparecido finalidades específicas a cada una de las herramientas que protegen a las personas contra las pérdidas o dificultades originadas en las diferentes contingencias sociales o hechos riesgosos.

En adición a la finalidad originaria común, la seguridad social tiene la de garantizar la protección de las personas mediante la distribución solidaria de los riesgos; por su parte el contrato de seguro tiene como finalidad indemnizar la pérdida causada por la realización del riesgo asegurado. Esto se debe a que la seguridad social ha nacido como una respuesta del estado a la necesidad de brindar a las personas condiciones dignas de existencia y no como el contrato de seguro que tiene su origen en la iniciativa privada de lucrarse a cambio de la prestación de un servicio de aseguramiento de hechos riesgosos a terceros que deseaban prevenir el detrimento patrimonial.

La finalidad de la seguridad social descrita de forma exhaustiva sería la siguiente:

La seguridad social entendida en sentido amplio e integral pretende proteger al hombre de los riesgos naturales, fisiológicos, sociales y laborales a los que está expuesto y que en conjunto atentan contra la calidad y dignidad de la vida humana o contra ésta misma; protección que se proyecta hacia la prevención de aquéllos, a la reparación de los daños causado en el evento de su concreción, a la recuperación de la capacidad económica disminuida como secuela de los mismos y al otorgamiento de todos los medios necesarios para el logro y mantenimiento de esa misma dignidad de la vida del hombre.<sup>27</sup>

De la finalidad de la seguridad social propuesta por el Profesor Cerón del Hierro se pueden colegir las diferencias que se quieren resaltar entre las instituciones que se comparan. Si bien el hombre busca en el contrato de seguro protección contra riesgos naturales, fisiológicos, sociales y laborales, no es requisito en dicho contrato que los riesgos atenten contra la calidad o dignidad de la vida humana o

---

<sup>27</sup> CERÓN DEL HIERRO. Op. cit., p. 221.

contra ésta misma. Es por esto que no importa si se logra o no el mantenimiento de la dignidad de la vida del hombre, el asegurador cumple con su obligación al pagar la indemnización pactada al inicio del contrato.

A su vez el contrato de seguro en su forma más elemental sólo se proyecta a la indemnización del daño causado ante la concreción del resigo asegurado; la prevención de estos, solo hace parte de la actividad aseguradora en caso de que favorezca económicamente los intereses del asegurador.

Ya de manera más específica la “seguridad social y la previsión social tienen por objeto la protección de la población contra las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica.”<sup>28</sup> Si se mira las coberturas “clásicas” que han ofrecido los sistemas de seguridad social, se verá que por un lado se encuentra la protección a las situaciones que afectan la capacidad económica de las personas, es así como los sistemas de pensiones buscan suplir los ingresos que se han dejado de obtener, ya sea por incapacidad de continuar trabajando (por invalidez o vejez) o porque ha muerto la persona que aportaba al hogar dichos ingresos, lo mismo pasa con los subsidios o prestaciones otorgadas por desempleo, enfermedad o costos familiares; por otro lado están los sistemas que ofrecen atención en salud ante los hechos que menoscaban el bienestar físico y mental de las personas.

La diferencia en cuanto a la finalidad entre la seguridad social y el contrato de seguro no se limita a lo anterior, también en cuanto a las herramientas a las que se recurre para cumplir con dicha finalidad se encuentra una importante diferencia. Citando de nuevo al Profesor Arenas Monsalve, el “ser humano intenta atender a sus necesidades, en primer término, acudiendo a su propio esfuerzo, principalmente a través del trabajo que le proporciona los recursos para satisfacerlas. Pero también la capacidad de prevención del individuo, así como la solidaridad humana, ofrecen mecanismos adicionales para la atención de necesidades sociales.”<sup>29</sup> Aunque ni la seguridad social ni el contrato de seguro buscan remplazar al trabajo como primera herramienta de satisfacción de las necesidades del ser humano, sino que son mecanismos de apoyo subsidiarios, la seguridad social, para el cumplimiento de su propósito específico integra tanto la prevención del individuo como la solidaridad humana, mientras que dentro de la actividad aseguradora la prevención es una de las herramientas básicas

---

<sup>28</sup> *Ibíd.* p. 223.

<sup>29</sup> ARENAS MONSALVE. *Op. cit.*, p. 3.

tendientes a la disminución de los siniestros y la solidaridad no es integrada al conjunto de estos instrumentos.

### 2.3. PRINCIPIOS

Tanto para la seguridad social, como para el contrato de seguro existen una serie de principios que propenden por regularlas y dirigir las de manera general. En este subcapítulo se hará referencia a principios de ambas instituciones, primero explicando lo que persigue dentro de la institución a la que le es propio y luego comparando con la otra institución para determinar si también en ella es considerado o si por el contrario no la rige de manera alguna.

En este escrito por principio se entenderá: normas jurídicas, consistentes en valores dotados de juridicidad, que dirigen y limitan las demás normas del ordenamiento jurídico (o en este caso del derecho de seguridad social o de seguros), con el fin de que se organice la sociedad de acuerdo con el sistema de valores que le es propio y cuyo obligatoriedad está condicionada a las posibilidades jurídicas y fácticas.

Se dejarán por fuera los principios que para nada ayuden en el proceso de diferenciación. Los principios que se estudian son solidaridad, universalidad, unidad, proporcionalidad y ubérrima buena fe.

2.3.1. Solidaridad. Como principio dentro de la seguridad social es tan importante que es incluido por la mayoría de los autores dentro de la definición de la misma.

La trascendencia de la solidaridad en la seguridad social es tal, que el Profesor Danny Pieters<sup>30</sup> al enfrentarse con la pregunta de si las técnicas de “solidaridad” de los seguros individuales-privados deberían ser incluidas en el concepto de seguridad social, señala que en el aseguramiento privado de algún riesgo social (contingencia) el elemento de solidaridad es demasiado débil y que el elemento de azar de estos contratos es muy manifiesto para ubicarlos dentro de la seguridad social, con lo cual da a entender que es en gran parte gracias a la solidaridad que se distingue una institución de la otra.

---

<sup>30</sup> PIETERS. Op. cit., p. 4.

Se trata de un principio determinante porque a través de él se materializa la finalidad estatal de redistribuir la riqueza por la cual propende la seguridad social. La solidaridad como principio de la seguridad social hace que los sistemas sean viables, toda vez que se distribuye los costos que acarrea la ocurrencia de las contingencias y permite la protección de todos los afiliados así su capacidad individual de aportar al sistema fuese por si sola insuficiente para poderle proveer la protección necesaria para el mantenimiento de su dignidad.

En razón a la solidaridad es que “los aportes obligatorios al sistema de la seguridad social deben hacerse en proporción a la capacidad económica de cada individuo, pero los beneficios que se deriven del mismo deben ser iguales para todos los destinatarios, en tal forma que, en el reparto general, por vía de solidaridad, los que menos tienen o los que nada poseen reciban, por vía indirecta, de quienes más pueden en términos de ingreso.”<sup>31</sup>

Tan importante principio de la seguridad social no puede predicarse que rijan el contrato de seguro.

