

LA RETICENCIA EN EL CONTRATO DE SEGURO EN COLOMBIA

ÁLVARO ARANGO PASOS

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2014**

LA RETICENCIA EN EL CONTRATO DE SEGURO EN COLOMBIA

ÁLVARO ARANGO PASOS

Monografía de grado como requisito para optar al título de abogado

**Asesor
JOSÉ SANTIAGO RENDÓN VERA
Abogado**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2014**

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	7
1. HISTORIA DEL CONTRATO DE SEGURO.....	8
1.1. Historia Internacional.....	8
1.2. Historia del seguro en Colombia.....	14
2. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES.....	25
2.1. Definición de seguro.....	25
2.2. Características del contrato.....	28
2.2.1. Contrato consensual.....	28
2.2.2. Contrato bilateral.....	31
2.2.3. Contrato oneroso	33
2.2.4. Contrato aleatorio.....	34
2.2.5. Contrato de ejecución sucesiva.....	35
2.2.6. Contrato principal.....	36
2.2.7. Contrato de buena fe.....	37
2.2.8. Contrato de adhesión.....	38
2.2.9. Contrato indivisible.....	39
2.3. SUJETOS DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL.....	40

2.3.1. Partes contratantes.....	40
2.3.1.1. El asegurado.....	40
2.3.1.2. El tomador.....	41
2.3.2. Terceros Interesados.....	45
2.3.2.1. El asegurado.....	45
2.3.2.1.1. El asegurado en los seguros de daños.....	46
2.3.2.1.2. El asegurado en los seguros de personas.....	47
2.3.2.2. El beneficiario.....	48
2.3.2.2.1. Beneficiario legal.....	49
2.3.2.2.2. Beneficiario contractual.....	50
2.4. ELEMENTOS ESENCIALES.....	51
2.4.1. Interés asegurable.....	52
2.4.1.1. En los seguros de daños.....	52
2.4.1.2. Elementos Integrantes del interés asegurable en el seguro de daños.....	53
2.4.1.3. En los Seguros de Personas.....	55
2.4.2. El riesgo Asegurable.....	57
2.4.3. La Prima o Precio del Seguro.....	61
2.4.4. La obligación Condicional del Asegurador.....	62

3. PROFUNDIZACIÓN A LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.....	64
3.1. Etapa precontractual en el contrato de seguro.....	64
3.2 La información y sus cargas.....	65
3.3. La ubérrima buena fe.....	67
3.4. El deber de declarar el estado del riesgo.....	70
3.4.1. Formas de Declarar.....	72
3.4.2. Sanción Por Errores en la Declaración.....	74
3.4.3. Tratamiento Jurisprudencial.....	74
4. LA RETICENCIA Y LA INEXACTITUD.....	82
4.1. La inexactitud.....	83
4.2. La reticencia.....	84
4.2.1. Clasificación.....	85
4.2.1.1. Reticencia o inexactitud sobre hechos relevantes.....	85
4.2.1.2. Reticencia o inexactitud sobre hechos irrelevantes.....	86
4.2.2. El error inculpable.....	87
4.2.3. Relación entre la reticencia o inexactitud y la causa del siniestro.....	88

4.2.4. Sanciones por incurrir en conductas inexactas o reticentes al declarar el estado del riesgo.....	90
4.2.4.1. La Nulidad Relativa.....	91
4.2.4.2. La retención de la prima.....	94
4.2.4.3. La reducción de la prestación asegurada.....	95
4.2.5. Régimen sancionatorio excepcional en los seguros de vida.....	97
4.2.6. Improcedencia de las sanciones.....	99
CONCLUSIONES.....	107
BIBLIOGRAFIA.....	109

INTRODUCCIÓN

Motivado por la trascendencia económica y social que ostenta la actividad aseguradora en el país, concebida como uno de los servicios financieros que soportan el peso de la economía nacional, he decidido emprender la tarea de determinar un aspecto relacionado con el contrato de seguros que me llama particularmente la atención. Este elemento es la determinación de lo que sucede cuando se proporciona información falsa o inexacta en la etapa precontractual del contrato de seguro, entendiendo que es en esta etapa, en la que la técnica jurídica aseguradora determina sus obligaciones basándose en la confianza legítima, en la lealtad y la exigencia de ubérrima buena fe de las partes contratantes, situación que identifica claramente a este modelo contractual de los demás contratos.

En razón de esto, se determina un objetivo claro para este trabajo: determinar el tratamiento jurídico que en la actualidad la doctrina, la normatividad y la jurisprudencia nacional dan a la reticencia e inexactitud que tiene lugar en la etapa precontractual del contrato de seguro.

Para lograr cumplir con ese objetivo trazado, se partirá de una determinación de un contexto histórico asegurador que haga posible comprenderlo desde sus formas más primitivas hasta su concepción actual, fase en la que se detallarán sus componentes esenciales haciendo especial referencia a la formación del consentimiento y la etapa precontractual de la actividad aseguradora, en la que habitualmente se presentan los vicios del consentimiento entre los cuales se encuentra la conducta reticente e inexacta. Dicho estudio finalizará determinando el tratamiento actual que la jurisprudencia le da a la figura de la reticencia, a sus características específicas y a los efectos que dicha conducta genera.

CAPITULO 1.

HISTORIA DEL CONTRATO DE SEGURO

Desde sus orígenes, el seguro fue concebido como una necesidad. Como un instrumento que permitía a los comerciantes disminuir el grado de especulación acerca del verdadero riesgo que existía al desarrollar el giro ordinario de sus negocios. Es por este motivo que surge el seguro como una alternativa jurídica en un principio arcaica, pero que con el paso del tiempo se ha convertido en uno de los modelos contractuales más regulados e influyentes en un contexto jurídico y social. Este capítulo abarcará el desarrollo del concepto de seguro hasta llegar al surgimiento del mismo dentro del contexto nacional colombiano.

1.1. HISTORIA INTERNACIONAL

El seguro, así como el derecho y muchas otras instituciones jurídicas tienen una particularidad especial, carecen de fecha de nacimiento. Es por esto que no hay una fecha específica que relacione cuándo fue la primera vez que se contrató un seguro. Sus orígenes determinan que este concepto fue producto del decantamiento o expansión de algunas prácticas que los seres humanos consideraron necesarias para regular riesgos personales y patrimoniales que poseían. Una vez las personas comienzan a tener esa necesidad de administrar sus riesgos, se presentan los primeros bosquejos del seguro y se comienza a explorar la posibilidad de que un tercero asuma al menos una proporción de los riesgos de otras personas.

Uno de los primeros vestigios que revelan la existencia de prácticas aseguradoras, se remonta cerca de dos mil años antes de Cristo, cuando Hammurabí el rey de Babilonia, creó el Código Hammurabí¹, un conjunto de normas rectoras que tenían

¹ HISTORIA CLASICA: El Código Hammurabí. [En Línea] <<http://www.historiaclassica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>>. [Consultado el día 23 de Febrero de 2014]

la intención de guiar las conductas de los ciudadanos de su reino. Este documento compuesto por 282 artículos es uno de los conjuntos normativos más antiguos hallados en la humanidad. En él además de regularse aspectos como la jerarquización de clases sociales, la vida familiar, el sistema de precios y los salarios, se consagró una norma que describe la unión de algunos viajeros con la finalidad de brindarse protección mutua del riesgo representado por los malhechores en el desierto. Dicha forma de asociación de viajeros consistía en que cuando alguno de los viajeros sufría daños a causa de los constantes actos de piratería, el resto del grupo se comprometería a repararlos, así entre todos compartirían las pérdidas sufridas.

Otro de los documentos relevantes históricamente en materia aseguradora es el Talmud², un texto que recogía las principales discusiones rabínicas sobre leyes judías, fue otro de los documentos más antiguos que reveló la existencia en la vida práctica de los seguros. En este texto se reveló la existencia de una asociación en la que sus miembros dedicados a negocios marítimos, compensaban la pérdida de una nave con la entrega de otra. De forma literal se consagró lo siguiente: *“Los marinos pueden hacer entre ellos un convenio por el cual si uno de ellos ha perdido su embarcación por su culpa, no habrá obligación de darle otra. Si la ha perdido sin culpa, se le construirá otra. Si la ha perdido mientras iba a una distancia donde las embarcaciones no van ordinariamente, no habrá obligación de construirle otra.”*³ En este texto se identifica de una manera más clara la configuración de lo que podríamos denominar un seguro, con un elemento adicional que le es propio y característico: las exclusiones al pago del siniestro que restringen el objeto de cobertura del contrato de seguro.

Por su parte, en el siglo IX después de Cristo, en la antigua Roma, se destacó la aparición de formas de seguros de vida y exequiales. El seguro de vida aparece en las asociaciones de militares denominadas *collegia militum*⁴. En estas, a cambio del

² WIKIPEDIA. El Talmud. [En Línea] <<http://es.wikipedia.org/wiki/Talmud>> [Consultado el día 25 de febrero de 2014.]

³ PALACIOS SÁNCHEZ, Fernando. Seguros : Temas esenciales. Bogotá : Ed. Universidad de la Sabana, 2007. Pág. 4.

⁴ Ibídem. Pág. 5.

pago de una prima mensual, se cubrían los gastos del traslado de los militares y se le otorgaba una suma determinada a la familia del militar que fallecía en eventos distintos a la batalla. Entre tanto, el seguro de exequias surgió entre los campesinos del Imperio Romano, quienes a cambio de un pago mínimo mensual cubrían los gastos derivados del sepelio de alguno de los asociados.

Europa siguió durante el siglo IX abriendo espacio al desarrollo de los seguros. En Inglaterra existían un grupo de asociaciones de defensa religiosa denominadas Guildas. Según el autor Luis Benítez Lugo⁵, los miembros de estas asociaciones se reunían periódicamente para debatir asuntos de interés común. El carácter colectivo de estas asociaciones era tal, que para ellos era inviable que un miembro de la colectividad sufriera un evento catastrófico que lo dejara en la miseria, a no ser de que tal situación fuera causada por una actuación inmoral de la víctima. Para repeler estos eventos que perjudicaran a un integrante del grupo, las Guildas contaban con un fondo común proveído por aportes anuales de los asociados, con los cuales se daba cobertura a los efectos del siniestro del miembro que quedaba en la miseria. Estas redes de ayuda mutua son la clara representación de un elemento básico que sustenta socialmente la existencia de los seguros, el principio de solidaridad en la actividad aseguradora.

Continuando con este recorrido histórico llegamos a un punto de inflexión en la concepción del seguro. Dicho punto aparece con la caída del feudalismo a finales del siglo XIII, situación que trajo aparejado el surgimiento y auge de la propiedad privada como derecho y la adopción de un modelo económico capitalista. Al presentarse esta etapa histórica, aumenta el nivel de riesgos económicos que deben soportar quienes tenían la capacidad de acumular grandes riquezas. Es por esto que se incrementa la suscripción de seguros de transportadores para proteger sus mercancías y de industriales que se asocian conformando organizaciones que cada vez reflejan una similitud mayor con las entidades aseguradoras de hoy en día. Es

⁵ BENÍTEZ LUGO, Luis. Tratado de Seguros. Madrid : Instituto Reus, 1955. Pág. 63.

en este contexto histórico que se menciona por primera vez la expresión Seguro en el decreto dado por el Duque de Génova en el año 1309 y se celebra el primer contrato de seguro por escrito (año 1347), un contrato que cubría el riesgo de naufragio de un transporte marítimo⁶.

Es así como en el siglo XIV, se comenzó a contratar seguros de una forma mucho más organizada, lo que llevó a los estados a intervenir en el mercado asegurador, prestándole una especial atención a un sector productivo que era inexplorado y carecía de regulación. Portugal, a mediados del siglo XVI⁷ se convierte en el primer país en el que se suscriben seguros obligatorios bajo la inspección del estado, práctica que hasta el día de hoy se ejecuta revelando la interacción necesaria entre el estado y la actividad aseguradora.

Posteriormente, en 1601 se crea en Inglaterra la Corte de Seguros, ente judicial encargado de regular conflictos surgidos entre aseguradoras y asegurados. Esta corte intervino en uno de los casos ejemplarizantes más recordados en materia de seguros. El domingo 2 de septiembre de 1666 estalló en el centro de Londres, Inglaterra, un gran incendio que afectó gran parte de la ciudad durante cuatro días, dejando alrededor de 20.000 damnificados e innumerables daños materiales. Al analizar este terrible suceso Nicholas Barbon, un ex médico y ex diputado de la cámara de los comunes ingleses, decidió abrir una entidad aseguradora denominada “The Fire Office”, entidad que se dedicó a tomar seguros contra incendios. Este es el origen de las pólizas conocidas actualmente como seguros de daños, que hoy en día brindan coberturas adicionales al riesgo de incendio de un bien pero que mantiene la tradición jurídica proveniente de ese antecedente histórico constituido en 1666 por “*The Fire Office.*”.

Al ver el éxito de esta compañía aseguradora inglesa, el ramo de los seguros comienza a ser un negocio muy apetecido y estudiado. Es por esto que en 1668,

⁶ PALACIOS SÁNCHEZ, Op. cit., Pág. 5.

⁷ GAVIRIA FAJARDO, Ricardo. Seguros de Personas y Seguridad Social : El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito. Bogotá : Ed. Fasecolda, 2011.

comienzan aparecer nuevas entidades aseguradoras como *The Mercer Company* y *Lloyd's de Londres*⁸, primera compañía dedicada a tomar pólizas o seguros de vida.

El auge de la contratación de seguros fue representando paulatinamente situaciones que hasta hoy son tema central en las discusiones de seguros. Uno de estos temas está directamente relacionado con actuaciones dolosas que comenzaron a surtir por parte de algunos asegurados. De esta manera el sector asegurador comienza a intervenir ante prácticas fraudulentas de los asegurados que buscan engañar a la entidad aseguradora. Los primeros casos en donde se evidenció la intervención ocurrieron en el siglo XIV, cuando las ordenanzas de Barcelona España determinaron literalmente: *“Algunas personas poco temerosas del poder de Dios, se han hecho reintegrar de algunos servicios sin que jamás hubiesen sido cargados efectos ni mercaderías, ni los navíos hubiesen entrado o salido, ni los cambios se hubiesen dado; por tanto ordenamos que desde hoy y en adelante, si alguna persona se hiciere pagar un seguro no habiéndose las mercancías cargado, o los navíos entrado o salido, o los cambios dados; en tal caso, incurrirán los sujetos que esto hicieren en otros dos sueldos por libra, además la cantidad que se hubiesen hecho asegurar.”*⁹. Otras ordenanzas en las que se dio relevancia a las actuaciones fraudulentas fueron las Ordenanzas de Burgos, publicadas en el año 1537. En ellas se estableció que: *“... Porque muchas veces se ha hallado que con siniestras certificaciones e probanzas, algunas que se han hecho asegurar, cuando son perdidas los naos¹⁰, cobran de los aseguradores fletes que en verdad no los llevan, sueltan aparatos viejos a la mar y los cobran como nuevos entre otros actos que deben ser evitados puesto que es bien evitar el daño de las conciencias.”*¹¹. De esta forma se presenta el problema general del que parte nuestro objeto de estudio, los vicios en el consentimiento y las acciones fraudulentas que consintientemente cometen los asegurados o los tomadores de un seguro.

⁸ PALACIOS SÁNCHEZ, Op. cit., Pág. 6.

⁹ DE JUAN BELLVER, Alberto. El Seguro y su historia. Madrid : Ed. De progreso, 1947. Pág. 39.

¹⁰ Naos: Nave. Tomado del Diccionario de la Real Academia Española.

¹¹ *Ibidem*, pág. 40.

Este tipo de conflictos en la formación del consentimiento de los contratos de seguro, obligó a que las entidades aseguradoras y los estados dieran especial atención a la forma y especificaciones que se deben cumplir por ambas partes al manifestar el consentimiento en contratar un seguro. Los estados comenzaron a regular estos temas y a determinar las facultades y las obligaciones de las entidades aseguradoras. Esto implicó para los aseguradores una relación de costo beneficio ya que debieron asumir el costo de organizarse según la regulación vigente beneficiándose de los efectos de dicha organización que les permitió alcanzar un alto nivel técnico científico en sus procedimientos. Una evidencia histórica de esa evolución en el procedimiento de las entidades aseguradoras, es la aplicación de teorías de grandes filósofos como Blas Pascal o Edmund Halley, para el cálculo de probabilidad de siniestralidad potencial de sus asegurados.

Luego de este breve recorrido histórico, es que en el siglo XVIII y XIX, se comienzan a desarrollar los seguros tal y como hoy son conocidos. La Evidencia de la trascendencia de estos siglo está representada por eventos como el nacimiento de la primera sociedad anónima de seguros: *"The Sun Fire Office"* en 1710 y el nacimiento de la primera compañía dedicada a la comercialización de seguros de vida en base a sus cálculos actuariales de siniestralidad: *"The Society For Equitable Assurance On Lives and Survivorships"*¹², en 1762. Tal fue el desarrollo de la actividad aseguradora, que para el año de 1830 ya existían en el mundo cerca de 16 compañías de seguros de daños y 4 mutualidades entidades que tenían entre sus ofertas de servicios la suscripción de algunos seguros de vida.

Es así como a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, el esquema asegurador ya había permeado un escenario global y como tal, cada Estado comenzó a regularlo de forma independiente tratando de articularlo con el esquema jurídico y financiero propio de cada uno.