Las aseguradoras, como entidades que funcionan en el sector privado y financiero, propician por la rentabilidad y estabilidad de su negocio con miras a que la actividad que realicen sea remunerada y genere ganancia, haciendo uso del control y difusión de los riesgos entre sus múltiples asegurados para obtener la viabilidad financiera de la compañía, lo cual les permite garantizar de manera efectiva los derechos de sus asegurados derivados del contrato suscrito. Sus dividendos dependen de que acierten los cálculos actuariales según los cuales con X cantidad de primas de valor Y y con una probabilidad Z de siniestralidad, se tendrá suficiente dinero para indemnizar los daños causados por los hechos riesgosos que sí sucedan, sufragar los costos operativos y garantizar ganancias.

En apariencia, se asemejan las técnicas de esparcimiento utilizadas en la seguridad social con las propias de la actividad aseguradora, ya que con ambas se propende (aunque sea de manera parcial) por la estabilidad y viabilidad del sistema respectivo; las diferencias sin embargo son importantes: el esparcimiento del riesgo entre los afiliados al sistema de seguridad social,

---

<sup>31</sup> CERÓN DEL HIERRO. Op. cit., p. 228.

funciona a favor de aquéllos y no de éste, la solidaridad, como se señaló, más que asegurar lucro al sistema, se enfoca en garantizar la cobertura a toda la población (o a los afiliados dependiendo del nivel de universalidad del sistema), así existan personas cuya capacidad de contribución fuese tan poco (o incluso nula) que para un seguro privado resultara inasegurable; es por esto que en los sistemas de seguridad social (sobre todo en el sector de salud) no es posible negarle la afiliación a ninguna persona. Completamente diferente a lo que pasa en el contrato de seguro, donde el esparcimiento del riesgo funciona a favor de la aseguradora y no de los asegurados, esto precisamente porque no se solidariza la cobertura de riesgos; en el negocio asegurador las primas solo van a fondos comunes desde la perspectiva del asegurador, pero para el tomador y el beneficiario del seguro, su derecho permanece individualizado del de los demás tomadores y beneficiarios, y en ningún momento existe una redistribución de riquezas, es en virtud de esto que las aseguradoras sí pueden decidir no contratar con algunos individuos, si consideran que su capacidad económica no es suficiente para soportar los costos de la prima.

La solidaridad sin embargo no puede llevar a la inviabilidad financiera de los sistemas de seguridad social. Este punto se mirará más adelante cuando se trate el principio de proporcionalidad.

La solidaridad le da su carácter de social a la seguridad social y la diferencia en extremo, del contrato de seguro que es de corte individualista, en tanto es suscrito entre partes y tiene efectos y consecuencias solo para éstas, y por lo tanto es completamente opuesto.

### 2.3.2. Universalidad. Como principio contiene el propósito de que la cobertura de la seguridad social sea para todos.

Aunque en muchos estados aún no pasa de ser un ideal, pues resulta, por la circunstancias económicas actuales, inaplicable a la mayoría de las coberturas ofrecidas, en la teoría el principio de universalidad revierte una doble importancia por dos motivos: el primero, constituye una meta a futuro por la cual deben propender todos los sistemas nacionales de seguridad social; el segundo, establece un nuevo elemento diferenciador entre la seguridad social y los seguros sociales, ya que en estos últimos la protección que se ofrecía era solamente al trabajador asalariado (tal vez incluso a su

familia), dejándose desprotegido al resto de los integrantes de la sociedad. Por esto último este principio evidencia un gran avance de la seguridad social con respecto a los seguros sociales.

El principio de universalidad no resulta en nada aplicable al derecho de seguros. Por regla general la naturaleza consensual y voluntaria de los seguros conlleva a que las aseguradoras no tengan que propender por el aseguramiento de todo el mundo, ni que todas las personas tengan de forma obligatoria que contratar seguros a su favor (son excepciones a esta regla, como lo indica su nombre, los seguros obligatorios).

El análisis de este principio no finaliza aquí. La universalidad como se acabó de mirar, es universalidad entendida en sentido subjetivo, pero también es posible hablar de universalidad en sentido objetivo, i.e. que la seguridad social ofrezca cobertura de todas las contingencias (en algunos casos se conoce con el nombre de principio de integralidad). De este ideal se está más lejos que del de universalidad en sentido subjetivo y en muchos ordenamientos, al hablarse de universalidad, solo se está haciendo referencia a ella de acuerdo con la primera concepción explicada. Se podría decir que el sector asegurador está más cerca de una universalidad objetiva, debido a que ofrece pólizas que aseguran un sin número de hechos riesgosos, sin embargo, no se puede abarcar la totalidad de riesgos existentes y la razón que motiva a que se creen gran cantidad de pólizas diversas, no responde a un principio de universalidad del derecho de seguros, sino a las condiciones del mercado que presentan en nuevos riesgos, nuevas posibilidades de negocio.

2.3.3. Unidad. Este principio propende por un régimen único o unidad de políticas, instituciones y regímenes. Se debe aclarar que no es un principio que se predique en todos los sistemas nacionales de seguridad social, por lo cual, aquí se plantea como idea conveniente para mejorar la organización y optimización de los diferentes sistemas nacionales.

El desarrollo de las instituciones que a través del tiempo han llevado a la conformación de la seguridad social como hoy la entendemos, no ha sido uniforme. En diferentes momentos y por diferentes motivos, han nacido esquemas encaminados a la protección de necesidades fundamentales de las personas, lo que ha conducido a que en muchos países no haya unidad de régimen, políticas o instituciones.

Hoy en día, la estructuración de la seguridad social como área independiente del ordenamiento jurídico, que cuenta con una serie de principios y reglas propias, debe conducir a la unidad de todas las políticas públicas de seguridad social para poder garantizar que todas se rijan de la misma manera por dichos principios, esto sin desconocer que las necesidades cubiertas o protegidas por la seguridad social, son en algunos casos de tan diversa índole, que siempre deben existir normatividades especiales que permitan el desarrollo específico de cada cobertura. Esta es la idea por la que propende el principio de unidad en los ordenamientos en los que ha sido consagrado.

Cabe preguntarse si sería conveniente dar aplicación a este principio frente al derecho de seguros. Como más adelante se analiza<sup>32</sup>, el derecho de seguros aunque es de carácter privado, reviste un interés público debido a que capta dineros del público y los caudales que recolecta son de tal tamaño que lo vuelven en uno de los actores más importantes de los mercados financieros. Por lo tanto, no le debe ser permitido a cualquier persona actuar como asegurador, y cada estado se debe preocupar por unificar hasta cierto punto la forma en que debe desarrollarse la actividad aseguradora.

En general puede decirse que todo en derecho (entendido éste en sentido objetivo) se debe propender por que haya un cierto grado de unidad entre todas las instituciones que regula y por esto es un principio que debe aplicarse en el derecho de seguridad social y el de seguros, aunque tiene razones específicas diferentes para ser aplicado dentro de cada uno.