¹² PALACIOS SÁNCHEZ. Op. cit., Pág. 7.

1.2. HISTORIA DEL SEGURO EN COLOMBIA

La aparición del seguro en Colombia no fue correspondiente con el auge de la figura a nivel internacional, ya que durante finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, Colombia se encontraba plagado en una etapa de reestructuración política, constitucional y territorial. Esta situación coyuntural impidió que se configurara un marco normativo estable para las actividades financieras. A pesar de esta situación, en 1863 apareció el Código de Indias¹³, dando origen a la regulación de aspectos comerciales marítimos y terrestres en los que surgía como un elemento accesorio el contrato de seguros. Es pertinente aclarar que durante esta época se estaba regulando el contrato de seguro, pero aun no existían requisitos legales para las entidades aseguradoras que podían actuar con plena libertad jurídica en el desarrollo de sus negocios. Esta situación de libertad trató de ser solucionada en el año 1921, cuando el Congreso de la República expidió la ley 37. Esta ley que creaba un seguro de vida colectivo para empleados, determinaba algunas obligaciones para las entidades aseguradoras, sin embargo esta regulación quedó en letra muerta puesto que nunca entró en pleno funcionamiento.

En el año 1922, después de una gran crisis económica global que provocó desordenes políticos al interior del país, se comenzaron a analizar las causas que originaron tal situación. Entre estas se encontró una razón clara: el país carecía de un sistema administrativo y financiero que permitiera blindar la economía del país ante eventos de crisis. En vista de esto el Congreso de la República se dio a la tarea de crear un Banco de la República encargado de ser la base estructural del sistema económico nacional.

Para la creación de este banco, se solicitó la asesoría de un grupo de expertos en materia económica encabezado por Edwin Walker Kemmerer¹⁴. La función de este grupo fue denominada la Misión Kemmerer. Su objetivo consistió en estudiar la

¹³ ISAZA, Felipe. Historia Legal del Seguro en Colombia. Bogotá : Ed. Fasecolda, 2011. Pág. 59.

¹⁴ BANCO DE LA REPÚBLICA. La misión Kemmerer. [En Línea] <<http://www.banrepcultural.org/node/32336>>. [Consultado el día 25 de febrero de 2014.]

realidad económica del país a través de la interacción con cámaras de comercio y otros actores existentes en la economía nacional de la época. Luego de esta etapa de investigación, este grupo de expertos efectuó una adecuación a la situación económica colombiana del modelo de banca internacional existente en otros países, creando así un estatuto orgánico de la entidad que iba a nacer¹⁵. Luego de algunas disputas con los demás bancos de la época que consideraron la medida innecesaria y se negaron a ser vigilados por un ente gubernamental, se logró finalizar la misión, arrojando los siguientes resultados para el marco jurídico económico del país:

“Los resultados de la misión fueron:

1. La ley 25 de 1923 creó el Banco de la República, por la cual se organizó el Banco Emisor.

2. Se expidió la ley 68 de 1924 que regulaba los Establecimientos Bancarios, por la cual se creó la Superintendencia Bancaria.

3. Surgió la ley de Timbre, que reorganizó el funcionamiento de las Aduanas y estableció la Recaudación de Rentas Nacionales.

4. Se creó la ley de impuesto sobre la renta, que organizó el recaudo tributario.

5. Se expidió la ley de Contraloría, que transformó la antigua Corte de Cuentas en la Contraloría General de la República

6. Ley sobre fuerza restrictiva del presupuesto, que limitó las facultades del Parlamento para ordenar el gasto público y dejó esta iniciativa en manos del Poder Ejecutivo.”¹⁶

Con el fin de la misión Kemmerer, se abrió un escenario en el cual existía un espacio al desarrollo jurídico de la actividad aseguradora. Es así, como en el año 1927 se

¹⁵ *Ibídem.*

¹⁶ *Ibídem.*

expide la Ley 105. Según Hernando Galindo, *“Antes del 15 de noviembre de 1927, cuando se promulgó la ley 105, en el país existían muy pocas disposiciones sobre seguros; por ello se puede afirmar que sus directrices se encontraban principalmente en el código de comercio del extinguido Estado de Panamá, que fue adoptado por Colombia por medio de la ley 57 de 1887. La regulación de la actividad aseguradora vino a quedar plasmada en la citada ley 105 de 1927, que estuvo vigente hasta 1990, cuando se expidió la ley 45, que da un nuevo rumbo a la concepción del sistema “financiero colombiano.”*¹⁷.

Esta ley 105 fue expedida con la intención de cumplir las siguientes finalidades:

1. Proteger a las compañías aseguradoras y prohibir a estas efectuar modificaciones a las pólizas sin previa autorización de la Superintendencia Bancaria.
2. Organizar la actividad aseguradora, obligando a que estas compañías rindieran informes de su actividad a la Superintendencia Bancaria.
3. Regular el manejo de fondos mínimo para atender reclamaciones.
4. Determinar las sanciones por incumplimiento.
5. Trató de imponer un principio de igualdad según el costo de una póliza debería ser igual para todos quienes se encontraban en condiciones similares.

Esta ley, que estuvo vigente en el ordenamiento jurídico colombiano durante 63 años, fue modificada en pocas ocasiones. Entre sus modificaciones más importantes se destacan:

¹⁷ GALINDO CUBIDES, Hernando. Compilado en Temas de Derecho Financiero Contemporáneo : Los seguros hace 25 años y cómo se visualizan en los próximos. Bogotá : Ed. Universidad del Rosario, 2006.

- La ley 225 de 1938, su primera reforma, en la que se crean dos nuevos seguros, el seguro de cumplimiento y el seguro de manejo.
- El Decreto 1403 de 1940, reguló las obligaciones de capitales mínimos para creación y funcionamiento de una compañía aseguradora en el país. Dichos capitales fueron actualizados en cada uno de los ramos de seguro existentes.
- El Decreto 1961 de 1960, por el cual se modificó el régimen de inversiones que deben seguir las aseguradoras para proteger su capital y el de sus asegurados.

Para el año de 1959, la Superintendencia Bancaria comenzó a intervenir de manera drástica en actividad aseguradora tomando posesión de dos compañías aseguradoras en ejercicio de su función de vigilancia.

Al mismo tiempo, el mercado asegurador fue creciendo a tal punto que para el año 1960 ya existían en el país 74 entidades aseguradoras. La incidencia de este aumento vertiginoso, tuvo efectos importantes en la jurisprudencia nacional. En el año 1966, es expedido un hito jurisprudencial importante en materia aseguradora. El Consejo de Estado sentenció que *“en busca de la necesaria eficiencia económica del sector asegurador era posible alejarse de las tarifas impuestas para las entidades aseguradoras y fijadas por Asecolda, pero que las compañías no afiliadas por dicha condición tampoco cumplían y se producían asimetrías.”*¹⁸. Esta importante sentencia, aunque no tuvo mucha incidencia práctica, sí sentó un precedente importante en materia aseguradora ya que fue la primera vez que un alto tribunal de la nación dio trascendencia a la necesidad de tener un sistema asegurador eficiente, revelando la incidencia de este sector en la dinámica económica colombiana.

En la década de los 60's, el ordenamiento jurídico asegurador permaneció relativamente estable. La única situación importante que se presentó, fue la

¹⁸ Sentencia del Consejo de Estado del veintidós (22) de septiembre de mil novecientos sesenta y seis (1966) Radicación número: 230, M.P. Nemesio Camacho.

expedición del Acto Legislativo 1 de 1968, el cual dio atribuciones de suprema autoridad administrativa al Presidente de la República. Con esta variación, cambió la fuente de derecho que proveía la normatividad en materia asegurado ya que sería la regulación emitida a través de actos y conceptos de la superintendencia financiera y no a través de leyes emitidas por el Congreso de la República. Una incidencia significativamente importante, es que se sacó de un escenario político lo relacionado con temas aseguradores que ahora sería un tema regulado a través de conceptos técnicos emitidos por expertos en la materia.

En los años 70, se concretó un tema discutido desde 1958 cuando se propuso la regulación de un código básico que recopilara algunos aspectos en materia comercial. Dicha regulación creada por los más importantes doctrinantes del país¹⁹, especificó un gran número de contratos de carácter mercantil, entre los cuales se encontraba el contrato de seguro, su definición, sus partes, sus elementos esenciales, su prueba, el contenido de sus pólizas, sus efectos, la prima y sus formas de pago, los eventos considerados siniestros y los ramos de seguro y otros aspectos de este contrato.

Para la construcción jurídica de este contrato ha sido una gran ventaja que en el Código de Comercio se hayan regulado íntegramente una gran cantidad de aspectos del contrato de seguros. Esta estabilidad ha permitido que las normas en materia aseguradora se preserven, supeditando a la jurisprudencia únicamente a determinar los efectos y alcances de las normas existentes.

En la misma década de expedición del Código de Comercio, se realizaron en Latinoamérica varios intentos por la internacionalización de la regulación en materia financiera. Sin embargo, pese a las intenciones de unificación regional, Colombia decidió en 1971 expedir el decreto 1299, por medio del cual se prohibió el ingreso de activos provenientes de inversión extranjera a entidades aseguradoras nacionales. Esto significó la adopción nacional de una postura proteccionista en

¹⁹ SECRETARIA DEL SENADO DE COLOMBIA. Decreto 410 de 1971, [En Línea] <http://200.75.47.49/senado/basedoc/codigo/codigo_comercio.html>. [Consultado el 27 de febrero de 2014.]

materia de seguros, medida tomada con la intención de evitar que entraran entidades aseguradoras al país. Lo anterior estuvo vigente hasta el año 1990.

La situación de los seguros, luego de la adopción del proteccionismo se mantuvo estable y carente de innovación hasta la crisis financiera de los años ochenta. Esta crisis fue generada por una gran cantidad de factores confluyentes como los denominados autopréstamos²⁰, la captación ilegal y las prácticas denominadas por la justicia nacional como “abiertamente irresponsables de un grupo de importantes banqueros”. Esta situación puso en jaque al sistema financiero nacional y significó una época bastante difícil para las entidades aseguradoras.

El gobierno nacional decidió abordar la crisis expidiendo regulación adicional sobre el tema, por esto se expidió el Decreto 2920 de 1982. Este consagró como delitos castigados con cárcel la captación masiva y habitual y los autopréstamos, además de generar la posibilidad de revocar de sus cargos a los funcionarios de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Otra de las medidas adoptadas, fue la creación del Fondo de Garantías Financieras (FOGAFIN), entidad creada por la ley 117 de 1985²¹ con la finalidad de fortalecer la confianza del público en general en el sector financiero afectado por la crisis.

En la década de los 80's, se desató en el país una crisis financiera que permitió conocer la mala contabilidad que llevaban las entidades del sector financiero. Esta situación impulsó a la Superintendencia Bancaria a proyectar algunos cambios que permitieran regular de mejor manera el funcionamiento interno de las instituciones financieras. Uno de los primeros cambios fue la expedición del Decreto 2160 de 1986, por medio del cual se reglamentó la contabilidad mercantil y se expidieron las normas de contabilidad generalmente aceptadas. Por medio de esta norma, la Superintendencia Bancaria trató de estandarizar los procesos contables al interior de estas entidades. Esta iniciativa no fue aceptada con facilidad, pues las empresas

²⁰ Autopréstamos: Práctica que consistía en que los bancos podían hacer parte de empresas del sector real, condición que aprovecharon varios importantes funcionarios de empresas importantes que utilizaron dinero del público invertido en los establecimientos de crédito para adquirir más empresas del sector real.

²¹ ISAZA. Op. cit., Pág. 72.

del sector financiero manifestaron su inconformidad con estas normas argumentando que *“Era la imposición de estas medidas una invitación a mejorar los estándares de calidad de la información de las empresas, pero ello significaba una enorme carga operativa y técnica al interior de las empresas donde aún la informática y la computación era incipiente, y donde los esquemas de supervisión se encontraban en pleno desarrollo. Cualquier cambio evidenciaba drásticas implicaciones en cada ramo de la industria.”*²². A pesar de la inconformidad del sector, la Superintendencia continuó regulando aspectos contables y corporativos de las instituciones financieras. Una muestra de esto es el Decreto 1798 de 1990. Este decreto en su artículo 34, creó el Plan Único de Cuentas además de regular otros aspectos organizativos que carecían de regulación.

La controversia sobre la aplicación de estas normas y la nueva regulación no se detuvo. Es por esto que en 1990 fue expedida la ley 45, la cual constituyó un importante cambio en la actividad aseguradora del país. Esta ley definió qué se entiende *“por actividad aseguradora la realización de negocios u operaciones de seguros, es decir la celebración de contratos de seguro y de reaseguro.”*²³. Además de esto, se ratificó la necesidad de tener una autorización previa expedida por la Superintendencia Bancaria para ejercer alguna actividad aseguradora, autorización que sería otorgada a partir de esta ley en forma permanente o indefinida. Además de estas variaciones fundamentales, la ley 45 reguló aspectos como la diferenciación de ramos de seguros en vida y daños; consagró la libre competencia como un principio rector de la actividad aseguradora; liberó a las aseguradoras de la prohibición de recibir inversión extranjera; reguló la literalidad de las cláusulas de la póliza determinando que la misma debía ser clara y legible; redujo el término para pagar la indemnización a 30 días calendario; determinó que la póliza de seguros presta merito ejecutivo contra el asegurador; modificó la forma en que debía ser

²² Botero Morales, Bernardo. Discurso “30 años de los programas de seguros en la Universidad Javeriana.”. Bogotá: Universidad Javeriana, 2010.

²³ , DÍAZ GRANADOS, Juan Manuel. Reforma Legal al Sector Asegurador : Comentarios sobre la reforma legal al sector asegurador Colombiano. Bogotá : Ed. Fasecolda, 1990. Pág. 16

declarado el siniestro en las pólizas de responsabilidad civil; y limitó la responsabilidad del contrato de reaseguro a un término de 2 años.

A comienzos de la década de los 90's ocurrió un evento que modificó la historia social, política y económica del país. La Asamblea Nacional Constituyente llegó a un acuerdo acerca de una nueva Constitución Política que reemplazaría la Constitución de 1886. Esta nueva carta política generó algunas modificaciones en materia financiera y aseguradora, entre ellas se destacan:

- La expedición de la ley 1993, a través de la cual, se determinaron los criterios que debe seguir el Gobierno Nacional para regular la actividad financiera, bursátil y aseguradora. Esta ley es conocida también como “Ley marco de intervención del Estado”, ya que fue la intervención estatal el punto central de esta ley.
- El Decreto-Ley 663 de 1993. Esta norma consagró el “Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”, donde se incluyeron todas las normas existentes en materia financiera y aseguradora.
- La ley 100 de 1993. Esta gran ley empleó el término seguro de una forma distinta a la relacionada en el Código de Comercio. Sin embargo a través de esta ley se modificó el sector asegurador, ya que representó la llegada de nuevas entidades aseguradoras y nuevos productos y fenómenos de aseguramiento en el país.

En el año de 1997 se creó la ley 389, única ley emitida después de la Constitución de 1991 que se dedicó exclusivamente a la actividad aseguradora. Esta ley que estuvo vigente hasta el año 2003, fue reconocida por la modernización que le imprimió a los seguros. Rebeca Herrera lo resalta en su texto denominado “El futuro del derecho de seguros en Colombia” de la siguiente manera: *“Se encargó de modificar los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio. Estas modificaciones implicaron que desde 1997 el contrato de seguros en Colombia pasó de ser solemne a ser consensual, es decir sus efectos surgen a la vida jurídica desde el momento*

en que las partes exteriorizan sus voluntades. Así mismo, desde 1997 la póliza de seguros perdió su característica de ser constitutiva del contrato y dejó de tener su exclusividad probatoria.”²⁴.

En el año 1999, se desató una crisis financiera derivada de una sentencia de la Corte Constitucional, que obligó al Banco de la República a atar la Tasa UPAC a la tasa DTF, provocando que los créditos hipotecarios subieran en un ritmo desproporcionado y que no correspondía con la real valorización de los inmuebles. Esta situación desató una gran cantidad de incumplimientos por parte de los deudores de los créditos, poniendo en riesgo al sistema financiero. Adicional al problema del UPAC, la devaluación del peso, la poca demanda de seguros, la caída del mercado de capitales nacional, la condición catastrófica derivada del terremoto de Armenia y la crisis del sector real, aumentaron el nivel de crisis existente llegando a niveles alarmantes. Esta dificultad económica llevó a que 10 entidades del sector asegurador entraran en proceso de liquidación o de reestructuración según la ley 550.

Durante este periodo de crisis, se expidió la ley 510 de 1999. Esta ley trajo dos modificaciones importantes al sector asegurador. Por un lado se introdujo la figura del Defensor del Cliente en el sector asegurador. Por otro lado, como lo expresó la doctora Rebecca Herrera *“La ley 510 modificó el artículo 1080 del Código de Comercio al exigir que el asegurador pague al asegurado la indemnización dentro del mes siguiente al momento en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio. Vencido este plazo, el asegurador deberá reconocer y pagar al asegurado o beneficiario, además de la indemnización, el interés moratorio, que será igual al bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria aumentado a la mitad.”²⁵.*

²⁴ HERRERA, Rebeca. Temas de Derecho Financiero Contemporáneo : El futuro del derecho de seguros en Colombia. Bogotá : Ed. Universidad del Rosario, 2005. Pág. 700.

²⁵ HERRERA. Op. cit., Pág. 702.

En el año 2003, luego de superar la crisis, fue expedida la ley 789, la cual buscaba impedir que se repitieran situaciones que pudieran generar una nueva crisis del sector financiero. Para esto se creó un comité de seguimiento del sistema financiero conformado por el Ministerio de Hacienda, la Superintendencia Bancaria y de Valores, el Fogafin y el Banco de la Republica. Otra innovación derivada de esta ley fue la reafirmación de que los agentes de seguros y las agencias estaban en el ámbito de vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

La superación no fue total para el sector asegurador que vio algunas reaseguradoras²⁶ importantes en problemas derivados del denominado boom bursátil y de un marco regulatorio demasiado restrictivo que llevó al estado a intervenir los mercados de valores para tratar de salir del denominado “ciclo duro del reaseguro”²⁷. Al ver esta situación se decidió concretar una modificación del mercado de valores nacional, fusionando las principales bolsas de valores del país. De esta manera surgió el marco regulatorio determinado por la ley 964 de 2005. Esta norma jurídica fusionó las superintendencias existentes en el país en una sola, la Superintendencia Financiera. Esta nueva Superintendencia tenía un amplio margen de supervisión basado en el riesgo de la actividad que desempeñara la empresa del sector financiero. Adicionalmente, esta ley permitió que las entidades pudieran invertir sus reservas en productos derivados. Aclaró también esta ley que las pólizas de seguros no hacen parte de lo que se denomina “valores” y derogó la normatividad que preveía que las agencias y agentes de seguros eran vigiladas por la Superintendencia Financiera, pasando así a la aseguradora, la responsabilidad de asegurarse de la idoneidad de sus fuerzas de venta.

²⁶ Según Fernando Palacios Sánchez, el reaseguro es un contrato a través del cual se asegura el riesgo asumido por el asegurador, de manera tal que el reasegurador comparte la suerte que tenga la aseguradora y los contratos de seguro que ésta celebre. Estas entidades reaseguradoras cumplen las siguientes funciones: (i) Proteger a la entidad aseguradora de las permanentes fluctuaciones del valor de la prima; (ii) Estabilizar los riesgos asumidos por cambios económicos, sociales y culturales no programados dentro del escenario en el que la compañía aseguradora desempeña sus funciones; (iii) Actualizar el mercado asegurador, comprendiendo que las entidades reaseguradoras, por lo general, son internacionales y pueden introducir en un mercado las nuevas formas de seguro que se van estableciendo en todo el mundo.

²⁷ ISAZA. Op. cit., Pág. 77.

Luego de esta época post crisis, se comenzaron a explorar alternativas para que los seguros pudieran hacer parte de los tratados de libre comercio, a lo que los demás integrantes del sector se negaron sin lograr su cometido. Luego, con la ley 1328, se consagró la posibilidad de que cada colombiano pudiera adquirir seguros en cualquier país del mundo. En esta ley reaparece la cobertura de los servicios exequiales, además de regular otros temas importantes acerca de la protección del consumidor financiero.

En el año 2010, buscando que se garantizara a los asegurados la cobertura ante un eventual siniestro, se expidió el Decreto 2555. Esta norma generó que el régimen patrimonial de las entidades aseguradoras y reaseguradoras se actualizara con la finalidad de acreditar que estas entidades cuenten con una reserva económica suficiente para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y, por ende, la estabilidad del sistema económico y financiero.

En estos últimos años, los seguros han dado un giro importante hacia la globalización. El Estado colombiano que siempre estuvo tan reacio a romper barreras comerciales internacionales en materia de seguros, ha comenzado a eliminar sus restricciones comerciales. A raíz de esta situación, se expidió la ley 1328 de 2009. Esta ley autorizó la adquisición de pólizas de aseguradoras extranjeras a los colombianos. Además de esto, se permitió que algunas sociedades extranjeras abrieran sucursales en el país. En los últimos años el derecho de seguros se ha centrado en el desarrollo de figuras como el Defensor del Asegurado o el Defensor del Consumidor financiero, esta figura cuya existencia es obligatoria en todas las entidades aseguradoras ha adquirido una especial relevancia como método alternativo de resolución de conflictos entre asegurados y aseguradores.

Este es el contexto histórico de la actividad aseguradora en el país, en el cual las altas cortes, la Superintendencia Financiera y la ley son fuente de regulación constante, ya que este servicio financiero es considerado como uno de los más influyentes en el desarrollo de la economía nacional.

CAPÍTULO 2.

DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO Y SUS ELEMENTOS ESENCIALES.

Durante el desarrollo de este capítulo se efectuará un estudio general de los elementos esenciales y las principales características del contrato de seguro. Para este fin, se partirá del estudio de la normatividad vigente en el país en materia aseguradora, la jurisprudencia nacional relevante y la diversidad de posiciones doctrinarias existentes sobre el tema. De esta manera se podrá adoptar una definición del concepto “seguro” que permita delimitar su estructura y sus componentes jurídicos más relevantes. De esta manera, se pondrá en evidencia la relevancia jurídica que genera la presencia de vicios en la formación del consentimiento, tema central de este trabajo que será profundizado en los próximos capítulos.

2.1 DEFINICIÓN DE SEGURO

El seguro, como concepto, carece de una definición clara en la regulación que sobre él efectúa nuestro ordenamiento jurídico. El Código de Comercio ha definido al contrato de seguros a través de sus características esenciales como: “*Artículo 1036. El seguro es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva.*”. Esta definición, no aporta elementos suficientes para un análisis del concepto *seguro*, por lo que hemos decidido elaborar una definición de seguros acudiendo a la génesis del concepto mismo para así lograr una construcción conceptual adecuada.

Sin dejar a un lado el contexto comercial del contrato de comercio, al acudir a la doctrina y a la jurisprudencia nacional es posible determinar que el seguro es un “*contrato consensual mediante el cual una persona jurídica debidamente autorizada, denominada asegurador, asume los riesgos que otra persona, natural o*

*jurídica, llamada asegurado, le traslada a cambio del pago de una prima periódica*²⁸.

Ahora bien, es claro que durante la vida de una persona, se presentan innumerables situaciones que implican efectuar una toma de decisiones que puede contener un nivel de aleatoriedad o de riesgo significativo. Es precisamente en este tipo de situaciones que se presenta el riesgo, elemento que es base fundamental del esquema asegurador.

El Código de Comercio dio gran trascendencia al elemento riesgo dentro de su marco normativo, definiéndolo en su artículo 1054 como *“el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”*

La relevancia jurídica de este concepto es muy alta, ya que según sea la aversión al riesgo de una persona, ésta se inclinará por desplazar sus riesgos a una entidad aseguradora o asumirlos con su propio patrimonio.

Bajo este escenario es posible adoptar una postura *individualista* consistente en *“establecer las posibilidades de ocurrencia del riesgo para así adoptar soluciones económicas desde su propio patrimonio ante la eventual ocurrencia del siniestro.”*²⁹, u optar por una postura de *desplazamiento* en la cual la persona en cabeza de quien recaen algunos riesgos, luego de efectuar un análisis previo de la eventual ocurrencia de un siniestro, decide desplazar algunos de sus riesgos a una compañía aseguradora que, a cambio del pago de una prima periódica, se compromete a

²⁸ PALACIOS SÁNCHEZ, Op. cit., Pág. 13.

²⁹ GHERSI, Carlos. Contrato de Seguro. Bogotá : Ed. Astréa. 2007. Pág. 4.

amparar dichos riesgos y a efectuar el pago del siniestro ante su eventual ocurrencia.

Estas primeras apreciaciones sobre el escenario jurídico asegurador revelan la trascendencia social y económica de este mercado que no sólo limita restrictivamente a una esfera interpersonal. A partir de una concepción macroeconómica del contrato de seguro, este puede ser concebido como un instrumento diseñado para lograr redistribuir algunos riesgos a entidades con un poder económico suficiente para generar un esquema donde se garantice el cubrimiento de los eventuales siniestros y beneficien todos los actores confluyentes del escenario asegurador.

De esta manera, es claro que un tomador al contratar un seguro se beneficia, ya que distribuye un riesgo propio a una entidad aseguradora y a su vez, una entidad aseguradora consigue a través del pago de la prima de sus tomadores, los ingresos suficientes para sufragar sus gastos operacionales y dar cobertura a las reclamaciones derivadas de la ocurrencia de algún siniestro objeto de cobertura.

De esta situación se deriva la necesidad del Estado de reglamentar y controlar la actividad aseguradora, caracterizada por generar ingresos a través de la captación de dinero del público, la cual constituye una reserva técnica que representa un ahorro de sus asegurados a la hora de sufrir un evento catastrófico, evitando así la inestabilidad económica de los agentes que interactúan en la economía nacional.

Ahora, es pertinente entrar a determinar los elementos característicos que identifican al contrato de seguro, sus partes, sus obligaciones y las demás características que individualizan este modelo contractual, diferenciándolo de los demás contratos existentes.

2.2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

En el artículo 1036 del Código de Comercio, se construye una definición a través de la enunciación de elementos característicos del contrato de seguros, a través de los cuales, el contrato de seguro es estudiado a la luz de la clasificación que siguen los demás modelos contractuales.

Siguiendo la actuación de múltiples doctrinantes, procederemos a desglosar cada uno de los criterios legales que caracterizan este contrato según el artículo 1036 del Código de Comercio y, adicionalmente, señalaremos algunos criterios que la doctrina aseguradora ha atribuido a este modelo contractual.

2.2.1. Contrato Consensual.

El contrato de seguro era un contrato solemne hasta el año 1997. Esta interpretación surgió a partir de un análisis literal del hoy modificado artículo 1036; esta norma anteriormente regulaba que *“El contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscriba la póliza”*. De esta manera, se concebía una condición dual de la póliza del contrato de seguro. Por un lado, la suscripción de este documento era concebida como una *“solemnidad indispensable para que el contrato existiera”*³⁰, siendo esta la única forma de concretar un acuerdo de voluntades entre las partes. Por otro lado, la póliza cumplía una función probatoria³¹, ya que era considerado como el único documento a través del cual era posible acreditar una relación contractual entre un tomador y un asegurador.

Esta concepción del contrato de seguro como un contrato solemne estuvo vigente hasta el año 1997 cuando fue expedida la Ley 398. Esta ley modificó los artículos

³⁰ OSSA GOMÉZ, Efrén. Teoría General del Seguro : El Contrato. Bogotá : Ed. Temis, 1984. Pág. 23.

³¹ Artículo 1046, Código de Comercio Derogado.

1036 y 1046 del Código de Comercio, lo que implicó que el contrato de seguros dejara a un lado la tradición jurídica nacional basada en la solemnidad contractual para pasar a la consensualidad como elemento característico de este contrato.

Este cambio hacia la consensualidad implica varias modificaciones en la concepción del contrato como tal. La primera modificación, implicó que el acuerdo de voluntades entre tomador y asegurador fuera suficiente para que el seguro nazca a la vida jurídica, siendo exigibles sus obligaciones sin el lleno de una formalidad adicional. La segunda modificación, está relacionada con la forma de probar la existencia de este contrato, como vimos previamente, la única prueba conducente para demostrar la existencia de un contrato de seguro era la póliza suscrita. Ahora, el artículo 1046 del Código de Comercio determinó que: *“El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador...”*. Es evidente que la redacción de este artículo se acerca más a los presupuestos constitucionales de la libertad probatoria. Sin embargo, la libertad no fue total pues se limitó la capacidad probatoria a medios escritos o a la confesión. Esta situación, en palabras de Andrés Ordoñez Ordoñez determinó la aparición de una *“primera dificultad, que debe entenderse cuando se dice que el contrato se probará por escrito”*³².

Esta situación abrió la discusión sobre qué debía contener un escrito para probar la existencia del contrato. Frente a este tema hay diversas posiciones; algunos doctrinantes, como Andrés Ordoñez Ordoñez, consideran que como mínimo el documento que sirve como prueba de la existencia de un contrato debe contener la identidad de las partes y los elementos esenciales del contrato³³. Otros consideran

³² ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés. Lecciones de derecho de seguros No. 1 : Cuestiones Generales y características del contrato. Bogotá : Ed. Universidad Externado de Colombia, 200. Pág. 47.

³³ *Ibidem*. Pág. 48.

que basta para acreditar la existencia del seguro con la presentación de documento que dé razón de la existencia de un contrato de seguros, así sea una simple referencia de la existencia del mismo (como una comunicación de la aseguradora al tomador o a algunos talleres solicitando la reparación de un bien tratándose de un seguro de daños). La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha contribuido a zanjar esta discusión con la expedición, el 16 de noviembre de 2005, de una sentencia de casación del Magistrado Ponente fue Silvio Fernando Trejos Bueno. En esta sentencia la Corte determinó lo siguiente sobre la prueba de la existencia del contrato de seguros:

“...considera la Corte que la nueva ley (haciendo referencia a la Ley 398 de 1997) en su empeño de eliminar la exigencia de la póliza como requisito formal ad solemnitatem necesario para la constitución del contrato de seguro, no quiso tampoco generar, como consecuencia del carácter consensual del mismo, márgenes de inseguridad, ni menos servir de simiente a interminables litigios, y optó entonces por exigir un formalismo ad probationem, como es la presencia de un escrito que aunque no repercute en el perfeccionamiento del mismo, sí incide en la manera como debe demostrarse, al cual agregó también la posibilidad de la prueba de confesión, ampliando en esa medida el régimen legal anterior”.

El escrito bien puede ser denominado póliza, cuyo original incluso está obligado el asegurador a entregar al tomador, ‘con fines exclusivamente probatorios’, como lo señala el mismo artículo 1046, u otro cualquiera con tal de que sea lo suficientemente idóneo para deducir el acuerdo de voluntades y los elementos esenciales del mismo, sin los cuales ‘el contrato de seguro no producirá efecto alguno’, como lo previene el artículo 1045 del C. de Co., y que permita constatar, como apenas es natural, quiénes son los sujetos contratantes, el objeto, la cobertura, la vigencia y la prima pactada, entre los más connotados.

Es decir, ante la falta de póliza, que es el documento que corresponde expedir con fines meramente probatorios, basta un escrito que sea bastante para deducir la existencia del contrato de seguros en los términos indicados; o en ausencia del escrito que se dé la confesión que sirva de apoyo para establecerlo en sus componentes esenciales. ...”³⁴.

Así, la Corte determinó el contenido que debe tener un escrito para ser considerado material probatorio en materia de seguros.

De esta manera, es posible considerar el seguro como un contrato consensual que puede perfeccionarse con el simple consentimiento de las partes. El no dejar un soporte documental que acredite la celebración de dicho contrato, compromete en gran medida la prueba real de su existencia, dejando como única posibilidad probatoria la confesión emitida por el asegurador o del asegurado.

2.2.2. Contrato Bilateral

A pesar de las discusiones que existen sobre la afectación que tiene la aleatoriedad y el carácter de la obligación condicional del asegurador, existen particularidades que podrían poner en tela de juicio la bilateralidad del contrato de seguro. La doctrina y la normatividad nacional consideran que el contrato de seguro es un contrato bilateral, tanto es su formación como en sus efectos, ya que indefectiblemente al celebrarse este contrato surgen obligaciones recíprocas para ambas partes. Ahora bien, aunque la obligación principal del asegurador está sometida a una situación condicional, esto no implica que en el momento del perfeccionamiento del contrato únicamente el tomador del seguro esté obligado. Una vez es celebrado el contrato, además de la obligación principal del asegurador que es pagar el siniestro, surgen correlativamente

³⁴Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del diez y seis (16) de noviembre de dos mil cinco (20051966), M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

múltiples obligaciones secundarias. En palabras de Andrés Ordoñez Ordoñez, “... *El asegurador asume otras obligaciones que si bien, no son significativas desde el punto de vista económico, no dejan de ser obligaciones. Pero sobre todo asume de manera inmediata la obligación de seguridad.... Esta obligación de seguridad nace desde el momento mismo de la celebración del contrato, porque a partir de allí se entiende que se ha trasladado a la aseguradora o de alguna manera esta ha asumido el riesgo.*”³⁵. Esta obligación fue desarrollada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida el 21 de mayo del año 1968 de la cual fue Magistrado Ponente Fernando Hinestroza Forero. En esta sentencia, la Corte determinó lo siguiente: “*El asegurado obtiene de suyo con la celebración del contrato una utilidad, consistente en una tranquilidad y seguridad de que la necesidad contemplada será provista o de que el accidente temido lo dejará indemne, aun cuando solo en parte; no disipa así el peligro, pero sí procura sustraerse a sus efectos dañinos y por ello alcanza un bienestar personal, un descargo, en fin, una garantía que lo aligera en cuanto asegurado, de inquietudes y preocupaciones, que es precisamente la misión que cumple el seguro.*”³⁶. De esta manera, es evidente que la comprensión de la normatividad en materia aseguradora regula múltiples obligaciones adicionales a las principales que, tanto el asegurador como el tomador, deben cumplir durante la vigencia del contrato. Ejemplo de esto son: para el asegurador: expedir las copias solicitadas por el tomador del seguro y los documentos de inspección del riesgo, restituir la prima no devengada en eventos de terminación anticipada y entregar la póliza dentro del término dado por el artículo 1046 del Código de Comercio. Para el tomador: cumplir las garantías, manifestar las alteraciones del estado del riesgo, notificar oportunamente la ocurrencia del siniestro a la aseguradora, evitar la propagación del siniestro, entre otras.