2.3.4. Proporcionalidad. En el contrato de seguro, el principio de proporcionalidad se predica entre la prima y la indemnización. Este principio del derecho de seguros, va en contravía del principio de solidaridad que rige la seguridad social, ya que lo que procura, es asegurar la viabilidad de la actividad aseguradora. Es gracias a la proporcionalidad, que para las compañías aseguradoras es rentable asumir los hechos riesgosos de las personas, a cambio de que les paguen una prima y a su vez, es rentable para los tomadores pagar una prima, a cambio de que deje de estar en cabeza suya el riesgo de que ocurra un hecho que le acarrearía a ellos o un tercero unas consecuencias económicas indeseables.

---

<sup>32</sup> ...Véase en 2.4.1.

Este principio va ligado a la finalidad indemnizatoria del contrato de seguro y a su estructuración como negocio y por lo tanto no puede ser aplicado a la seguridad social, ni la puede regir, ya que ésta, como se explicó en el capítulo anterior, tiene una finalidad específica diferente.

Sin embargo, como se anticipó cuando se habló del principio de solidaridad, los sistemas de seguridad social también deben procurar y efectivamente lograr ser viables a nivel financiero. La importancia para la sociedad de los sistemas de seguridad social, obliga a que estos deban equilibrar el cumplimiento de los principios que se han expuesto, con las posibilidades económicas nacionales, pues de no tenerse esto en cuenta, la inviabilidad financiera acabaría con los sistemas al convertirse en una carga insostenible para el estado.

La realidad conlleva entonces a que en muchos países se esté adoptando en la legislación social, principios que propendan y obliguen a considerar la viabilidad financiera al momento de tomar decisiones o establecer los parámetros o políticas sociales a seguir. En la actualidad son estos problemas económicos los que más aquejan a los sistemas de seguridad social debido al aumento en la expectativa de vida de las personas y los altos costos de los nuevos tratamientos médicos.

2.3.5. Ubérrima buena fe. Como principio general del derecho, normalmente se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico como principio de la buena fe, sin embargo, “dentro del campo que abarca el seguro el concepto adquiere connotación más estricta porque, a diferencia de muchos contratos en que la habilidad o suspicacia de las partes pueden llevarlas a obtener ciertas ventajas amparadas por la ley, en el contrato de seguro [...] son drásticamente sancionadas conductas acaso irrelevantes en otros negocios jurídicos.”<sup>33</sup> La consecuencia a la falta de este principio por parte del tomador, es normalmente la pérdida de su derecho a la indemnización, si esta se hubiera llegado a causar por el acaecimiento del hecho riesgoso.

La ubérrima *bona fides*, como también es conocida, aunque no ha sido desarrollada por los doctrinantes del derecho de seguridad social con la

---

<sup>33</sup> LÓPEZ BLANCO. Op. cit., p. 57.

misma intensidad que por los del derecho de seguros, también debe considerarse como un principio de máxima importancia dentro del derecho de seguridad social, toda vez que si las partes actúan sin ella, sus actos son defraudatorios del interés de toda la comunidad. De nuevo se trae a colación el principio de solidaridad, pues, se reitera, éste es el que permite el sostenimiento del sistema, por lo tanto actuar de mala fe, i.e. tratando de estafar al sistema, impide la repartición de las necesidades entre todos los miembros de manera solidaria y se imposibilita el correcto funcionamiento de la seguridad social.

El principio de la buena fe, aunque por motivos diferentes, debe regir las dos instituciones estudiadas.

## 2.4. ELEMENTOS Y CARACTERÍSTICAS

Dentro del tópico que se ha denominado elementos y características se hace, como bien lo dice el rótulo, de dos componentes: por un lado, de adjetivos con los que comúnmente se califica al derecho, como lo son las palabras público o privado, o irrenunciable o transigible; por el otro, de los sujetos y elementos que permiten que se esté frente a una institución y no otra, e.g. contingencia o riesgo, o cotización o prima, entre otros.

Para todos los casos, excepto el último, se utiliza la metodología del contraste, i.e. se muestra el elemento o la característica propia de la seguridad social o del contrato de seguro y luego se señalan las diferencias que existen con el que sería su equivalente o “sinónimo” en la otra institución. Se hace la salvedad que para evitar repeticiones innecesarias, no se tratarán en este subcapítulo todos los elementos o características de ambas instituciones, porque se considera que, en capítulos anteriores se ha hecho alusión al tema o porque son elementos o características a partir de los cuales, no se puede diferenciar a la seguridad social del contrato de seguro y por lo tanto, resultan irrelevantes frente al presente estudio.

2.4.1. Seguridad social como derecho público, frente al contrato de seguros como institución del derecho privado. Para explicar la diferencia que existe entre el derecho de seguridad social y el de seguros en este punto, hay que clarificar

que significa que un derecho sea público o que sea privado y como, en la actualidad, los límites entre una y otra clase han perdido claridad.

Por derecho público (en sentido objetivo) se entiende el conjunto de normas que regulan la actividad y organización del estado y a su vez las relaciones entre éste y los particulares. Por derecho privado (también entendido en su sentido objetivo) se entiende el conjunto de normas que regulan las relaciones entre los particulares. A pesar de esto, hoy en día existen instituciones jurídicas que tienen elementos de uno y de otro, toda vez que la materia que regulan nació y se desarrolló bajo una naturaleza, pero con el paso del tiempo ha adquirido elementos de la otra (por lo general porque el estado ha intervenido las relaciones de los particulares). Este es el caso del contrato de seguro que, originado en el derecho comercial como institución del derecho privado y regido por el principio fundamental de la primacía de la autonomía de la voluntad privada, con el paso del tiempo ha resultado ser una actividad de interés público por que capta dineros del público, maneja grandes capitales y las operaciones financieras que realiza tienen gran incidencia en las economías nacionales y a su vez en la mundial.

El que la aseguradora sea una actividad de interés público, no significa que pierda su carácter de derecho privado; la autonomía de la voluntad privada sigue siendo determinante en la relación contractual y es por lo tanto un claro ejemplo de las instituciones jurídicas que nacidas en el derecho privado, adquieren tintes de público y resultan entonces en un derecho mixto.

No es así en la seguridad social que, no solo recauda dineros del público y maneja grandes capitales que influyen de gran manera las economías, sino que además, en vez de ser dejado a la autonomía de las personas el decidir si quieren o no hacer parte del sistema, el estado obliga a toda la comunidad a pertenecer a éste porque el derecho a la seguridad social va atado a la posibilidad de vivir dignamente y porque solo mediante un régimen en el que participen todas las clases sociales, es que es posible hacerlo sostenible mediante la solidarización de las contingencias.

En la constitución, organización, dirección y prestación de la seguridad social está siempre presente el estado. El derecho de seguridad social es entonces un derecho público por antonomasia.

La calidad de público del servicio prestado por los sistemas de seguridad social no es equiparable a hablar de un servicio estatal. En el último escenario, el servicio debe ser prestado directamente por el estado, lo cual no es el caso de la seguridad social, ésta es un servicio público, esto significa que puede ser prestado tanto directamente por el estado, como por particulares autorizados para ello, pero siempre bajo la vigilancia, control y total delimitación por parte de las políticas públicas.

La menor intensidad de la vigilancia y control y el hecho de que no es totalmente delimitado por parte del estado, hacen que el contrato de seguro no sea una institución de carácter público, sino privado, pero con vigilancia estatal.

La razón del carácter público de la seguridad social y no del contrato de seguro, es que la primera es movida por el interés social y por lo tanto es responsabilidad del estado, mientras que la actividad aseguradora es movida por el interés particular de lucro de las compañías que se dedican a su ejercicio.

2.4.2. Irrenunciabilidad u obligatoriedad. Existen dos razones que conllevan a que la seguridad social sea irrenunciable y obligatoria: la primera es que se trata de un derecho humano, por lo cual cada hombre por el simple hecho de su condición de tal, tiene derecho a la seguridad social y como derecho humano no le puede ser desconocido; la segunda es consecuencia del principio de solidaridad y la finalidad de redistribución de riqueza que cumple la seguridad social, porque para su correcto funcionamiento, ésta requiere que todos participen de ella y que así los que más pueden aportar, sufraguen el costo de los que poco pueden hacerlo o el de los que en absoluto pueden hacerlo.

Ahora, los seguros sociales y también la seguridad social son “*obligatorio[s]*, en el sentido de que surge[n] de una imposición normativa; la ley obliga a asegurar con independencia de la voluntad privada. Con esta característica queda superada la voluntad del aseguramiento y la autonomía de la voluntad para regular las cláusulas contractuales, que son caracteres típicos del seguro privado.”<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> ARENAS MONSALVE. Op. cit., p. 10.

En la contratación de un seguro, la voluntad de las partes juega un papel determinante, pues ésta es la que mueve a las partes a realizar la negociación, esto es consecuencia de que se esté frente a una institución de derecho privado. E.g. un individuo, consternado ante la posibilidad de que suceda un hecho riesgoso, de manera autónoma acude a una entidad aseguradora para negociar a cambio de cuánto, ésta, está dispuesta a asumir las consecuencias del acaecimiento de dicho hecho, si el individuo está de acuerdo con la propuesta de la aseguradora, sus voluntades confluirán encaminadas a que se celebre el contrato de seguro con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva. Esta realidad hace entonces que la seguridad social y el seguro privado sean profundamente diferentes, toda vez que el sujeto de la seguridad social acude a la entidad, no porque voluntariamente lo haya decidido, sino porque ha sido obligado a ello por el ordenamiento jurídico.

En la gran mayoría de estados existen excepciones a esta descripción general. Se trata de los llamados seguros obligatorios, estos en sí mismos merecen un estudio aparte, por lo cual aquí se limitará a decirse que las razones que conllevan a que haya seguros obligatorios, son diferentes a las ya expuestas que motivan a la obligatoriedad de la seguridad social, en cada caso particular se tendría que examinar cuál es la política detrás de la determinación de obligatoriedad del seguro específico. Sin embargo, el que exista excepcionalmente seguros obligatorios, no los equipara a la seguridad social en absoluto, toda vez que el resto de las diferencias en esta monografía expuestas, se mantienen sin importar el carácter de voluntariedad u obligatoriedad del seguro privado.

2.4.3. Contingencia frente al riesgo. El derecho de seguros ha desarrollado el concepto de riesgo como un adjetivo que describe hechos cuya ocurrencia es incierta, pero que llegados a ocurrir acarrearían un perjuicio patrimonial a un individuo. Es por esto que mediante el contrato de seguro, nace en cabeza del asegurador la obligación de asumir el riesgo, i.e. la posibilidad de que ocurra el hecho riesgoso y de que, llegado a ocurrir, indemnice el daño o perjuicio causado con la ocurrencia de dicho hecho. De esta forma, la obligación indemnizatoria de la aseguradora, es condicional por excelencia, ya que solo nace con el acaecimiento del hecho riesgoso; esto permite afirmar que el suceso, determina la entrada en acción de la protección ofrecida por el asegurador. La naturaleza contractual del seguro, también obliga a que,

además del acaecimiento del hecho riesgoso, deba existir una contraprestación a cargo del tomador y un acuerdo de voluntades previo, en el cual se pactaron las obligaciones recíprocas descritas.

La seguridad social “ha superado la noción de *riesgo*, propia de los seguros comerciales, y ha llegado al concepto de *contingencia* para señalar los eventos o circunstancias que determinan la protección del sistema.”<sup>35</sup> Para entender el concepto de contingencia, se debe partir de un sistema ideal de seguridad social, para luego, debido a que la realidad actual hace imposible un sistema con las características que se señalarán, limitarlo de manera que se proponga un esquema sí factible. Esta delimitación se logra mediante el concepto de contingencia.

A diferencia del seguro privado e incluso de los seguros sociales, en los cuales es determinante el establecimiento previo del hecho riesgoso asegurado y de la contraprestación a cargo del tomador, en

un estadio más avanzado el *seguro social* [léase seguridad social] asume que no es requisito para la protección que la relación jurídica se haya instaurado con antelación al evento, sino que basta que el acontecimiento tenga lugar para que se constituya la relación protectora. En esta concepción, entonces, al derecho le interesa el hecho que merece protección y la consecuencia a que da lugar, superando de esa manera la noción de riesgo y remplazando la noción de daño por la de *necesidad*: el seguro social [de nuevo léase seguridad social] más que reparar daños atiende necesidades.<sup>36</sup>

Las limitaciones económicas de los estados modernos, impiden que se aplique un sistema en el cual baste el acontecimiento del evento creador de necesidad para que se constituya la relación protectora, es por esto que el Profesor Arenas Monsalve<sup>37</sup> sólo plantea que se elimine la noción de riesgo y que se valga únicamente de la noción de necesidad, en un sistema de seguridad social plena; en un sistema de seguridad social contributiva (i.e. un estadio anterior al de la seguridad social plena) “se requiere delimitar, en primer término, el ámbito subjetivo de protección, de modo que la afiliación constituye el mecanismo para conocer quiénes son los sujetos protegidos y obligados por la seguridad social. Hay que delimitar igualmente las

---

<sup>35</sup> *Ibíd.* p. 39.

<sup>36</sup> *Ibíd.*

<sup>37</sup> *Ibíd.*

necesidades protegidas así como establecer un control sobre esas necesidades: el criterio controlador no es otro que el de las causas productoras de necesidades, es decir las *contingencias*.<sup>38</sup>

Las contingencias resultan determinadas entonces por dos factores: las necesidades que por política social cada estado ha decidido proteger, pero a su vez se delimita la necesidad, a cuando ha sido causada por unos hechos específicos, lo que conduce a que para determinar si se está en el ámbito de protección de la seguridad social, se debe establecer si la necesidad existente es una de las seleccionadas y si el hecho que la causó es uno de los señalados por la legislación; de confirmarse estos dos elementos se estará, por lo menos, dentro del ámbito objetivo de protección.