³⁵ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Op. cit., Pág. 92.

³⁶ Sentencia Corte Suprema de Justicia del veintiuno (21) de mayo de mil novecientos sesenta y ocho 1968, sala civil, M.P. Fernando Hinestroza Forero.

Es por este motivo que categóricamente se determina que desde la celebración del contrato de seguro, surgen obligaciones para ambas partes contratantes configurando un contrato bilateral.

2.2.3. Contrato Oneroso

Según la normatividad en materia Civil, un contrato es gratuito cuando reporta utilidad para una de las partes y es oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes³⁷. En el contrato de seguro, es evidente que este genera utilidad para ambas partes. Por una parte, la aseguradora recibe la prima como beneficio económico requerido para su esquema empresarial. Por otra parte, el tomador, a cambio de la prima desplaza un riesgo, adquiriendo la seguridad patrimonial o personal que requiera y eventualmente la indemnización que repare los daños ocasionados por la ocurrencia del siniestro.

Frente a este elemento, hay diversas opiniones sobre el carácter oneroso del beneficiario a título gratuito designado en un seguro de vida. Frente al tema, José Efrén Ossa opina que: *“Lo cierto es que ni el pago de la prima, ni la asunción del riesgo, constituyen actos de liberalidad cruzados a beneficio de las partes vinculadas al seguro. Puede serlo aquel, lo es frecuentemente, respecto del beneficiario a título gratuito en los seguros de vida. Pero este es un tercero y la liberalidad de que sea objeto no tiene por qué lastimar siquiera la onerosidad del contrato.”*³⁸. Es factible acogerse a los postulados de este doctrinante por comprender que bajo la óptica del artículo 1141 del Código de Comercio, el beneficiario a título gratuito de un seguro de vida es un tercero frente al cual no se desvirtúa la onerosidad del contrato que en su formación inicial representa obligaciones para ambas partes y en su ejecución reporta

³⁷ Código Civil Colombiano. Artículo 1497.

³⁸ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 35.

beneficios para ambos, beneficios que en este caso específico se ven representados por la satisfacción de la mera liberalidad del tomador.

2.2.4. Contrato Aleatorio

Tal y como lo manifestó Andrés Ordoñez Ordoñez, *“si se analiza el contrato de seguro aislado del contexto social, jurídico y económico que lo rodea, este se convierte en un contrato claramente aleatorio.”*³⁹. Es evidente que las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes carecen de equivalencia económica. Además de esto se supedita a la ocurrencia de un hecho denominado siniestro el pago de la indemnización a pesar de que el tomador del seguro pague su prima durante muchos años sin que ocurra ese hecho, que incluso puede no ocurrir durante la vigencia del contrato, situación que implica la ejecución del pago de la prima sin contraprestación directa. De esta manera se refleja el componente aleatorio que evidentemente integra el esquema asegurador.

Sin embargo, analizando el contexto de la actividad aseguradora es discutible si en efecto se trata de un contrato aleatorio. Es evidente que las prestaciones en este contrato no son equivalentes pero, esa falta de equivalencia no permite adecuar al esquema aleatorio típico de la apuesta y el azar absoluto al contrato de seguros, más aún entendiendo que si las prestaciones fueran conmutativas no representaría utilidad para la entidad aseguradora, con lo cual dicha actividad carecería de sentido.

Pese a esta discusión que en palabras de Fernando Palacios Sánchez es *“meramente académico ya que para nuestro legislador el Contrato sub-examine es claramente aleatorio.”*⁴⁰. Esta concepción implica una consecuencia práctica relacionada con la aplicación de la teoría de la imprevisión. Esta teoría consagrada en el artículo 868 de Código de Comercio determina que *“en los eventos en los cuales circunstancias*

³⁹ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Op. cit., Pág. 94.

⁴⁰ PALACIOS SÁNCHEZ, Op. cit., Pág. 15.

extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agrave la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión. El Juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el Juez decretará la terminación del contrato.”.

Esta teoría está relacionada con el contrato de seguros, ya que aunque en ocasiones la ejecución de las obligaciones se difiera en el tiempo, no tendrá aplicación solicitar lo regulado por el artículo 868, ya que la prerrogativa regulada en este artículo únicamente aplica frente a contratos de carácter conmutativos y no aleatorios.

2.2.5 Contrato de Ejecución Sucesiva

El contrato de seguro se adecua a esta característica debido a que las obligaciones de las partes contratantes están determinadas por el paso del tiempo. Esto implica que estas se deben cumplir durante el tiempo que se ejecute el contrato.

Frente a este tema es pertinente aclarar que, si bien la ejecución de las obligaciones principales de cada parte, pagar la prima y pagar la indemnización ante la ocurrencia del siniestro, están destinadas a cumplirse en un sólo momento (a no ser de que exista un acuerdo de pago que difiera en periodos mensuales el pago de la prima), existen obligaciones que se desarrollan junto al contrato durante su vigencia. Un ejemplo de esto, es la obligación de mantener el estado del riesgo por parte del tomador del seguro, obligación que supone declarar cualquier variación de dicho estado⁴¹.

La consecuencia práctica de predicar esta característica del contrato de seguros es que *“... por ser de ejecución sucesiva, el Contrato de Seguros no admite la resolución*

⁴¹ Este deber se encuentra consagrado legalmente en el artículo 1060 del Código de Comercio.

por incumplimiento de las obligaciones o cargas que de él derivan, como acontece con los contratos de ejecución instantánea, sino la terminación."⁴². Es por este motivo que una vez surge una diferencia insolventable entre las partes el contrato, cesa sus efectos al solicitar la terminación del mismo; terminación que en algunos casos acarrea la obligación para la aseguradora de restituir al asegurador la prima no devengada.

2.2.6 Contrato Principal

Entre las clasificaciones que ha hecho la doctrina sobre el contrato de seguro, está la distinción consagrada en el artículo 1499 del Código Civil referente a la capacidad del contrato para subsistir por sí mismo o la dependencia de otro contrato para su utilidad jurídica.

Frente a este tema, es posible considerar que en la mayoría de sus formas, el contrato de seguro es principal ya que este tiene la capacidad de subsistir por si solo sin requerir otra convención.⁴³

Sin embargo, esta regla general tiene algunas excepciones en las que el contrato de seguro es accesorio. En estos eventos, el vínculo contractual surge como una condición necesaria para el cumplimiento de una obligación principal. El seguro de cumplimiento es una manifestación de esta situación excepcional que tiene por objeto *"garantizar la ejecución de un contrato o, mejor, de la obligación a cargo de una de las partes."*⁴⁴.

⁴² PALACIOS SÁNCHEZ, Op. cit., Pág. 16.

⁴³ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 38.

⁴⁴ Ibidem

2.2.7. Contrato de Buena Fe

La buena fe, es una conducta exigida de manera implícita en todos los contratos. Sin embargo, en materia de seguros este concepto toma una trascendencia especial. En razón de esto es que algunos doctrinantes, como Efrén Ossa y Andrés Ordoñez, caracterizan al contrato de seguro como un *contrato de especial buena fe*⁴⁵. Es por esto que el término buena fe, aparece con mayor frecuencia en los contratos de seguros. Ahora bien, en materia aseguradora, este principio tiene una fuerza vinculante tan amplia que además de analizar la conducta de las partes durante la ejecución de sus obligaciones, compromete la eficacia y validez del contrato incluso desde la etapa previa a la formación del consentimiento.

Esta trascendencia es el resultado del esquema asegurador como tal, en el cual la aseguradora misma debe creer y estructurar sus cálculos de valoración del estado del riesgo en base a las declaraciones y demás información que suministre el asegurado.

En palabras de Andrés Ordoñez *“una vez se celebra el contrato y a lo todo lo largo del desarrollo del mismo, por demás, es también el asegurado quien va a estar presente y vigilante sobre el interés y sobre los elementos determinantes del riesgo. De esta manera, corresponde a él, más que al asegurador, ejercer los controles necesarios para que el estado del riesgo no se agrave y para que en un momento dado la cuantía asignada al interés no resulte desproporcionada respecto de su valor real”*⁴⁶. Esta situación revela la estricta buena fe necesaria por parte del asegurado, entendiendo que el asegurador se encuentra sometido a la conducta que despliegue el asegurado.

La Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2006, en la cual fue magistrado ponente Ruth Marina Díaz Rueda, sentó su posición sobre la buena fe que debe exigirse en un contrato de seguro, argumentando lo siguiente: *“es necesario señalar que el principio de la buena fe que debe reinar en toda clase de actuaciones, en la especie de estos contratos adquiere especial connotación*

⁴⁵ ORDOÑEZ ORDOÑEZ. Op. cit., Pág. 103.

⁴⁶ ORDOÑEZ ORDOÑEZ. Op. cit., Pág 103.

como un deber precontractual al que se le da gran importancia. El artículo 1058 del código de comercio dispone que el tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinen el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador; en caso contrario, esto es, si aquel decae en la reticencia o inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por este, lo hubieran retraído de asegurarlo, o inducido a estipular condiciones más onerosas, se produce la nulidad relativa del mismo”.

De esta manera es posible dar una connotación especial al principio rector de la buena fe, reconociendo que éste tiene un carácter especial en el contexto asegurador, ya que delimita los elementos esenciales del contrato de seguro.

De esta manera se hace evidente que la buena fe tiene una gran relación con la declaración del estado del riesgo, tema que será tratado con mayor profundidad y detalle en capítulos posteriores.

2.2.8. Contrato de Adhesión

En materia jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia, a través de las sentencias proferidas el 8 de mayo de 1974⁴⁷ y el 21 de marzo de 1977⁴⁸, ha establecido que el contrato de seguro es un contrato de adhesión en el cual el asegurador impone las condiciones y el tomador se acoge a ellas al momento de contratar.

Pese a esta claridad en materia jurisprudencial, doctrinalmente este es un aspecto discutido, debido a que el efecto práctico de esta clasificación está relacionado con que la parte en contra de la cual se deben interpretar las cláusulas ambiguas o mal redactadas.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil del ocho (8) de mayo de mil novecientos setenta y cuatro (1974).

⁴⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil del veintiuno (21) de marzo de mil novecientos setenta y siete (1974).

Ahora bien, frente al tema de la interpretación de cláusulas ambiguas, hay dos circunstancias que inclinan la interpretación de éstas a favor de la parte asegurada. La primera, implica reconocer que ante normas de carácter imperativo impide que estas sean modificadas en su sentido original a menos que dicha modificación sea a favor de la parte adherente. La segunda, está relacionado con el ente de vigilancia y control de este tipo de contratos, la Superintendencia Financiera. Esta entidad, tiene la facultad de intervenir a las aseguradoras para evitar que se incluyan cláusulas abusivas o elementos susceptibles de inducir a algún error al asegurado.

Siguiendo Andrés Ordoñez Ordoñez podemos concluir que *“a pesar de la existencia de estos elementos morigeradores, estamos sin duda frente a un contrato de adhesión”*⁴⁹. Esta conclusión es admisible comprendiendo el monopolio de las entidades aseguradoras sobre la técnica de los seguros, situación que los faculta a poner condiciones específicas a las cuales un posible tomador se debe adherir para tener acceso a un seguro.

2.2.9 Contrato Indivisible

Esta característica del contrato de seguros tiene una implicación práctica altamente relevante: la posibilidad de alegar vicios originarios por parte del asegurador y, por parte del asegurado, la facultad de solicitar que su aseguradora responda por un eventual siniestro hasta que el contrato se rescinda.

Esta característica es definida por José Efrén Ossa como *“la posibilidad que tienen las partes de alegar en todo tiempo, por más que el contrato haya sido sucesivamente renovado a cada uno de sus vencimientos, los vicios originarios, igual que la agravación de los riesgos sin la aquiescencia del asegurador”*.

⁴⁹ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Op. cit., Pág. 104.

Además de esta consecuencia de la indivisibilidad, es que el asegurador es responsable hasta que el contrato se rescinda. De esta forma, se hace evidente que existe una solución de continuidad en el contrato de seguro desde el primer contacto del asegurador con el tomador, independientemente de que cambien algunos elementos específicos de la póliza con cada renovación.

2.3. SUJETOS DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Una vez ha finalizado la definición de las características inherentes al contrato de seguro, es pertinente entrar a delimitar las partes que integran dicho contrato. Esto es altamente relevante porque a pesar de comprender al seguro como un contrato bilateral, en su formación y en sus efectos pueden intervenir una gran cantidad de sujetos que serán determinados a continuación.

2.3.1. Partes Contratantes

Son partes contratantes del contrato de seguro quienes directamente se obligan en relación con el contrato celebrado.

2.3.1.1. Asegurador

El Código de Comercio, en su artículo 1037, define a la entidad aseguradora como *“la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos”*. De la interpretación de esta norma es posible determinar que, por un lado, una persona natural no puede hacer las veces de asegurador, ya que la norma expresamente requiere que esta parte del contrato sea una persona

jurídica nacional o extranjera. Por otro lado, se requiere que la persona jurídica nacional o extranjera, que desee ejercer las funciones de asegurador haya sido creada bajo el modelo societario de la sociedad anónima y que además de esto, cuente con una autorización para el desarrollo de dicha actividad.

El Código de Comercio en el artículo 1037, determina que la nulidad absoluta del contrato será la sanción derivada de incumplir lo antes mencionado. Esta sanción se concreta debido a que se considera violación de norma imperativa el celebrar un contrato de seguros con una persona natural o con una persona jurídica que carezca de la autorización requerida por la Superintendencia Financiera⁵⁰.

Ahora bien, es importante destacar tal como lo hace J. Efrén Ossa citando a Picard y Bensson que *“la actividad aseguradora no puede existir sino en el seno de una empresa científicamente organizada. Es por esto que la técnica de solidaridad por mutualidad solo puede realizarse por intermedio de un asegurador profesional.”*⁵¹.

Es evidente la trascendencia y especial cuidado que debe tenerse sobre el desarrollo del objeto social de las entidades aseguradoras en el contexto social colombiano por ser estas entidades, las encargadas de efectuar la promesa de pago del siniestro, previa verificación de las condiciones pactadas con el tomador que se registraron en la póliza. Es por esta promesa que se ha decidido regular íntegramente el trabajo de la entidad aseguradora para permitir que los asegurados no vean en peligro el pago de sus primas y para evitar que estas entidades cometan errores significativos que alteren la situación patrimonial del asegurado⁵².

⁵⁰ Es pertinente señalar que además de viciar absolutamente el contrato de seguro, la celebración de un contrato de seguros con una aseguradora no autorizada puede traer aparejada una sanción de responsabilidad civil tal y como lo dispone el artículo 899 del Código de Comercio Colombiano.

⁵¹ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 3.

⁵² Actualmente en Colombia existen 14 entidades aseguradoras de vida y 19 entidades de seguros de daños autorizadas.

2.3.1.2. El Tomador

El tomador de un seguro es la persona natural o jurídica que, actuando en nombre propio o por cuenta ajena, traslada los riesgos a una entidad aseguradora facultada para asumirlos. Esta definición tomada en relación con lo dispuesto por el ordinal segundo del artículo 1037 del Código de Comercio, permite identificar al tomador como la contraparte del asegurador en la formación del contrato.

Según Efrén Ossa el concepto de tomador es *“una calidad unitaria que tanto vale en los seguros de daños como en los seguros de personas, y en la mayoría de los casos, este concepto coincide con el asegurado”*⁵³. Pese a esta posible coincidencia de rol en la posición del tomador, en algunas ocasiones la doctrina y la normatividad cometen imprecisiones al denominar al tomador tal y como si fuera el asegurado; esto es impreciso por que existen algunos contratos en los que el titular del interés asegurado no es precisamente el tomador, situación que no lo legitima para solicitar la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro.

Esta situación implica reconocer que la identidad del tomador depende de la modalidad a través de la cual éste actúe. Dichas modalidades pueden ser las siguientes:

- Por cuenta propia: En esta modalidad el contrato de seguros corresponde a quien lo ha contratado en su propio nombre o en ejercicio del derecho de representación. Es decir, quien ha trasladado un riesgo sobre su propia vida o patrimonio, es el tomador del seguro.

La normatividad sobre la determinación de la calidad del tomador, en la póliza regulada en el artículo 1047 del Código de Comercio, permite interpretar que esta modalidad opera a modo de regla general frente al contrato de seguro. Es por esto que cuando no está claramente determinado si la póliza se suscribió por cuenta propia o por cuenta de un tercero, se debe presumir que el tomador actúa por cuenta propia. Bajo este

⁵³ OSSA GOMÉZ. Op. cit., Pág. 5.

escenario es admisible identificar al tomador con el asegurado, ya que *“como tomador asume las obligaciones que le impone el contrato y como asegurado es el interesado en la traslación de los riesgos cubiertos por el seguro... esta identidad únicamente se desintegra cuando se toma un seguro sobre la vida de un tercero.”*⁵⁴

- Seguro por cuenta de un tercero: Esta modalidad está regulada en el artículo 1039 del Código de Comercio de la siguiente manera: *“El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.”*. Es importante señalar que aunque el tercero no interviene en la celebración del contrato, se puede ver afectado en sus derechos por las excepciones que el asegurador presente en contra del tomador del seguro, que en esta modalidad conserva cierta relación con el interés asegurable aunque el tercero sea el asegurado principal.

Esta modalidad de contratación ha sido de gran utilidad en materia de seguros de vida, ya que el artículo 1137 dispone que en el seguro sobre la vida de un tercero el titular del interés asegurable es el tomador del seguro, mientras que el tercero asegurado puede ser un alimentante o una persona cuya muerte represente un perjuicio económico significativo para el tomador. Este caso es claramente la utilización de los denominados *“Bancaseguros”* en los cuales, el tomador es la entidad financiera, el asegurado es el deudor hipotecario y los beneficiarios son la entidad financiera hasta el importe de la deuda y los familiares del deudor hipotecario en el monto restante. De esta manera esta modalidad se convierte en una doble garantía en los casos de créditos hipotecarios, ya que además del inmueble, un seguro garantiza a la entidad financiera el pago de la suma adeudada aunque su deudor muera.

- Seguro en nombre de un tercero sin poder para representarlo: La ley regula en su artículo 1038 la posibilidad de suscribir un seguro en nombre de un tercero sin estar facultado expresamente para actuar. Esta modalidad que tiene una gran similitud con la venta de cosa ajena o el mandato sin representación, se caracteriza porque el

⁵⁴ OSSA GOMÉZ. Op. cit., Pág. 6.

tomador de la póliza actúa en todo momento en interés de un tercero que será el titular del interés asegurable.

Siguiendo a Efrén Ossa, el tomador de este tipo de seguro “*actúa en un carácter precario y está llamado a ostentar esa calidad mientras el tercero en cuyo nombre estipula define su posición contractual.*”⁵⁵. Determinada esta situación, pueden suceder dos cosas:

1. Que se efectúe la ratificación por parte del tercero, en este evento, a partir del momento en que el asegurador tiene noticia de la ratificación. El tomador original del contrato se desvincula de la relación contractual, dejando en cabeza del tercero titular del interés asegurable las obligaciones propias al tomador de un seguro.

Es importante tener en cuenta que “*cumpliendo la función provisoria del seguro, el legislador en lo posible ha querido proveer la salvaguarda del contrato.*”⁵⁶. Esta ratificación por parte del tercero en cuyo nombre se contrata el seguro tiene dos particularidades específicas: la primera es que produce efectos retroactivos hasta el momento en que se dio la formación del consentimiento en el contrato. La segunda es que procede incluso después de ocurrido el siniestro y después de pasar el término de caducidad del contrato.

2. Que no se ratifique por parte del tercero. Esta situación significa para el asegurador, la cesación de los riesgos a su cargo que podrían ser objeto de cobertura y para el tomador, la liberación de sus obligaciones sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1119 del Código de Comercio.

Esta combinación de efectos en las partes del contrato no representa otra cosa que la extinción del contrato, a no ser de que se incurra en la conducta descrita por el artículo 841 del Código de Comercio: “*El que contrate a nombre de otro sin poder o excediendo el límite de éste, será responsable al tercero de buena fe exenta de culpa de la*

⁵⁵ OSSA GOMÉZ. Op. cit., Pág. 7.

⁵⁶ DONATTI, Antígono. Trattato del diritto delle assicurazioni private. Segunda Edición. Milán : Ed. Giuffré, 1954. Pág. 69.

prestación prometida o de su valor cuando no sea posible su cumplimiento, y de los demás perjuicios que a dicho tercero o al representado se deriven por tal causa.”.

2.3.2. Terceros Interesados

Es pertinente determinar que una vez se establece un vínculo contractual, no sólo se genera una relación obligacional entre las partes contratantes. Existen múltiples eventos en los que de un contrato celebrado, se desprenden efectos importantes en personas que aunque no sean parte directa del contrato, cargan alguna relación con dicho vínculo, relación que en algunas ocasiones puede generar algún beneficio y en otras un perjuicio.

En razón de esto, durante este numeral se determinarán los terceros interesados o afectados por la celebración de un contrato de seguros.

2.3.2.1. El Asegurado

Aunque en la mayoría de las ocasiones este sujeto puede ser identificado con el tomador del seguro, la existencia de múltiples eventos en los cuales esta identidad es inexistente, implica que como tal se le da una connotación de tercero interesado al asegurado en un contrato de seguro.

Generalmente, la doctrina define al asegurado como el titular del interés asegurable. Esta definición, aunque es acertada, desconoce la existencia de dos contextos en la dinámica aseguradora que prevé dos grandes ramos de seguros en los cuales el asegurado es definido de manera dispar. Por este motivo, es pertinente evidenciar esas distintas connotaciones que cada ramo de seguros da al concepto de asegurado.

2.3.2.1.1. El asegurado en los seguros de daños.

El asegurado en los seguros de daños es *“la persona titular del interés asegurable o sea aquella cuyo patrimonio puede resultar afectado directa o indirectamente por la realización de un riesgo”*⁵⁷.

En este escenario es claro que el asegurado es quien está llamado a solicitar el derecho a la prestación asegurada, pues directamente es quien ve afectado su patrimonio con la ocurrencia del siniestro.

Es pertinente determinar que al momento de solicitar la indemnización en un seguro de daños, el asegurado debe tener en cuenta algunos aspectos generales relevantes sobre este tipo de seguros y sus indemnizaciones:

- En los seguros de daños opera el principio indemnizatorio. Este principio, regulado en el artículo 1088 del Código de Comercio, implica que la suma derivada de la ocurrencia del siniestro será meramente indemnizatoria y jamás podrá convertirse en una fuente de enriquecimiento para el asegurado. Esta norma implica que el valor de la prestación aseguradora será determinado por el valor real del bien al momento del siniestro. Como lo afirma Fernando Palacios Sánchez *“esta determinación del valor a indemnizar tiene por objeto evitar eventos de sobreseguro o infraseguro en los cuales se perderán las primas pagadas en exceso del valor real (sobreseguro) o, se aplicara la regla de proporcionalidad para tasar la suma a indemnizar (infraseguro)”*⁵⁸.

- En cuanto al ejercicio del derecho de subrogación, en los seguros de daños, el artículo 1096 determina que *“el asegurador que pague una indemnización se subroga por el ministerio de la ley hasta concurrencia de su importe en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro.”* De esta manera la ley regula la posibilidad de perseguir a quien ocasione el siniestro para recuperar el monto indemnizado. Claro está, si el proceso derivado del derecho de subrogación

⁵⁷ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 8.

⁵⁸ PALACIOS SÁNCHEZ, Op. cit., Pág. 43.

entrega a la aseguradora una suma mayor a la indemnizada, esta entidad deberá restituir al asegurado la diferencia.

- Existe la obligación de mantener el estado del riesgo por parte del tomador y de notificar en la oportunidad debida cualquier variación de dicho estado del riesgo que pueda ser significativa para el asegurador.

2.3.2.1.2. El asegurado en los seguros de personas

En palabras de Efrén Ossa, *“en los seguros de personas el asegurado no puede definirse como en los seguros de daños, como el titular del interés asegurable, porque este suele ser, la persona sobre cuya vida se hace el seguro, la que está llamada a padecer eventualmente los riesgos asegurados.”*⁵⁹.

Es posible, en razón de este planteamiento, identificar al asegurado como la persona que decide celebrar un contrato de seguro que proteja a sus beneficiarios de las consecuencias derivadas de su eventual muerte.⁶⁰

Es pertinente tener en cuenta los siguientes aspectos sobre este seguro al momento de ocurrir el siniestro:

- En los seguros de personas no hay lugar a la aplicación del principio indemnizatorio. Esta afirmación tiene lugar debido a la aplicación del artículo 1138 del Código de Comercio el cual regula que *“En los seguros de personas, el valor del interés no tendrá otro límite que el que libremente le asignen las partes contratantes, salvo en cuanto al perjuicio a que se refiere el ordinal 3o. del artículo 1137 sea susceptible de evaluación cierta”*.

Esta norma se sustenta en relación con el derecho a la vida y el valor de la vida misma, ya que se comprende que ésta no tiene precio y ante esta imposibilidad de

⁵⁹ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 7.

⁶⁰ Sobre este punto es claro que puede tomarse un seguro sobre la vida de un descendiente o sobre la vida de una persona cuya muerte pueda generar un perjuicio económico significativo.

cuantificación surge la necesidad de permitir que cada quien dé valor a su propia vida en razón de su capacidad adquisitiva. Aun así, la realidad práctica del contexto asegurador implica que la aseguradora revise la información de ingresos y de salud de la persona que va a tomar el seguro y en razón de esto, acepte o no suscribir el contrato de seguro.

- En cuanto al derecho de subrogación, esta es una facultad inexistente en cuanto al seguro de personas, a no ser que el asegurador pretenda subrogarse en algún amparo que tenga carácter indemnizatorio. Esta regulación está contenida en los artículos 1139 y 1140 del Código de Comercio.

- En los seguros de personas no existe la obligación de mantener el estado del riesgo ni la obligación de notificar al asegurador de cualquier variación de este estado. Esta exención está determinada por criterios fisiológicos, ya que se entiende que el paso de los años es un aspecto significativo que representa variaciones en el estado de salud de una persona y por ende, a más edad existe mayor probabilidad de que ocurra el riesgo objeto de cobertura.

2.3.2.2. El Beneficiario

El beneficiario carece de una definición específica en la normatividad del Código de Comercio. Sin embargo, la doctrina ha considerado que éste es una *“persona que no participa en la formación de contrato pero que está destinada a percibir el valor del seguro en caso de presentarse el siniestro en razón de un contrato celebrado en su favor; asimismo, es el beneficiario sujeto pasivo de aquellas cargas que debe observar como presupuesto condicionante de la referida prestación de la que es acreedor.”*⁶¹.

⁶¹ STIGLITZ, Rubén. Derecho de seguros. Ed. Buenos Aires : Ed. La Ley, 2004. Pág. 189.

A pesar de no estar definido en la ley, todo contrato de seguro debe tener un beneficiario designado⁶².

Existen dos tipos de beneficiarios en un esquema asegurador: un beneficiario legal y un beneficiario contractual.

2.3.2.2.1. Beneficiario Legal

Este beneficiario deriva su derecho de la ley y puede ejercerlo conforme a sus términos. Este tipo de beneficiario se da únicamente en los derechos de personas. El Código de Comercio identifica algunos casos de beneficiario legal en los siguientes artículos:

“Artículo 1141: DESIGNACION DE BENEFICIARIOS. Cuando no se designe beneficiario, o la designación se haga ineficaz o quede sin efecto por cualquier causa, tendrán la calidad de tales el cónyuge del asegurado, en la mitad del seguro, y los herederos de éste en la otra mitad. Igual regla se aplicará en el evento de que se designe genéricamente como beneficiarios a los herederos del asegurado”.

“Artículo 1142: BENEFICIARIOS EN CASO DE CONMORIENCIA. Cuando el asegurado y el beneficiario mueren simultáneamente o se ignora cuál de los dos ha muerto primero, tendrán derecho al seguro el cónyuge y los herederos del asegurado, en las proporciones indicadas en el artículo anterior, si el título de beneficiario es gratuito; si es oneroso, los herederos del beneficiario”.

⁶² Es pertinente aclarar que, cuando se omite determinar a un beneficiario la ley de manera supletiva, otorga esa condición al asegurado.

2.3.2.2.2. Beneficiario Contractual

Este beneficiario es proveniente de la estipulación que expresamente hace el tomador en la póliza. Bajo este escenario es claro que el derecho surge para el beneficiario según el contrato mismo y sus cláusulas, pues de este documento es que se derivan sus efectos.

Algunas generalidades sobre los beneficiarios son las siguientes:

- Ya que no es influyente para la determinación del riesgo, el tomador podrá designar al beneficiario libremente si se trata de una designación a título gratuito. Esta tesis fue refrendada por el doctor Efrén Ossa en la ponencia que este presentó en el 3er Congreso Mundial de Aida, en la cual decía al respecto del tema: *“Hay sin embargo, en el seguro de vida, una estipulación que, con ser fundamental para el asegurado, es indiferente para el asegurador y sobre la cual no se requiere, por lo tanto, el concurso de voluntades que es esencial en todo contrato. Es la designación del beneficiario que compete, en modo exclusivo al asegurado”*⁶³.
- En los seguros de vida en que el asegurado es una persona diferente al tomador, el llamado a hacer la designación del beneficiario, es el asegurado por ser quien tiene el interés asegurable.
- Los beneficiarios designados a título gratuito pueden ser modificados libremente. Entre tanto, para modificar un beneficiario que no es designado libremente, la aseguradora requiere que conste que dicha modificación es autorizada por el beneficiario que dejará de serlo. Es por esto que al momento de su designación el beneficiario a título gratuito adquiere una mera expectativa y el beneficiario a título oneroso adquiere un derecho al cual únicamente él puede renunciar.
- El nombre del beneficiario debe constar en la carátula de la póliza del contrato de seguro.

⁶³ PALACIOS SÁNCHEZ, Op. cit., Pág. 36.

- En los seguros de vida, cuando un beneficiario muere antes que el asegurado, la designación se hace ineficaz y se da aplicación a lo dispuesto por el artículo 1142 del Código de Comercio. En el evento de que mueran simultáneamente, el beneficiario y el asegurado se aplicarán la regla de la conmorienca.
- En los seguros de daños debe existir un vínculo entre el interés asegurable del tomador y el beneficiario del seguro. Este vínculo necesario se deriva de comprender la finalidad indemnizatoria imperante en los seguros de daños⁶⁴. En razón de esta finalidad, resultaría imposible comprender que un propietario de un inmueble designe como beneficiario de su seguro de daños a un tercero que no tenga un interés económico en relación con dicho bien y que consecuentemente no se vea afectado por los efectos negativos derivados de la ocurrencia de un siniestro.

2.4. ELEMENTOS ESENCIALES.

El Código de Comercio determina que existen cuatro elementos que hacen que el contrato sea lo que es. Tan clara es la relevancia de estos elementos para el contrato, que la misma norma determina que ante la ausencia de uno solo de ellos el contrato no producirá efecto alguno.

Estos elementos son:

1. El interés asegurable;
2. El riesgo asegurable;
3. La prima o precio del seguro, y
4. La obligación condicional del asegurador.

⁶⁴ PALACIOS SÁNCHEZ, Op. Cit. Pág. 37.

A continuación se hará una exposición de estos cuatro elementos que hacen parte de la esencia del contrato de seguros.

2.4.1. El interés Asegurable

El artículo 1083 del Código de Comercio denominado Interés Asegurable, representa un primer acercamiento al concreto de interés asegurable. Sin embargo, la definición aportada por este artículo se limita a determinar quién tiene interés asegurable dejando implícitos los factores que este concepto ostenta.

Esta situación nos obliga a acudir a la doctrina con la intención de ubicar una definición adecuada.

En palabras de J. Efrén Ossa, el interés asegurable debe ser comprendido como *“la relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular”*⁶⁵.

Este elemento de la esencia del contrato de seguro requiere, al igual que muchas otras características de este contrato, un estudio según el tipo de seguro que se pretende celebrar.

Es por esto pertinente determinar el interés asegurable tal y como es concebido en los seguros de daños y de los seguros de personas.

2.4.1.1. En los seguros de daños

El artículo 1083 determina que en estos seguros, tiene interés asegurable *“toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo.”*⁶⁶. De esta manera queda se acoge en una misma definición a todos los supuestos de daño patrimonial.⁶⁷

⁶⁵ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 67.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Esta definición de daño patrimonial comprende los conceptos de daño emergente y lucro cesante.

2.4.1.2. Elementos Integrantes del interés Asegurable en el seguro de daños:

A. El sujeto.

Es la persona que ve afectado un interés propio, ya que existe un riesgo, que en caso de concretarse, pone en peligro su propia integridad o su patrimonio. Esta amenaza es lo que motiva al sujeto a desplazar los riesgos a una entidad aseguradora que asuma los efectos ante la ocurrencia eventual de un siniestro.

B. El objeto.

Comprendiendo que el contrato de seguro tiene la finalidad de proteger al interés asegurable, es pertinente determinar que el objeto del contrato de seguro es el interés asegurable. El que el asegurado tenga interés en que el riesgo no se realice, configura el objeto del contrato de seguros.

Es este interés negativo lo que configura el objeto del seguro de daños. Para Halperin, *“Dicho interés asegurable es trascendental en los seguros por que impide que estos degeneren en una apuesta”*⁶⁸.

Según el artículo 1083 del Código de Comercio, este objeto debe cumplir con dos requisitos. Debe ser Lícito y Económico.

- Lícito: Esta licitud es identificable con la de los demás negocios jurídicos. Es decir, para que el objeto sea lícito se requiere que el interés que se pretende proteger no contraría la ley, el orden público y las buenas costumbres.

- Económico: Este requisito requiere que el contrato de seguro tenga una relación económica, es decir, el tomador del seguro debe tener un vínculo económico con el objeto del contrato de seguro.

⁶⁸ OSSA GOMEZ, Op. cit., Pág. 68.

Ahora bien, tal como lo dispone el artículo 1089 del Código de Comercio, es factible que sobre un mismo bien concurren diversos intereses independientes y autónomos, cada uno con un valor susceptible de ser estimado. Siguiendo a Efrén Ossa, *“esta situación no es problemática pues esos diversos interés son asegurables simultáneamente o sucesivamente, hasta por el valor de cada uno de ellos”*⁶⁹.