Debe hacerse la siguiente salvedad a la propuesta del Profesor Arenas Monsalve, en el estudio de los sistemas particulares de seguridad social, se encuentra que en amplios casos, el derecho subjetivo nace por los hechos de la afiliación (ámbito subjetivo de delimitación de la protección) y el acaecimiento del hecho (ámbito objetivo de delimitación de la protección), sin que se tenga que entrar a demostrar la existencia de la necesidad, por lo general, esta obligación solo existe en la asistencia social y no dentro del aseguramiento social (ambas herramientas clásicas utilizadas por la seguridad social para cumplir con sus cometidos).

Ya teniendo claridad sobre los conceptos de riesgo y contingencia, es posible concluir dos diferencias: en primer lugar, y como consecuencia del carácter público de la seguridad social y privado del seguro, los riesgos asegurados son aquellos que las partes, en el contrato de seguro, pacten como tales, mientras que en la seguridad social son los que determinen las políticas sociales de cada estado en particular; en segundo lugar, el riesgo es la posibilidad de ocurrencia del hecho, que llegado a suceder, causaría un perjuicio, mientras que en la contingencia, se analiza es, si el hecho que puede o no ocurrir, genera una necesidad.

2.4.4. Cotización frente a la prima. La prima constituye, en el contrato de seguro, la contraprestación y obligación principal del tomador del seguro. Es en virtud de aquélla que la entidad aseguradora acepta obligarse a, llegado a suceder

---

<sup>38</sup> Ibid. p. 40.

el hecho riesgoso, indemnizar los perjuicios o daños causados por éste. El monto de la prima es acordada por las partes, y por regla general es aquel que el asegurador propone, luego de haber hecho los cálculos actuariales pertinentes que le permitan saber cuánto debe cobrar para asegurar X tipo de hecho riesgoso, considerando cuántos de esos hechos asegurará, para que la operación le genere lucro. De una realidad como esta, es que surge el principio de proporcionalidad entre la prima y el riesgo, toda vez que el asegurador tiene interés en que las primas que recolecte sean suficientes para indemnizar los perjuicios que se causen con los hechos riesgosos que sí lleguen a suceder y que además se obtenga un excedente. Por su parte el tomador tiene interés en que el pago que realice como prima, no sea tan exorbitante que lo motive a más bien asumir él mismo el hecho riesgoso. Pero la libre disposición de las partes no se limita a esto, sino que va hasta el punto que el asegurador puede considerar algunos hechos riesgosos como inasegurables, pues no cree que pueda haber una prima suficientemente proporcional a un riesgo X.

No pasa lo mismo en la seguridad social, ya que el “principio de proporcionalidad entre la prima y el riesgo, que es fundamental en el seguro privado, está excluido en el seguro social [léase seguridad social], en el cual la institución gestora no lleva a cabo ninguna selección de riesgos y no exige primas más elevadas por los riesgos más graves.”<sup>39</sup> La cotización en la seguridad social, no pretende ser un precio a cambio del cual el sistema de seguridad social acepte asumir las necesidades originadas en contingencias sociales, sino que mediante ellas, se colabore a la financiación del sistema, cada individuo según su capacidad, y así encaminarse hacia una cobertura universal, en sentido tanto subjetivo como objetivo (i.e. de todas las personas y de todas sus necesidades), mediante la redistribución de la riqueza a través de la solidarización de las cargas que afectan a los individuos en su posibilidad de vivir dignamente.

La prima y la cotización son entonces figuras distantes la una de la otra, pues la primera es una contraprestación sin la cual no se originan los derechos subjetivos del asegurado, mientras que la segunda, no es más que el aporte que el sistema considera que cada uno debe hacer, según su capacidad, para poder garantizar a todos el derecho a la seguridad social.

---

<sup>39</sup> Ibid. p. 23.

2.4.5. Cotizante frente al tomador. Cuando se diferencié el elemento riesgo en el seguro, del elemento contingencia en la seguridad social, se hizo referencia al factor objetivo que delimitaba la protección; cuando se tratan los elementos cotizante y tomador, se está enfrente de los factores subjetivos de delimitación de la protección y frente a los sujetos sobre los cuales recaen las obligaciones que surgen en cada institución jurídica.

La diferencia entre el cotizante y el tomador se configura con respecto a la cotización, en el caso de los sistemas de seguridad social, o a la prima, en los casos del contrato de seguro, toda vez que en “el ámbito del seguro privado, la prima es pagada por el tomador de la póliza. En el seguro obligatorio, la cotización se impone al empleador y al trabajador. El empleador responde por la cotización obrera través de retenciones salariales.”<sup>40</sup> Aún hoy dentro de los esquemas contributivos de seguridad social, se mantiene el mismo esquema de los seguros sociales en los cuales se reparte la obligación de la cotización entre el empleador y el trabajador (ya que la mayoría de los esquemas contributivos parten de las relaciones de trabajo) y por lo tanto se mantiene la diferencia descrita. Sin embargo, como la cobertura de la seguridad social es por lo general más amplia que la de los seguros sociales, en muchos casos el cotizante no estará compuesto por la dualidad empleador trabajador, e.g. los trabajadores independientes que deben sufragar por si solos la totalidad de la cotización.

Adicionalmente, las cotizaciones no son la única forma de financiación de los sistemas de seguridad social, los aportes estatales constituyen un pilar fundamental en el sostenimiento del sistema, lo cual conlleva a que el estado pueda ser considerado como un cotizante indirecto o de segundo grado en los sistemas de seguridad social.

Algunas legislaciones también facultan que en el contrato de seguro la prima pueda ser pagada, no solo por el tomador de éste, sino a su vez por el asegurado o el beneficiario en caso de que estos sean personas distintas al tomador. Lo que diferencia a los tres es que el tomador es quien contrata el seguro, el asegurado es quien cuenta con el interés asegurable y el beneficiario es aquel que recibe la indemnización pagada por la aseguradora.

---

<sup>40</sup> Ibid. p. 23.

Estas observaciones permiten concluir que la figura de cotizante es mucho más amplia que la de tomador, porque la primera es integrada por más sujetos que la segunda, pero en últimas la gran diferencia radica de nuevo en la condición de público o privado de cada derecho, pues en la seguridad social los sujetos obligados a la cotización siempre son determinados e inamovibles, mientras que en el contrato de seguro existe la posibilidad de que diferentes personas interesadas cumplan con la obligación de pagar la prima.

En este mismo aparte en el que se está haciendo referencia al factor objetivo de protección, es importante comentar la figura del beneficiario porque también frente a estos, existe diferencia entre el derecho de seguridad social y el derecho de seguros.