Esta confluencia de intereses implica, que si el bien sobre el cual recaen distintos intereses se siniestra, la indemnización de dicho inmueble se entregará en forma proporcional a los interesados. Dicha indemnización no podrá por ningún motivo superar el valor del bien, ya que esto supondría la violación del principio indemnizatorio.

C. Valor Económico.

Es evidente que el interés asegurable debe ser susceptible de ser valorado económicamente. Dicha valoración es determinada en razón de *“la utilidad que el objeto representa para el sujeto”*⁷⁰.

Ahora bien, es posible que el interés asegurable no sea fácilmente cuantificable al momento de celebrar el contrato. Es por esto que ante la ausencia de una suma determinada, debe entenderse que el valor económico del interés asegurable en esta clase de seguros debe coincidir con el valor máximo requerido para que el contrato pueda cumplir con su función indemnizatoria.

Este elemento es determinante en el momento que se efectúa la suscripción de la póliza, ya que este valor económico se determina unilateralmente por parte del tomador. Esta situación representa una de las primeras manifestaciones de la ubérrima buena fe exigida en este contrato.⁷¹

⁶⁹ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 71.

⁷⁰ DONATTI, Op. cit., Pág. 240.

⁷¹ Cuando el objeto tiene un valor indeterminable ambas partes contratantes estiman por mutuo acuerdo el valor de dicho objeto.

2.4.1.2. En los Seguros de Personas.

La determinación del interés asegurable en los seguros de personas ostenta una mayor dificultad debido a la necesidad de efectuar una valoración económica de la vida de una persona, bien jurídico que no admite un parámetro estándar de cuantificación. Esta situación imposibilita conocer el valor real de la prestación asegurada.

Pese a esto, la doctrina ha optado por determinar que el interés asegurable en este tipo de seguros también recae sobre un objeto específico: la vida misma. En razón de esto, el interés asegurado es definido como *“la relación económico-afectiva, amenazada por un riesgo personal que se tiene con una persona llamada asegurada y que puede o no ser objeto de eventual daño patrimonial como consecuencia de la ocurrencia del siniestro”*⁷².

A. Ámbito de Aplicación del Interés Asegurable.

En cuanto al ámbito de aplicación del interés asegurable en los seguros de vida, el artículo 1137 del Código de Comercio, delimita los objetos sobre los cuales un sujeto tiene interés asegurable de la siguiente manera:

“Toda persona tiene interés asegurable:

- 1. En su propia vida;*
- 2. En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos, y*
- 3. En la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta.*

En los seguros individuales sobre la vida de un tercero, se requiere el consentimiento escrito del asegurado, con indicación del valor del seguro y del nombre del beneficiario. Los menores adultos darán su consentimiento personalmente y no por conducto de sus representantes legales.

En defecto del interés o del consentimiento requerido al tenor de los incisos que anteceden, o en caso de suscripción sobre la vida de un incapaz absoluto, el

⁷² OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 77.

contrato no producirá efecto alguno y el asegurador estará obligado a restituir las primas percibidas. Sólo podrá retener el importe de sus gastos, si ha actuado de buena fe.”

B. Seguro Ligado al daño patrimonial.

Existe una discusión doctrinal sobre el seguro que se toma sobre la vida de otra persona. La discusión consiste en determinar si hay derecho al pago del siniestro, aun cuando para el tomador no se generó un daño patrimonial para él.

Aunque la posición de la doctrina sobre este tema no es unánime, se ha considerado, a través de la interpretación del artículo 1144 del Código de Comercio que *“En los seguros sobre la vida del deudor, el acreedor sólo recibirá una parte del seguro igual al monto no pagado de la deuda. El saldo será entregado a los demás beneficiarios.”* Es admisible considerar que para el tercero tomador de un seguro de vida, al igual que el acreedor en un seguro sobre la vida del deudor, únicamente recibirá una parte del seguro que permita cubrir el daño patrimonial que la muerte del tercero le pueda generar; quedando así, la suma restante en manos de los beneficiarios del tercero.

C. Valor Económico

Tal como se mencionó anteriormente, en lo relacionado con los seguros de vida, el interés asegurable carece de cuantificación en términos de dinero, dado que su objeto es la vida misma. La única excepción previsible es la celebración de un contrato de seguro en el que se asegure la vida de un tercero que en caso de fallecer, acarrearía un perjuicio económico significativo, evento para el cual es posible efectuar una determinación cuantificable del daño patrimonial.

En los demás casos, la normatividad soluciona esta dificultad en fundamento a lo dispuesto por el artículo 1138 del Código de Comercio, en el cual se entiende que el valor del interés en este tipo de seguros, corresponde al valor que libremente le deseen asignar las partes según la capacidad de pago del tomador.

De esta manera se hace evidencia la trascendencia que este elemento representa en la celebración del contrato de seguro, trascendencia que fue reafirmada por las altas cortes a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.⁷³

2.4.2. El riesgo Asegurable.

Para determinar este elemento esencial es pertinente partir de la definición legal que el Código de Comercio regula sobre el riesgo. A la luz del artículo 1045 de éste Código se determina que debe:

“Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento”.

Esta definición hace evidente que el riesgo dentro del esquema asegurador es un concepto con un contenido muy amplio, por lo cual es pertinente proceder a determinarlo cuidadosamente de la siguiente manera:

A. Futuro e Incierto: Esta determinación implica que el riesgo no haya ocurrido, aunque tenga probabilidades de ocurrir.

Estos dos aspectos del riesgo tienen dos excepciones relevantes. Por un lado, en el seguro de vida la eventualidad del riesgo es un suceso futuro y cierto: la muerte, pero a pesar de esta certeza, la doctrina aseguradora argumenta que la incertidumbre sobre este evento radica en el cuándo, lo que genera la posibilidad

⁷³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil del veintiuno (21) de marzo de dos mil tres (2003). M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

de ser objeto de cobertura. Por el otro lado, los eventos en los cuales se presenta la incertidumbre subjetiva, comprendida como la falta de certeza sobre la real ocurrencia del siniestro, son asegurables en determinados casos. Esta incertidumbre, según lo regula el artículo 1706 del Código de Comercio, constituye un riesgo asegurable cuando se trata de seguros marítimos en los cuales es difícil conocer el estado de las mercancías mientras se encuentran en alta mar.

B. Que sea fortuito: esto quiere decir que el suceso no dependa de manera exclusiva de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario. Esta característica del riesgo ha sido objeto de múltiples debates debido al desarrollo jurisprudencial del país.

Uno de los casos más discutidos es el suicidio, el cual la Corte Suprema de Justicia ha clasificado en materia de seguros a través de la sentencia expedida el 25 de mayo de la siguiente manera:

“Es indiscutible que la muerte, que es un hecho fortuito, pero cierto, constituye un riesgo asegurable, en los términos del artículo 1054 del Código de Comercio. Mas, como la ocurrencia de todo riesgo no debe depender “exclusivamente de la voluntad del tomador o del asegurado o del beneficiario” surge el interrogante de si el suicidio responde al concepto jurídico del riesgo asegurable... frente a estos eventos la Corte ha determinado que desde luego que quitarse la vida depende de la voluntad del tomador, por lo que la muerte no sería un riesgo asegurable. Pero como una persona puede suprimir su existencia sin que la voluntad juegue ningún papel, la doctrina a distinguido el suicidio consciente del inconsciente, según el agente tenga o no capacidad de comprender el acto que pretende realizar.”

74

De esta manera la Corte Constitucional determinó su concepto ante la ocurrencia de eventos relacionados con suicidios de personas con problemas de capacidad

⁷⁴ PALACIOS SÁNCHEZ, Op. cit., Pág. 29.

para comprender y con casos de accidentes durante la práctica de deportes extremos, en los cuales la muerte sería objeto de cobertura.

Las entidades aseguradoras trataron de salir al paso de la jurisprudencia determinando que cubrirían el suicidio voluntario, siempre y cuando éste ocurriera un año después de la suscripción de la póliza, a lo que la Corte Suprema manifestó que en eventos de suicidio involuntario o inconsciente del asegurado no se podría negar el pago del siniestro argumentando que no había pasado un año desde la suscripción del mismo, ya que dicho término no aplicaba para esos casos.

C. La realización da origen a la obligación condicional: La condición de futuro e incierto del riesgo representa que, mientras no haya ocurrido dicho evento, el asegurado o sus beneficiarios tienen una simple expectativa derivada de la potencialidad de ocurrencia del siniestro. Esta potencialidad únicamente se concreta cuando ese hecho futuro e incierto se convierte en pasado y cierto.

D. Cobertura del dolo y la culpa grave: El artículo 1055 del Código de Comercio determina que el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos son “*inasegurables*”. Pese a esta restricción consagrada en una norma imperativa, que es ciertamente contradictoria, porque existen otras normas que consagran la posibilidad del asegurador de asumir los riesgos que desee⁷⁵ y la potestad del asegurador de asegurar la responsabilidad civil contractual y extracontractual y los eventos de culpa grave⁷⁶. Esta división conceptual fue solucionada argumentando

⁷⁵ ARTÍCULO 1056. ASUNCIÓN DE RIESGOS. Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.

⁷⁶ ARTÍCULO 1127. DEFINICIÓN DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD. El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.

Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.

que, efectivamente asegurar eventos de culpa grave en materia de responsabilidad civil no contraviene las disposiciones del artículo 1055 del Código de Comercio.

Además de superar este contratiempo de la culpa grave equiparable al dolo, los altos tribunales, en especial la Corte Constitucional, limitaron la potestad de las aseguradoras de decidir cuáles riesgos cubrir y cuáles no. Muestra de esto es la sentencia T- 1165 de 2001, en la cual la Corte se pronunció sobre el carácter obligatorio de expedir un seguro de vida para un tomador que sufría de VIH. El argumento de la Corte para condenar a la suscripción de la póliza fue el siguiente: *“Esta conducta por parte de la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado Social de Derecho fundado en el respeto por la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que ser portador asintomático del VIH, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida”*. En la práctica, la entidad aseguradora emitió ante el fallo la póliza, pero determinó el valor de una cifra astronómica como prima, argumentando que ese era el valor que debía pagar una persona en esas condiciones de salud. El caso llegó nuevamente a la Corte en donde, argumentando las mismas razones, ordenó reajustar la prima de seguros al valor correspondiente a una de la misma edad que no ostentara dicho padecimiento⁷⁷.

E. Riesgos Inasegurables: Es evidente que los riesgos que recaen sobre bienes que se ubican fuera del tráfico jurídico legalmente y los demás negocios ilícitos que pretendan ser garantizados, no son objeto de cobertura. Además de estos, tampoco son objeto de cobertura los actos meramente potestativos, entre los cuales se encuentra el suicidio voluntario efectuado en un término inferior a un año contado a partir de la fecha de entrada en vigencia de la póliza.

De esta manera queda determinado el elemento del riesgo asegurable dejando en claro cuáles son los eventos susceptibles de ser asegurados y cuáles no; además

⁷⁷ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de Tutela T-086 expedida en el año dos mil doce (2012).

de relacionar el tratamiento judicial dado a los casos barrera relacionados con este elemento.

2.4.3. La Prima o Precio del Seguro.

Este elemento esencial es el encargado de permitir el funcionamiento del seguro como *“mecanismo técnico y jurídico de previsión de riesgos”*⁷⁸, ya que sin la provisión de fondos la entidad aseguradora no tendría los recursos necesarios para el pago de los eventuales siniestros que sufrieran sus asegurados, situación que a gran escala podría generar una crisis financiera susceptible de afectar diversos sectores de la economía nacional.

El artículo 1045 del Código de Comercio determina que la prima es un elemento esencial del contrato de seguro. Es importante aclarar que no es el pago de la prima lo que consolida a ésta como elemento esencial, es *“la necesidad de que la institución misma cuente con el fondo de primas que es con lo que se atenderán los futuros siniestros.”*⁷⁹.

Ahora bien, sobre las formas de pagar la prima es pertinente tener en cuenta que pese a que existen algunas características comunes, dicho pago se ejecuta de forma distinta según se trate de un seguro de daños o un seguro de personas⁸⁰.

Características del pago de la prima:

- En ambos tipos de seguros, quien debe efectuar el pago es el tomador de la póliza; esta es su obligación principal como parte contractual.

⁷⁸ PALACIOS SÁNCHEZ, Op. cit., Pág. 31.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ El pago en los seguros de daños se ejecuta teniendo en cuenta la normatividad de los artículos 1066 y 1068 del Código de Comercio. Mientras que el pago de la prima en los seguros de vida se ejecuta conforme a lo dispuesto por los artículos 1151, 1152 y 1153 del mismo código.

- Aunque se determina, en el artículo 1066 del Código de Comercio, que el pago se debe ejecutar dentro de los diez días siguientes a la fecha de entrega de la póliza, la forma de ejecutar esta prestación puede ser modificada por las partes o por disposición legal que lo ordene.

- La sanción por mora en el pago de la prima es la terminación del contrato. Además de esto, se otorga la posibilidad al asegurador de solicitar el pago de la prima devengada y los gastos de expedición de la póliza, según el artículo 1068. Sobre este tema se ha pronunciado el legislador al determinar la forma en que se debe anunciar el efecto de incurrir en mora. Es por esto que esta sanción se debe expresar en la carátula de la póliza en caracteres destacados.

- En relación con la prima en los seguros de vida individual, con reserva matemática el legislador ha determinado que:

“en los seguros que suscritos con menos de dos años de antigüedad, el asegurado que no efectuó el pago de la primera prima dará derecho a efectuar la terminación del contrato de seguro por parte del asegurador. Entretanto, en los eventos que tienen más de dos años de antigüedad, se terminara el seguro cuando el valor de las primas atrasadas y el de los prestamos efectuados con sus intereses, excedan el valor de la cesión o rescate.”⁸¹.

2.4.4. La obligación Condicional del Asegurador.

Esta obligación condicional consiste según lo dispuesto por el numeral tercero del artículo 1053 del Código de Comercio en que *“en caso de ocurrir el siniestro, siempre que no opere una casual de inoperancia del contrato de seguros,*

⁸¹ PALACIOS SÁNCHEZ. Op. cit., Pág. 33.

corresponderá al asegurador pagar el valor del seguro dentro del mes siguiente la fecha en que el asegurado o el beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador”.

Esta obligación que materializa la promesa de pago del asegurador, móvil determinante que lleva a que el tomador contrate el seguro, es un elemento esencial ya que las compañías de seguro se encargan de identificar a través de la investigación si hay lugar a objetar el siniestro determinando que existe una causal de inoperancia del contrato de seguro.

Según Hernán Fabio López Blanco, este elemento esencial es objeto de múltiples cuestionamientos, ya que un sector de la doctrina considera que esta obligación se encuentra inmersa dentro del concepto de riesgo, lo que conduce a desvirtuar la esencialidad de este elemento frente al contrato de seguro.

Con el análisis de este último elemento esencial del contrato de seguro, se cierra el segundo capítulo del presente trabajo y se introduce al tema de la declaración del estado del riesgo. Este es uno de los temas más investigados por la aseguradora cuando ocurre el siniestro, ya que en caso de encontrarse alguna inconsistencia en tal declaración, la aseguradora podrá suspender la ejecución de su obligación condicional y eventualmente, efectuar alguna sanción derivada del hallazgo de una conducta reticente.

CAPÍTULO 3.

PROFUNDIZACIÓN A LA FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.

Dentro de una dinámica contractual, es evidente la relevancia jurídica que ostenta la formación del consentimiento⁸², concebida desde el momento en el cual las partes establecen un primer contacto directamente orientado a la celebración de cualquier modelo contractual.

Esta relevancia se acrecienta cuando se ingresa en una dinámica aseguradora en la que al analizar los efectos de la presencia de vicios del consentimiento o deficiencias en el cumplimiento de obligaciones precontractuales, tiene una incidencia mayor que impacta directamente en el efectivo cumplimiento de la obligación condicional por parte del asegurador ante eventos catastróficos.

En razón esto, es necesario analizar durante el desarrollo de este capítulo, la conducta que debe ser desplegada por cada una de las partes antes de la formación del consentimiento con la cual surge en contrato de seguros.

3.1. ETAPA PRECONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE SEGURO.

Como se mencionó previamente, la etapa precontractual adquiere una especial relevancia en frente al derecho de seguros, ya que en esta fase las partes asumen cargas contractuales y ejecutan actuaciones que son reguladas legalmente a la luz del principio de buena fe contractual y precontractual.

Existen múltiples interpretaciones de los presupuestos mínimos que deben ser cumplidos para poder llegar a un acuerdo de voluntades que, como efecto jurídico,

⁸²Según lo explica Guillermo Ospina Fernández en su obra denominada "Régimen General de las Obligaciones" el consentimiento en materia contractual debe ser comprendido como el acuerdo de dos o más voluntades sobre un mismo objeto jurídico. Dicho acuerdo está directamente destinado a producir efectos jurídicos.

permita la creación de un contrato. Una de estas teorías determina que mientras se cumplan las normas imperativas y los principios rectores del derecho contractual, se estará conformando adecuadamente un acuerdo de voluntades.⁸³

Ahora bien, de esta manera puede resultar claro que cumplir con los presupuestos básicos exigidos para configurar un actuar responsable en materia aseguradora, permite a ambas partes formar su consentimiento de manera libre, consciente y exenta de vicios. A su vez, cuando se infringen estos postulados básicos de la responsabilidad precontractual, podría conducir el contrato directamente al fracaso, ya que por un lado, pone en tela de juicio la obligatoriedad de ejecutar las obligaciones principales de las partes y, por otro lado, podría generar algún efecto sancionatorio a la parte que actuó de manera irresponsable durante esta etapa del contrato.