Ya se dijo que en el contrato de seguro, el beneficiario es quien recibe la indemnización y que en muchos casos puede ser la misma persona del tomador, esto significa que no es necesariamente quien pague la prima, sino que puede ser la persona señalada por el asegurador, el tomador o la ley, dependiendo de las normas particulares que se apliquen en cada caso concreto. De forma diferente, en la seguridad social, los beneficiarios son señalados exclusivamente por la ley mediante el sistema de afiliación, pues éste regula quiénes hacen parte del sistema y cómo deben ser inscritos en éste.

2.4.6. Azar o incertidumbre. Es una característica del riesgo como elemento del contrato de seguro. Se trata de “la incertidumbre que puede referirse a si el suceso se presentará o no, o cuándo se presentará el suceso que fatalmente ha de ocurrir (p. ej. la muerte), [es] la base esencial del concepto de riesgo.”<sup>41</sup> Al ser el azar o la incertidumbre una característica configuradora del hecho riesgoso, y éste a su vez un elemento esencial del contrato de seguro, se tiene que concluir que no puede existir éste sin que exista aquél (el azar o riesgo). La razón de ser es que el lucro del asegurador depende de la posibilidad de no ocurrencia del hecho riesgoso, de tal manera que gane el valor de la prima, sin tener que desembolsar la indemnización que la ocurrencia del hecho daría a lugar. Esto conduce a que hechos cuya probabilidad de ocurrencia es tan alta, que la incertidumbre o el azar sean

---

<sup>41</sup> LÓPEZ BLANCO. Op. cit., p. 66.

llevados a una expresión mínima, no sean asegurados por las compañías competentes para ello.

Como se ha señalado, la finalidad específica de la seguridad social es completamente distinta a la del contrato de seguro, entonces la característica de azar o incertidumbre del hecho es reevaluada frente a aquella institución. La contingencia, concepto que reemplaza en la seguridad social el de riesgo<sup>42</sup>, se configura como se dijo por dos elementos: un hecho y que éste cause una necesidad; si el hecho es incierto o no, no tiene porque importar dentro de la seguridad social ya que lo que se busca es la protección del ser humano frente a las necesidades sociales.

Un ejemplo que permite hacer claridad sobre lo anterior es el siguiente: una persona acude a afiliarse al régimen de seguridad social que se encarga de brindar protección para satisfacer la necesidad de salud. Las condiciones con las que esta persona llegue al sistema, supongamos que en este caso la persona padece un tipo de cáncer terminal, en ningún momento impedirán su afiliación al sistema, ni le acarrearán un mayor costo, todo esto porque la seguridad social más que lucro, pretende garantizar la protección de la persona.<sup>43</sup>

Si un caso similar se presentase frente a una aseguradora, el resultado sería distinto: supongamos que la misma persona, en la misma condición descrita, acude a una aseguradora desando contratar con ella un seguro de vida. La inminencia de su muerte elimina hasta tal punto el elemento de azar del hecho riesgoso (que en este caso es cuándo ocurrirá el fallecimiento), que elimina la posibilidad de ganancia de la aseguradora y, por lo tanto, conlleva a que de ninguna manera se celebre el contrato que la persona deseaba.

Con esto queda demostrado entonces que la seguridad social y el seguro son diferentes también porque el azar hace parte fundamental de éste, más no de aquélla.

---

<sup>42</sup> ...Véase en 2.4.3.

<sup>43</sup> Esto no impide que se establezcan ciertos tiempos de cotización mínimos antes de que se pueda acceder a los servicios o prestaciones que ofrece en sistema con el fin de evitar la defraudación del mismo y garantizar la distribución de los riesgos de una manera tal que permita la viabilidad económica del sistema.

### 3. RELACIÓN

Este capítulo no está dedicado a mostrar las similitudes entre el derecho de seguridad social y el de seguros, pues no es éste el objetivo principal de esta monografía y porque además en el proceso de diferenciación, inevitablemente ya se visualizaron algunas similitudes. En este aparte lo que se pretende mostrar es de qué manera se pueden relacionar ambas instituciones, i.e. trabajar de manera conjunta.

Existen por lo menos dos grandes puntos en los cuales se relacionan la seguridad social y el contrato de seguro. Por un lado la finalidad general común a ambos; por el otro que la seguridad social puede acudir al contrato de seguro en múltiples ocasiones para cumplir con sus objetivos de brindar y garantizar protección a las personas que se enfrentan a las necesidades sociales.

Para explicar el primero, del cual ya se hizo una corta mención<sup>44</sup>, se recurre a la clasificación en tres pilares de los beneficios existentes para la cobertura y satisfacción de las necesidades sociales. De esta clasificación se hace uso sobretodo con respecto a la “jubilación”, pero aquí se hará de manera extensiva, de tal forma que sea válida para cualquier necesidad social.

Los Profesores Simon Frederiqc y Marcel Fontaine describen el sistema de clasificación de los beneficios de jubilación en pilares de la siguiente manera:

El estado suministra el primer pilar [...] Los otros pilares brindan recursos adicionales para llenar la brecha entre la pensión del estado y los ingresos perdidos. El segundo pilar consiste en planes de jubilación organizados por empresas o asociaciones profesionales para el beneficio de sus empleados o miembros jubilados. El tercer pilar es edificado individualmente por el interesado, quien puede ahorrar o tomar un tipo de cobertura de seguros para complementar los recursos que habrá de recibir a las dos fuentes anteriores.

En ocasiones se menciona un cuarto pilar. Se trata de la posibilidad de mantener algún tipo de actividad después de la jubilación.<sup>45</sup>

Esta clasificación ha presentado algunas limitaciones, no desconocidas por los Profesores recién traídos a colación. “Algunas situaciones son difíciles de

---

<sup>44</sup> ...Véase primer párrafo en 2.2.

<sup>45</sup> FREDERIQC, Simon y FONTAINE, Marcel. El seguro de vida en relación con las pensiones estatales y privadas. En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros. Marzo, 1995. No. 6, p. 111.

clasificar, y algunos planes dan lugar a interpretaciones divergentes respecto a su inclusión en alguno de los tres pilares.<sup>46</sup> Además, no hace referencia a todas las necesidades protegidas por la seguridad social, sino que se centra exclusivamente en la contingencia comúnmente conocida como vejez.

A pesar de que la clasificación no es siempre aplicable y que por lo general no se utiliza para hacer referencia a todas las contingencias, es de gran utilidad traerla a colación porque sirve para mostrar que frente al particular, tanto la seguridad social como el seguro privado son fuentes de seguridad. El hombre común y corriente en el transcurso de su vida, no se detiene a analizar, como aquí se ha hecho, las diferencias entre la seguridad social y el contrato de seguro, esto para él no guarda ninguna importancia, lo que le interesa es estar seguro de que no va a pasar necesidad y hará uso de todo lo que esté a su alcance para garantizarlo, e.g. una persona muere y como consecuencia el cónyuge supérstite obtiene, del sistema de seguridad social una pensión de supervivencia, y a su vez, de un asegurador una indemnización que había sido contratada por el difunto. Si no se genera problema alguno con ninguna de las dos entidades, ni la de seguridad social, ni la aseguradora, para la persona beneficiada no va a haber ninguna diferencia sustancial en la forma en que adquiere los dineros, pues ambos constituyen la ayuda que necesita. Este es pues el primer gran punto de relación entre la seguridad social y el contrato de seguro.