En razón de esto, procederemos a determinar algunos aspectos que ostentan una gran trascendencia dentro de la etapa precontractual del contrato de seguro.

3.2 LA INFORMACIÓN Y SUS CARGAS

La información es un elemento altamente incidente en la formación del contrato de seguros y en la determinación específica de las obligaciones a las que éste dará lugar.

Consiste en que el potencial tomador, por ser la parte que efectivamente conoce el estado real del riesgo que ostenta, suministre a su contraparte toda la información requerida por esta, para lograr una determinación adecuada de la situación del riesgo para que le permita valorarlo técnicamente y así determinar el monto de las obligaciones que regirán el contrato.

⁸³ MOSSET ITURRASPE. Jorge – PIEDECASAS. Miguel A. Responsabilidad Precontractual. Santa Fe Argentina : Ed. Rubinzal y Culzoni, 2006.

Ahora bien, así la ley exija que el tomador sea quien suministre la información por ser quien en efecto conoce el verdadero estado del riesgo, esto no desplaza toda la carga de informar al tomador. La razón de esta afirmación radica en lo determinado por el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio en el cual se regula que: *“Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.”*

De esta manera se desestima la imposición absoluta de la carga informativa al potencial tomador, afectando así a la entidad aseguradora quien tendrá la obligación de investigar minuciosamente la información suministrada. Este desplazamiento de parte de la carga informativa se debe a la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en la cual, *“más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla”*⁸⁴. La interpretación de este principio procesal hace comprender que la profesionalidad y el manejo experto de los seguros permiten a las entidades aseguradoras contar con una ventaja informativa que presupone el conocimiento sobre la verdadera información relevante para la determinación adecuada del riesgo, situación que hace posible la imposición de esta etapa precontractual⁸⁵.

⁸⁴ PEYRANO, Jorge Walter. Cargas Probatorias Dinámicas. Argentina : Eds. Rubinzal-Culzoni, 2008. Pág. 638. Argentina.

⁸⁵ En relación con la etapa precontractual, es importante resaltar el papel que juegan los intermediarios de seguros, ya que en una gran cantidad de oportunidades son quienes tienen un primer contacto con el potencial tomador de un seguro. Es importante tener en cuenta que los corredores de seguro son personas jurídicas independientes de la aseguradora, por lo que son vigiladas directamente por la Superintendencia Financiera. Es importante comprender que su independencia hace que estas entidades actúen en su propia representación y no en representación de la entidad aseguradora. Esta condición diferencia a los corredores de las agencias de seguro que sí actúan en representación de la entidad aseguradora.

En razón de lo anterior, es claro que la determinación adecuada del riesgo parte de una operación en la que, tanto tomador como asegurador, deben poner de su parte para evitar una determinación de sus obligaciones que no sea acorde al real estado del riesgo. Esta conclusión es sustentable a través de teorías como las planteadas por Carlos Alberto Gherzi, quien plantea lo siguiente: *“Si la información del tomador es tendencialmente insuficiente e imperfecta, debe suplirse con el conocimiento que posee por profesionalidad la compañía de seguro, de tal forma que el primer factor se compense y se potencie para lograr confiabilidad y asegurabilidad con mayor eficacia y eficiencia”*⁸⁶.

3.3. LA UBÉRRIMA BUENA FE

La buena fe, como principio constitucional⁸⁷ rector del derecho contractual, debe imperar en todo contrato celebrado. Es por esto que la normatividad nacional lo ha definido tanto en el Código Civil como en el Código de Comercio, permitiendo así que este aplique en diversas relaciones contractuales civiles y comerciales. Estas características específicas, determinan el alcance de este principio, el cual comprende la etapa precontractual y todas las actuaciones que las partes ejecuten durante la vigencia del contrato celebrado.

En materia contractual, la buena fe puede ser definida como *“la obligación de conducirse con honestidad, honradez, rectitud integridad, y veracidad en el obrar”*⁸⁸. Esta obligación adquiere especial relevancia en relación con el contrato de seguro, un contrato que se caracteriza porque la actuación de las partes es el factor que determina el monto de las obligaciones y las condiciones en las que debe ejecutarse

⁸⁶ GHERZI, Op. cit., Pág. 62.

⁸⁷ CONSTITUCION POLITICA COLOMBIANA. ARTÍCULO 83: Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.

⁸⁸ FELIX MORANDI, Juan Carlos. VI Foro Internacional de Reaseguros : El principio de “máxima buena fe” en época de crisis. Panamá. Pág. 25. 1986.

el contrato. En razón de esta exigencia adicional a la buena fe que deben desplegar las partes, es que se ha denominado al seguro como un contrato de “ubérrima buena fe”. Esta connotación implica que a las partes contratantes deban ejecutar sus actuaciones propias con un concepto máximo de diligencia, sinceridad y cuidado.

Existen múltiples pronunciamientos doctrinales acerca de este concepto tan trascendental. Tales pronunciamientos se deben a la necesidad de determinar cuál es la buena fe exigida en estos contratos: si la buena fe objetiva, comprendida como una valoración técnico jurídico que determina cuál es el parámetro de actuación que un sujeto debe seguir en sus relaciones contractuales; o si la buena fe subjetiva, que representa una posición más ética y moral de la buena fe, relacionada con la conciencia del sujeto de obrar bien o mal en relación con determinada conducta solicitada.⁸⁹ Esta división del concepto de buena fe permite comprender que en un esquema asegurador en el que se debe cumplir con una idea de ubérrima buena fe de sus contratantes, tanto la buena fe objetiva como la buena fe subjetiva, deben ser actuaciones observadas por ambas partes para garantizar un adecuado desarrollo de las obligaciones derivadas del contrato.

Al igual que la doctrina, la jurisprudencia de las altas cortes ha construido un concepto de buena fe en relación con la actividad aseguradora. Muestra de esto está representado por la sentencia 6146, expedida por la Corte Suprema de Justicia el día 2 de agosto de 2001 bajo la ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en la cual se determinó lo siguiente en relación con la buena fe:

“Este concepto hace referencia a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental entre otros, Así pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud y con honestidad...En general obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad

⁸⁹ SOLARTE RODRIGUEZ, Arturo. “La Buena fe Contractual y los deberes secundarios de conducta.” [En Línea] <http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/7Solarteult..pdf> [Consultado el 4 de abril del 2014.]

o pulcritud...En lo concerniente a su alcance se dice que “se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada 'buena fe subjetiva' (creencia o confianza), al igual que en la 'objetiva' (probidad, corrección o lealtad). Además de esto, es un concepto bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, respecto de una sola de ellas.”⁹⁰

A raíz de esto, es posible concebir a la buena fe como una condición indispensable que debe analizarse en cada etapa contractual, incluyendo la fase precontractual en la que este concepto asume un papel protagónico. Pese a esto, es relevante resaltar que, además de la etapa precontractual, la obligación de actuar de buena fe se ve implícita en un sin número de actuaciones posteriores a la declaración del estado del riesgo. Esta idea se ve justificada por la existencia de deberes y obligaciones como; el cumplimiento de las garantías⁹¹ solicitadas por la entidad aseguradora, la obligación de mantener el estado del riesgo en cabeza del tomador declarando cualquier situación de la que se pueda derivar una variación del estado de este, informar a la aseguradora oportunamente la ocurrencia del siniestro, facilitar el ejercicio del derecho de subrogación y evitar la propagación del siniestro, entre otras. Todos estos conceptos permiten identificar a la buena fe como una exigencia de conducta permanente que acompaña al tomador y al asegurador desde la etapa precontractual hasta el final de la vigencia del contrato.

⁹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del dos (2) de agosto de dos mil uno (2001), Expediente 6141. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁹¹ Las garantías del asegurado son definidas en el artículo 1061 del Código de Comercio como la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla.

La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción.

Es importante tener en cuenta que estas garantías pueden ser: (i) afirmativas, cuando al declarar el estado del riesgo el tomador afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho en relación con el estado del riesgo; ó (ii) de conducta, cuando la entidad aseguradora exige que el tomador cumpla con la ejecución o inejecución de una conducta determinada que pueda generar una variación significativa del riesgo.

Cumplir estas garantías es un elemento trascendental en el esquema asegurador, ya que tal como lo afirma el doctrinante Efrén Ossa, su incumplimiento faculta al asegurador para dar por terminado el contrato antes o después de la ocurrencia del siniestro.

3.4. EL DEBER DE DECLARAR EL ESTADO DEL RIESGO

La declaración del estado del riesgo es uno de los temas más álgidos y debatidos en materia aseguradora. La razón que justifica su estudio es precisamente la trascendencia que de este se deriva, ya que en la realidad la indebida declaración del estado del riesgo es una de las fuentes principales de objeción al pago del siniestro por parte de la entidad aseguradora.

Una de las primeras discusiones de la doctrina acerca de esta temática es su connotación, ya que se discute si este elemento es una carga precontractual o una obligación. Esta discusión es resuelta a partir de un elemento básico que diferencia a estos dos conceptos: la coactividad. En las obligaciones, existe la facultad sancionatoria, esto implica la posibilidad de que coactivamente se exija el cumplimiento de alguna prestación debida y se imponga una sanción. Entretanto, una carga es una conducta que una parte contractual debe desplegar en búsqueda de su propio beneficio. Este concepto no implica una facultad coactiva, ya que su incumplimiento únicamente genera un efecto negativo en relación con el éxito del interés contractual.

En razón de lo anterior es posible considerar que la declaración del estado del riesgo es una carga precontractual, que de ser incumplida traerá aparejada como efecto la nulidad del contrato de seguro, elemento que será analizado más adelante.

El Código de Comercio, en su artículo 1058, define el concepto de la declaración del estado del riesgo y las sanciones que trae aparejado el incumplimiento de esta carga de la siguiente manera:

“El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren

retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.”

Tal como se mencionó anteriormente, aunque ambas partes en un contrato de seguro ostentan algunas cargas con respecto a la información que debe ser suministrada, es el tomador del seguro quien de manera principal debe cumplir la carga de la declaración del estado del riesgo, allegando a la entidad aseguradora toda la información que revele en forma veraz y certera el estado del riesgo. La imposición de esta carga obedece a razones lógicas, no hay duda que el tomador es la persona que se encuentra más próximo o más cercano al riesgo. Esta posición de cercanía implica que el tomador, es quién mejor conoce las circunstancias subjetivas y objetivas que determinan la existencia del riesgo, elemento que por ende, motiva a contratar un seguro.

Ahora bien, en cuanto a la declaración como acto a través del cual se brinda, únicamente por parte del tomador, información enderezada a obtener una oferta formal por parte del asegurador⁹². Es pertinente tener en cuenta que existen algunos requisitos que esta manifestación del tomador debe tener para producir los efectos esperados. Estos requisitos, citando a Ossa Gómez,⁹³ son los siguientes:

1. *Sinceridad*: La declaración debe ser un fiel reflejo de la realidad. Esta obligación de informar sinceramente el estado del riesgo implica la aceptación de los postulados de la ubérrima buena fe que se exige en un esquema asegurador. Esta restricción implica comprender que el actuar del declarante debe ser sincero y diligente.

2. *Ser determinante*: La exigencia de la ley frente al tomador del seguro, es que emita una declaración sobre los hechos que conoce. Tal como plantea Efrén Ossa G, “*mal haría la ley en exigir sinceridad sobre hechos que se desconocen*”⁹⁴. De esta manera, resulta evidente que al declarar se deben poner en evidencia todas las circunstancias conocidas que pueden ser determinantes para el asegurador, ya que pueden influir en la toma de decisiones de este.

3.4.1. Formas de Declarar. La forma en que se debe efectuar la declaración es otro de esos temas objeto de discusión por parte de la doctrina, ya que la ley no aporta una solución perentoria frente al tema.

En la actualidad, el debate gira en torno a dos situaciones concretas: la declaración del estado del riesgo debe efectuarse con plena espontaneidad por parte del tomador de la póliza, o debe la entidad aseguradora dirigir tal declaración a través de la elaboración de un cuestionario técnicamente preparado para tal fin.

⁹² OSSA GOMÉZ. Op. cit., Pág. 291.

⁹³ *Ibidem*. Pág. 292.

⁹⁴ *Ibidem*.

A pesar de no contar con una respuesta clara y preponderante, la vida práctica de la actividad aseguradora en su afán por evitar posibles responsabilidades, ha optado por la segunda opción. Es pertinente estar de acuerdo con la solución práctica que proporciona el mismo mercado asegurador, ya que esta opción brinda la posibilidad de ir directo al tema en cuestión, ayudando así al tomador que puede desconocer la necesidad de declarar algunos aspectos. Esta posición encuentra sustento en la teoría del tratadista J. Efrén Ossa, quien plantea lo siguiente sobre la forma de declarar el estado del riesgo: *“El tomador no tiene por qué conocer todos los factores que determinan la peligrosidad de un riesgo. Ni siquiera los puramente objetivos, que inciden sobre el riesgo físico, menos aún los subjetivos, que influyen sobre el riesgo moral. Y tampoco podría esperarse de él manifestaciones espontáneas que desdigan de su dignidad, de su honestidad o de su diligencia. Apenas podría exigírsele información sobre factores objetivos de singular relieve como origen de eventuales peligros. El asegurador, en cambio, en razón de su profesión, tiene que estar al tanto de unos y otros. Y debe, en tal virtud, dirigir la declaración del tomador mediante un cuestionario cuyas preguntas deben ser contestadas con el mayor escrúpulo intelectual y moral.”*⁹⁵

Esta determinación de la solución más admisible, no desvirtúa que exista la posibilidad de efectuar cualquier tipo de declaración, ya que ambas tendrán valor jurídico a la hora de requerirse. La diferencia está en que la declaración dirigida, efectuada a través de un cuestionario elaborado por la aseguradora, elimina algunos elementos subjetivos sujetos al sentido común del tomador, ya que al contestar éste todas las preguntas propuestas, estarán declarando todo lo que la entidad aseguradora determinó relevante para la suscripción de determinado contrato. Y en la declaración espontánea, la exigencia en cabeza del tomador se limita a dar cuenta de las circunstancias que según su sentido común son influyentes en la determinación del riesgo.

⁹⁵ *Ibíd.* Pág. 293.

A raíz de esta distinción, es que las aseguradoras han decidido elaborar cuestionarios para declarar el estado del riesgo, a través de los cuales se eliminan criterios subjetivos que puedan hacer difícil determinar con certeza el estado del riesgo.

3.4.2. Sanción por errores en la declaración.

A la luz de esta reglamentación hay una particularidad extraordinaria: la vinculación de una causal de nulidad al cumplimiento de cargas de una de las partes. Esta sanción difiere de las consecuencias habituales de un incumplimiento contractual que es la aplicación de la condición resolutoria en los contratos de ejecución instantánea o la terminación en contratos de ejecución sucesiva. La razón que justifica esta consecuencia es que al incumplir esta carga de declarar el estado del riesgo, genera como efecto la presencia de un vicio en la voluntad de las partes contratantes, vicio que como tal debe ser atacado a través de acciones de nulidad. Este tema será aclarado en mayor medida en el próximo capítulo, en el cual se abordarán fenómenos que por constituir infracciones a la carga de declarar el estado del riesgo, son susceptibles de ser sancionadas.

3.4.3. Tratamiento Jurisprudencial.

Ante la gran dificultad que reviste a esta temática y la diversidad de posiciones doctrinarias existentes, las altas cortes del país han visto la necesidad de intervenir y determinar una línea de actuación en relación con la declaración del estado del riesgo, sus efectos y características principales. Para efectos explicativos, es pertinente determinar cuál es el tratamiento jurisprudencial en relación con este tema de la siguiente manera:

A. Sobre el deber de efectuar la declaración sobre el estado del riesgo.

Los altos tribunales, en especial la Corte Suprema de Justicia, han sentado una clara posición en relación con este concepto y en relación con la parte que debe asumir la carga de efectuar una declaración adecuada. Este tribunal ha determinado que de manera exclusiva el potencial tomador de un seguro es quien ostenta el deber de declarar el estado del riesgo sin importar que dicha declaración sea dirigida o no por la entidad aseguradora. Esta posición jurisprudencial ubica a la entidad aseguradora en una posición pasiva en relación con la etapa precontractual, ya que determina que ésta es la destinataria del deber de declarar que debe ser cumplido por quien desee contratar con ella.