El segundo punto en el que se pueden relacionar la seguridad social y el contrato de seguro, es que el primero, para el cumplimiento de sus objetivos, puede hacer uso del segundo. Partiendo de que, en primer lugar, las entidades de seguridad social son constituidas en la mayoría de los países (si es que no en todos) con personería jurídica independiente, haciéndolas por lo tanto con derechos y obligaciones; y que, en segundo, mediante un contrato de seguro se puede asegurar cualquier riesgo, no solo los sociales, lo que conlleva a que se pueda asegurar riesgos tanto de las personas naturales como los de las jurídicas, entonces se puede concluir que las entidades de seguridad social pueden asegurar algunas de las obligaciones que tienen en su cabeza a través de contratos de seguro y efectivamente así sucede.

En la actualidad muchos confunden el derecho de seguros, con las empresas aseguradoras. Se debe ser cuidadoso en no incurrir en este error. El que una compañía aseguradora realice una actividad X, no convierte a esta actividad en

---

<sup>46</sup> Ibid.

objeto del derecho de seguros por el solo hecho de ser desarrollada por dicha compañía aseguradora y es por esto que si los sistemas nacionales invitan a las compañías aseguradoras a que hagan parte del sistema de seguridad social, aquellas entrarán a ser regidas, en lo que hagan concerniente a la seguridad social, por los principios y normas de la seguridad social.

Es en virtud de la relación existente entre el derecho de la seguridad social y el de seguros, que la diferenciación hecha de las dos figuras a través de este escrito cobra sentido e importancia, pues no siempre entre los sujetos involucrados en las relaciones reguladas por el derecho de seguridad social y el de seguros, habrá acuerdo y es función entonces de los juristas hacer distinción entre aquello que para la gente común cumple una misma finalidad para poder determinar cuáles son los derechos y obligaciones de cada parte y los principios y normas que regirán cada caso en particular.

#### 4. CONCLUSIONES

En este trabajo el objetivo fue diferenciar las dos instituciones, no demostrar la diferencia, esto se dio por hecho. Sin embargo, con el objetivo de diferencia en mente, se puede concluir que existen numerosos tópicos de los cuales se puede partir para demostrar y entender la diferencia entre el derecho de seguridad social y el derecho de seguros.

La seguridad social y el contrato de seguro no dejan de ser en últimas, medios de protección contra las adversidades que acarrearán una serie de hechos, pero sí son instituciones fundamentalmente diferentes. Por un lado se encuentra la seguridad social como una respuesta del estado para garantizarle a sus miembros protección en contra de las necesidades y por el otro aparece el seguro como una respuesta para el control y amparo de riesgos en general.

La diferencia en el origen de la protección y la razón que en cada caso la motiva, conlleva a que entre dos instituciones con una finalidad general idéntica, se configuren tantas diferencias como las expuestas a través del desarrollo de esta monografía y muchas otras que seguramente quedaron por fuera y que darán pie a nuevas investigaciones complementarias a la que se ha realizado.

Desde la diversidad de conceptos que se pueden exponer sobre lo que significa por un lado el derecho de seguridad social y por el otro derecho de seguros, es que se hizo evidente que se trata de dos porciones del ordenamiento jurídico manifiestamente diferentes: su objeto de regulación es distinto y los derechos subjetivos que de ellos se derivan también lo son. Esto conlleva, como se mostró, a que su naturaleza jurídica también sea fundamentalmente disímil.

Sus finalidades específicas conllevan a que los promotores de las actividades que regulan cada uno de los derechos sean personas jurídicas especialmente constituidas para ello y por lo tanto inconfundibles. Así también la especialidad de los principios significa que los sistemas normativos en su conjunto deben ser interpretados de manera distinta, siempre teniendo en cuenta el objetivo y la necesidad social que se busca satisfacer.

Sobre todo es importante destacar la solidaridad como principio fundamental dentro del derecho de seguridad social y que materializa las ideas de fraternidad que desde la revolución francesa procuran los estados. Este principio establece tal vez una de las más tajantes diferencias entre el derecho de seguros y el de seguridad social, pues aquél no tiene en su finalidad el objetivo de equilibrar las diferencias sociales.

El tiempo y la especialización han conllevado a que elementos o instituciones que los seguros sociales copiaron a los seguros privados, dentro de la seguridad social hayan tomado rumbos diferentes, lo que no permite hoy su confusión y que repercute en el entendimiento y creación de la normatividad que actualmente se expide en ambos campos.

El presente trabajo sólo constituye un primer paso en la diferenciación detallada de dos instituciones tan afines, pero tan diferentes, como lo son el derecho de seguridad social y el derecho de seguros. Aún resta estudios que profundicen tanto tópicos que quedaron por fuera de esta investigación, como artículos que se dediquen a analizar ordenamientos jurídicos en particular, para evidenciar de manera concreta como se cumple con las reglas generales aquí expuestas. También queda por hacerse estudios de derecho comparado para verificar la tendencia internacional de independizar el estudio de la seguridad social de las demás áreas del derecho.

En varios casos específicos dentro de cada ordenamiento nacional, aparecerán excepciones a los derroteros señalados y desarrollados en este trabajo, sin embargo la constitución de estas excepciones, ya sea dentro de figuras relativas a la seguridad social o relativas al contrato de seguros, solo se reflejará por regla general frente a uno o unos pocos de los puntos señalados, pero no frente a los demás (la mayoría) y por lo tanto sigue siendo válido hacer la diferencia entre las dos instituciones en cuanto a todos los elementos restantes.

De toda la diferenciación que se llevó a cabo, se debe concluir que el derecho de seguridad social hoy en día está mayormente enaltecido, en la medida en que se

ha logrado separar de su concepción inicial de derecho laboral o de seguro obligatorio y se constituye actualmente como un área jurídica en sentido propio derivado de la consolidación de los derechos sociales como derechos humanos. Lo que conlleva a que en las relaciones que se den entre ambas instituciones deba primar la principalística y reglamentación de la seguridad social, pero sin desconocer que el derecho de seguros ha aportado muchísimo a la consolidación del derecho de seguridad social, sobre todo a la configuración de los seguros sociales.

Sin embargo, estos aportes y relación no pueden permitir que se desconozcan las particularidades de cada uno, que en últimas generan gran diferencia. Es imperativo entonces que no se sigan confundiendo instituciones como los seguros sociales con la seguridad social, ni elementos de ésta con los del contrato de seguro, pues como se evidenció, no es lo mismo hablar de riesgo que de contingencia, de cotización que de prima, de cotizante que de tomador, entre muchos otros ejemplos que fueron desarrollados de manera minuciosa a través de la monografía.

El entendimiento de los jueces frente a estos temas toma gran importancia al ser entendida la seguridad social como un derecho humano y fundamental. Por esto no es suficiente que la doctrina desarrolle estos temas, sino que es menester que sea integrada a la jurisprudencia, pues solo de esta forma se garantiza una aplicación correcta y justa del derecho y por ende el cumplimiento de los fines estatales y las políticas sociales que en este momento se constituyen como pilares de los estados social demócratas y las ideas del liberalismo social.

La necesidad de diferenciar la seguridad social, no es solo con respecto al contrato de seguro. También es importante continuar con el trabajo de diferenciarlo del derecho laboral, del cual tanto tiempo fue apéndice debido a la relación ineludible que existió al principio entre los seguros sociales y las relaciones de trabajo. Y también encaminarse a hacer claridad de las diferencias que puedan existir con respecto a las otras áreas jurídicas.

En últimas, aunque apenas se están dando los primeros pasos frente a la ciencia naciente que es el derecho de seguridad social, se puede concluir que por lo

menos de cara al derecho de seguros, se tiene una amplia cantidad de elementos para diferenciar y distinguir la normatividad que regula cada una de las instituciones estudiadas. Esto significa que, solo como excepción se podrá considerar a los seguros como parte integrante del sistema de seguridad social de un estado y que en los casos en que ocurra, se deberán adaptar los seguros en cuestión, a los principios y reglas que regulan a la seguridad social.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica [online]. En: 4 Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, (septiembre de 1988: San Sebastián, España). España: Doxa 5, 1988. 13 p. Disponible en internet: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_07.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf)>.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. 2 ed. Bogotá: Legis, 2009. 757 p.

BENCLOWICZ, Óscar. La cobertura asegurativa de los riesgos laborales en La Argentina. En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros. Julio, 1997. No. 10, p. 223-238.

CERÓN DEL HIERRO, Antonio. El trabajo, el derecho laboral y la seguridad social en la Constitución Política de Colombia. Medellín: Diké, 1996. 250 p.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100. (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. (Versión reformada y actualizada a octubre de 2009).

COLOMBIA. EL PUEBLO DE COLOMBIA. Constitución política de Colombia. (4, julio, 1991). (Versión reformada y actualizada a octubre de 2009).

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Por el cual se expide el código de comercio. (Versión reformada y actualizada a octubre de 2009).

FREDERIQUE, Simon y FONTAINE, Marcel. El seguro de vida en relación con las pensiones estatales y privadas. En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros. Marzo, 1995. No. 6, p. 109-143.

GONZÁLEZ JARAMILLO, Diana y URIBE RAMÍREZ, Andrés. Introducción al derecho: Teoría General. Pereira: Prixma, 2004. 325 p.

INFANTE BARROS, Juan E. Los sistemas de pensiones en Iberoamérica: resguardos y protecciones del fondo de pensiones. En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros. Marzo, 1998. No. 11, p. 167-178.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Contrato de seguro. 3 ed. Bogotá: Dupré, 1999. 353 p.

OSORIO FALLA, Santiago. Reformas a la seguridad social en materia de pensiones en América Latina y su impacto en el sector asegurador. En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros. Agosto, 1994. No. 5, p. 185-201.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría general del contrato y del negocio jurídico. 7 ed. Bogotá: Temis, 2005. 607 p.

PALACIOS SÁNCHEZ, Fernando. Derecho de seguros. En: Seguros. Temas esenciales. 3 ed. Bogotá: Ecoe, 2007. p. 3-81.

PIETERS, Danny. Social Security: An Introduction into the Basic Principles. 2 ed. Holanda: Kluwer Law International, 2006. 137 p.

SERQUEIRA, Albarca. Seguros privados y previsión social. En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros. Junio, 1996. No. 8, p. 203-211.

VELÁSQUEZ PÉREZ, Jorge Alberto. Las perspectivas de las pensiones en Colombia y el tercer milenio. En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros. Agosto, 1999. No. 13, p. 227-238.

VELÁSQUEZ SIERRA, Mario. Divagaciones alrededor del seguro. Medellín: Díké, 1999. 380 p.

VENEGAS FRANCO, Alejandro. El nuevo sistema colombiano de pensiones. En: Revista Ibero-Latinoamericana de seguros. Julio, 1997. No. 10, p. 239-266.

**AUTORIZACIÓN DE DIFUSIÓN Y USO DE LOS TRABAJOS DE GRADO  
EN LA BIBLIOTECA FUNDADORES DE LA UNIVERSIDAD CES**

Entre quien(es) suscribe(n) este documento, a saber

Apellidos completos

Nombres completos

Vásquez Vega

Daniel

Mayor(es) de edad, identificado(s) como aparece al pie de mi (nuestras) firma(s), obrando en nombre propio, en calidad de autor(es) del trabajo:

Diferencias entre el derecho de seguridad social y el derecho de seguros

Presentado para optar al título de:

Abogado

A través de este acto manifiesto (amos) libre y espontáneamente lo siguiente:

**PRIMERO. DECLARACIONES.**

- En el contenido de nuestro escrito se respetaron todos los derechos morales y patrimoniales de autor en consecuencia no se transgredieron ni usurparon derechos de terceros.
- Asumimos toda la responsabilidad civil y penal que se derive de lo contenido en nuestro escrito, por ende exoneramos a la Universidad CES y a todos sus organismos, dependencias, empleados, mandatarios y/o representantes, de cualquier responsabilidad penal, civil patrimonial o extrapatrimonial que se derive en razón de nuestra obra.
- Las opiniones expresadas por los autores no constituyen ni comprometen la filosofía institucional de la Universidad CES.

**SEGUNDO. ENTREGA.**

Por medio del presente acto hago (hacemos) entrega a la Universidad CES del ejemplar del trabajo descrito con sus anexos de ser el caso en forma de:

- a. Monografía  b. Tesis de grado  c. Artículo de revista   
 d. Libro  e. Capítulo de libro  f. Informe de Avance   
 g. Informe de Investigación

En formato: Impreso  Digital

**TERCERO. AUTORIZACIONES.**

- a. Autorizo(amos) la difusión y puesta a disposición del público de nuestra obra en las instalaciones de la BIBLIOTECA FUNDADORES de la Universidad CES, o en donde esta lo señale, incluyendo medios electrónicos o digitales, ya sea a través de redes alámbricas o inalámbricas, o por el medio que la Universidad disponga para el efecto.
- b. Autorizo(amos) la utilización de nuestra obra con fines académicos, por lo cual delegamos en la universidad la disposición de los medios necesarios para ello, en la medida justificada para dicho fin.
- c. Se autoriza la difusión en texto completo SI  NO

**CUARTO.** Todo lo aquí estipulado se sujeta a las normas vigentes sobre la materia.

Para constancia de lo anterior y en señal de conformidad y aceptación, se suscribe el presente documento, en Medellín, a los 13 días del mes 11 del año 2009

  
 C.C. 1128276283

\_\_\_\_\_

C.C.

\_\_\_\_\_

C.C.

\_\_\_\_\_

C.C.

\_\_\_\_\_

C.C.

\_\_\_\_\_

C.C.