Evidencia de esto es lo manifestado por la Corte Suprema en la sentencia expedida el día 11 de abril de 2002 bajo la ponencia del magistrado Jorge Santos Ballesteros, en la cual se expresó lo siguiente:

“La declaración del estado del riesgo puede hacerse que absuelve al tomador a pedido del asegurado, allí se incluyen de ordinario no solo las preguntas relativas al riesgo físico como tal y a su solvencia moral, su capacidad económica, sus oficios, aficiones particulares y, otros. Esta información es necesaria para el asegurador como que de ella desprende si asume o no y en qué condiciones el riesgo que se le propone”⁹⁶

En el mismo sentido se pronunció la Corte Suprema en la sentencia expedida el día 12 de septiembre de 2002, en la que manifestó lo siguiente:

“La declaración del tomador, de conocimiento y no de voluntad, tiene además carácter recepticio porque va dirigida al asegurador, constituye el punto de partida para él, quien de conformidad con ella, puede asumir libremente todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado, tal y como lo establece el artículo 1056 del Código de Comercio, evidencia de la importancia que

⁹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del once (11) de abril de dos mil dos (2002), M.P. Jorge Santos Ballesteros

tiene en la génesis del contrato. No en vano, dicha declaración se traduce en pieza angular del aseguramiento por parte de la entidad aseguradora, lo que explica el celo de la ley colombiana, al igual que la foránea, confirmado por la doctrina, en forma unánime, como quiera que “la exactitud de tal descripción constituirá el motivo determinante de la voluntad del asegurador para perfeccionar el contrato”⁹⁷.

De esta manera, la Corte determina que la carga de declarar el estado del riesgo es en principio exclusiva del tomador quien está en la obligación de informar todas las circunstancias que rodean el estado del riesgo. Por otro lado, se determinó que la entidad aseguradora mantiene una posición pasiva frente a la declaración del estado del riesgo convirtiendo a esta entidad en la destinataria del deber de informar.

1. Papel de la compañía de seguros - carga de cooperación para configurar su conocimiento sobre el riesgo asegurable:

La normatividad aseguradora no prevé obligaciones o cargas para la entidad aseguradora en la fase precontractual. Sin embargo, pese a esta inexistencia de normatividad al respecto, la jurisprudencia ha sido clara en determinar que quien ostenta la condición de asegurador no puede asumir una actitud completamente pasiva a la espera de qué información brinde el tomador. Esta imposibilidad de asumir tal posición radica en que la profesionalidad del asegurador le implica actuar con un determinado grado de diligencia y cuidado, consistente en investigar las circunstancias que determinan el estado del riesgo.

Esta postura fue expuesta por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia expedida el 14 de julio de 2006 en la cual se manifestó lo siguiente:

⁹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del doce (12) de septiembre de dos mil dos (2002), M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

“existe un débito en cabeza de la aseguradora, consistente en informarse de manera complementaria y directa, según sea el caso, en aras a obtener una más completa y depurada información que le permita desarrollar adecuada y profesionalmente su objeto social...Este deber de informarse a sí mismo obedece a una relación dialéctica entre la obligación de informar de una parte y, de la otra, el deber de informarse”. Deber que a juicio de la doctrina, está enclavado en otro deber, de mayor espectro: el de cooperación.”⁹⁸

Esta determinación de la jurisprudencia en la que se debe comprender que existe una vinculación o un deber de conducta por parte del asegurador en la etapa precontractual, fue reafirmada por una sentencia expedida el 2 de agosto de 2001 bajo la ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, en la cual la Corte Suprema manifestó que *“La aseguradora por el carácter bipolar de la buena fe y de la carga de la información no puede asumir invariable e irrestrictamente, una actitud rayana en la pasividad, más propia de espectadores que de partícipes en una relación negocial”⁹⁹.*

En razón de estas sentencias, se determina que existe una conducta mínima requerida por parte del asegurador en la etapa precontractual. Esta conducta mínima requiere que como asegurador no se quede totalmente pasivo a la espera de recibir la declaración de tomador. Es por esto que se le exige informarse también sobre el estado del riesgo, situación que toma un relieve importante si se analiza la sanción que trae el artículo 1058 para los eventos en los cuales, antes de celebrarse el contrato, el asegurador conoce o ha debido conocer la situación real del riesgo que fue declarado.

⁹⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del catorce (14) de julio de dos mil seis (2006), M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

⁹⁹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del dos (02) de agosto de dos mil uno (2001), M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

2. El Cuestionario:

A raíz de esta imposición de una carga media en la posición del asegurador en la etapa precontractual y, con la intención de conseguir una declaración del estado del riesgo adecuada a la situación real del bien o la persona asegurada, es que se ha optado por guiar la declaración del tomador a través de la presentación de un cuestionario elaborado por el asegurador con la intención de obtener la información que la práctica aseguradora considera realmente relevante.

Frente a este cuestionario y sus efectos, también se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia definiendo al cuestionario como *“un útil instrumento que, al arbitrio del asegurador, puede o no emplearse, sin que por ello se pueda pretextar que, en este supuesto, el tomador no esté igualmente obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo...”*¹⁰⁰.

Ahora bien, en relación con el contenido del formulario ha dicho la Corte¹⁰¹ que este debe contener, no sólo preguntas relacionadas directamente con el riesgo, sino también un conjunto de interrogantes que permitan conocer las facetas del asegurado para así poder determinar si se asume o no determinado riesgo y bajo qué condiciones lo haría.

De esta manera queda claro que para la Corte Suprema, la dirección a través de un cuestionario de la declaración del estado del riesgo no es una condición imperativa o una formalidad que deba cumplirse, ya que la aseguradora puede solicitar a sus tomadores cualquier tipo de declaración válida. Ahora bien, es pertinente aclarar que el que no exista la obligación de efectuar un cuestionario para determinar el estado del riesgo, no quiere decir que el asegurador pueda asumir una posición pasiva en la etapa precontractual ya que, como se vio anteriormente, actuar de esa

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del once (11) de abril de dos mil dos (2002), M.P. Jorge Santos Ballesteros

forma acarrearía una posible sanción como efecto de lo dispuesto por el artículo 1058 del Código de Comercio.

B. Diferenciación entre la declaración del estado del riesgo y el deber de informar cualquier variación o agravación en el estado del riesgo.

Esta discusión es altamente representativa, porque además de aclarar los efectos de dos momentos jurídicos distintos, la etapa precontractual y la contractual, permite identificar a la obligación de actuar siguiendo los presupuestos de la buena fe en un momento posterior a la declaratoria del estado del riesgo, demostrando la trascendencia de este principio en la actividad aseguradora.

La Corte Suprema de Justicia ha dejado claramente definida la diferencia existente entre estos dos conceptos a través de la expedición el 6 de julio de 2007 de una sentencia en la cual fue magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo. En esta sentencia se determinó que:

“es necesario distinguir diáfana y paladinamente los institutos de la declaración del estado del riesgo y de la agravación del estado del riesgo, los cuales hunden sus raíces, en momentos bien diferenciados, a lo que se aúna su específico y divergente rol, lo que explica el tratamiento sustantivo que, el legislador les ha otorgado. No en vano, el primero de ellos se engasta en la etapa de formación del contrato, al paso que el segundo, se anida en la etapa comercial subsiguiente, la relativa al desenvolvimiento o desdoblamiento del negocio jurídico asegurativo.

En razón de esto, la Sala ha señalado que:

“Entre la declaración del estado del riesgo (deber de información) y la conservación del estado del riesgo (deber de conducta), existen sustanciales diferencias que impiden que unos mismos hechos puedan ser invocados con referencia a una y otra situación indistintamente.... La diferencia existente entre estas dos instituciones se evidencia en su sanción ya que el

incumplimiento del deber de informar verazmente genera nulidad del contrato o reducción de la prestación asegurada y el incumplimiento del deber de conservar el estado del riesgo da lugar a la terminación del contrato.”¹⁰²

De esta manera, aclara la Corte estos dos elementos determinando que si bien existe entre ellos un elemento común, el riesgo asegurable, ambos identifican naturalezas distintas del contrato, oportunidades y consecuencias que no es posible asimilar. En conclusión, para declarar el estado del riesgo, el tomador deberá informar de forma sincera, honesta y veraz el estado del riesgo que éste pretende asegurar¹⁰³. Esta carga se presenta en razón a los postulados de la ubérrima buena fe que debe regir durante toda la ejecución del contrato, incluyendo su etapa precontractual¹⁰⁴.

En consecuencia, se puede intuir que, una adecuada declaración del estado del riesgo, que no contenga reticencias e inexactitudes susceptibles de generar una sanción de nulidad que haría fallida la obligación condicional del asegurador, debe cumplir con los siguientes parámetros básicos:

1. El potencial tomador debe describir todas las circunstancias relevantes que conozca sobre el real estado del riesgo en su aspecto objetivo y subjetivo¹⁰⁵. Esta información debe ser completa¹⁰⁶, conducente y exacta para poder cumplir los postulados del artículo 1058 del Código de Comercio.

2. En relación con la información reticente o inexacta, se exige que esta verse sobre asuntos determinantes de tal manera que desequilibre la técnica jurídica en base a

¹⁰² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del seis (06) de julio de dos mil siete (2007), M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁰³ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 86.

¹⁰⁴ Es pertinente tener en cuenta que, una vez se logre el consentimiento de las partes, las variaciones del estado del riesgo no son susceptibles de ser analizadas a la luz de figuras como la reticencia o la inexactitud.

¹⁰⁵ Cuando la declaración del estado del riesgo se efectúa de manera dirigida, únicamente se exige al tomador una correcta determinación de los aspectos objetivos del riesgo.

¹⁰⁶ La completitud y pertinencia de la información suministrada por el tomador será evaluada teniendo como parámetro de conducta un grado medio de diligencia y cuidado.

la cual se determinan y cuantifican las obligaciones de las partes en un seguro. La Corte Suprema de Justicia en una sentencia el 1 de septiembre del año 2010 a través del magistrado ponente Edgardo Villamil Portilla, ha reiterado que “*La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias relevantes que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro*”¹⁰⁷. De esta forma se condiciona la sanción de nulidad a que la reticencia verse sobre aspectos relevantes en relación con el estado del riesgo. Este tema se tratará con mayor profundidad en el próximo capítulo.

3. Si alguna información suministrada es dudosa o considerada inexacta, es la entidad aseguradora quien debe investigar para eliminar ese rango de duda; esto impide que dicha entidad asuma una posición completamente pasiva en la fase declarativa del estado del riesgo.

Ahora bien, ¿qué pasa si se infringe alguna de las exigencias relativas a la declaración del estado del riesgo? La respuesta a este cuestionamiento es simple, una infracción significativa en la declaración, derivada de incurrir en una conducta inexacta o reticente implica la imposición de una sanción. Este silogismo jurídico se da en razón a la existencia de indebida cuantificación y determinación de las obligaciones que regirán el contrato, viciando así el consentimiento de las partes. Este tema será objeto de análisis y discusión durante el próximo capítulo.

¹⁰⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del primero (01) de septiembre de dos mil diez (2010), M.P. Edgardo Villamil Portilla.

CAPITULO 4

LA RETICENCIA Y LA INEXACTITUD

Al efectuar la declaración del estado del riesgo, es posible que el tomador omita alguna información o mienta en relación con el estado del riesgo. Esta situación implica la existencia de un vicio del consentimiento por incurrir en una conducta u omisión, que de haber sido conocida las partes, estas no celebrarían el contrato o lo hubieran hecho en base a unas condiciones distintas.

Tal como lo relata el tratadista Efrén Ossa¹⁰⁸, el Código de Comercio anterior consagraba en su artículo 601 como vicios del consentimiento surgidos de la declaración a la falsedad, el error y la reticencia. Adicionalmente determinaba esta norma que una vez se ponía en evidencia la presencia de un vicio de estos, se facultaba a la parte afectada para solicitar la rescisión del contrato de seguro.

Con la expedición del nuevo Código de Comercio, se adecuaron técnicamente los supuestos, bajo los cuales se incurre en un vicio del consentimiento al momento de declarar el estado del riesgo. De esta manera, el artículo 1058 establece que son vicios del consentimiento la inexactitud y la reticencia.

Durante este capítulo se elaborará un estudio completo de estas dos figuras consagradas en la norma comercial, con la finalidad de determinar su concepto, su alcance y la sanción que de estos se deriva. Adicionalmente, se efectuará un estudio del tratamiento jurisprudencial de estos conceptos con la intención de determinar el alcance de estos y diferenciar en forma práctica las sanciones previstas para estas conductas en escenarios contractuales distintos al asegurador.

¹⁰⁸ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 293.

4.1. LA INEXACTITUD

Si bien este concepto es asimilado a la reticencia por la jurisprudencia y la normatividad, es importante tener en cuenta que estos dos conceptos en su esencia son distintos. En palabras de Andrés Ordoñez Ordoñez:

“Dicha diferencia existe al comprender que el termino reticencia quiere decir, omisión, ausencia de expresión, ausencia de manifestación de cosas que deben ser manifestadas o que fueron manifestadas incompletas, distorsionadas o confusas; y el termino inexactitud quiere decir manifestación errónea o contraria a la verdad que varia la realidad física de los hechos.”¹⁰⁹

En razón de esto, es posible comprender, tal como lo hizo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia expedida el 12 de septiembre de 2002 bajo la ponencia de Carlos Ignacio Jaramillo¹¹⁰, que la inexactitud tiene una relación más próxima con la existencia de un ánimo defraudativo o doloso al efectuar la declaración del estado del riesgo. Este ánimo defraudativo que se constituye un objeto sancionable jurídicamente, obedece a que al incurrir en alguna inexactitud el tomador que conoce el estado del riesgo, lo altera con la intención de que el asegurador incurra efectivamente en un error al determinar las obligaciones derivadas del contrato. Es evidente que al analizar esta conducta, según los postulados de la buena fe, resulta más gravosa. Sin embargo, la normatividad y la jurisprudencia consagran la misma sanción para una declaración reticente y para una inexacta.

¹⁰⁹ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés. Lecciones de derecho de seguros No. 3 : Las Obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguros y la inoperancia del contrato de seguros. Bogotá : Ed. Universidad Externado de Colombia, 2008. Pág. 21.

¹¹⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del doce (12) de septiembre de dos mil dos (2010), M.P Carlos Ignacio Jaramillo. En este caso, el tomador de un seguro de vida actuó de forma inexacta al declarar que ostentaba una capacidad adquisitiva que no correspondía con la realidad. La aseguradora se percató de esta situación sin que ocurriera el siniestro, situación que desató un conflicto entre las partes que llegó a la justicia ordinaria a la que se le solicitó aplicar la sanción de nulidad y su complemento de retención de la prima no devengada. El caso llegó a la Corte Suprema quien determinó que efectivamente, en los seguros de vida, el incurrir el tomador en una inexactitud relacionada con la declaración de su capacidad adquisitiva, ostenta la relevancia suficiente para originar la nulidad relativa del contrato celebrado.

Por este motivo durante este capítulo, se analizarán los efectos prácticos de estas dos formas de viciar el consentimiento en forma paralela, efectuando las eventuales distinciones de las que posiblemente haya lugar.

4.2. LA RETICENCIA

La reticencia, como vicio del consentimiento, hace referencia a la ocurrencia de actuaciones indebidas por parte del tomador de un seguro al momento de determinar el estado del riesgo.

Estas prácticas implican que al declarar, el potencial tomador oculte el verdadero estado del riesgo evitando manifestar aspectos que eran relevantes, informando en forma distorsionada algunos hechos o simplemente mintiendo a la entidad aseguradora.

Ahora bien, la finalidad propia de esta conducta depende del ánimo con el cual el potencial tomador las ejecute. De esta manera, cuando el tomador ostenta un ánimo defraudativo, la conducta reticente estará directamente dirigida a inducir a un error a la entidad aseguradora¹¹¹ de manera tal que esta no pueda conocer el verdadero estado del riesgo, lo que implicaría que esta entidad determine el monto de las obligaciones a cargo del tomador en base a un riesgo distorsionado. Ahora bien, es posible que el tomador declare el estado del riesgo en forma reticente sin tener una intención defraudativa, bien sea porque cree que cierta información carece de relevancia, o porque simplemente no está en capacidad de determinar cuál es el estado del riesgo que desea desplazar a la entidad aseguradora.

¹¹¹ El caso Nancy Monsalve Herrera VS Seguros Bolívar S.A., es un ejemplo que revela la relevancia jurídica de este elemento. Este caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia proferida el 11 de abril, bajo la ponencia del magistrado Jorge Santos Ballesteros, se trató de una objeción a la reclamación del pago del siniestro en un seguro de vida del cual la señora Nancy Monsalve era beneficiaria. La entidad aseguradora objetó el pago de su obligación, argumentando que quien declaró el estado del riesgo al momento de tomar el seguro no fue el asegurado, lo cual supone una conducta reticente que viciaba su consentimiento. En este caso la Corte determinó que en efecto se presentó la conducta reticente, ya que efectivamente el asegurado no fue quien declaró el estado del riesgo incurriendo en un error que vició el consentimiento de la actividad aseguradora. Esta situación generó que se decretara la nulidad relativa del contrato y fracasara la pretensión del beneficiario del seguro.

Estos eventos, que se encuentran en una zona de penumbra jurídica, permiten que surjan algunos interrogantes claves para la determinación de la reticencia como vicio del consentimiento como lo son: ¿Qué debe caracterizar a una conducta para ser considerada reticente? y por ende ¿Cuáles conductas reticentes efectivamente vician el consentimiento y son objeto de sanción? Para responder a estas preguntas es necesario aclarar lo siguiente en relación con este concepto.

4.2.1. Clasificación

Ya hemos visto que al incurrir en una conducta reticente o inexacta se puede conducir a viciar el consentimiento de las partes contratantes, generando la posibilidad de determinar que tal reticencia genere la nulidad relativa del contrato y en algunos eventos específicos la retención de la prima no devengada por parte de la entidad aseguradora. Ahora bien, se reconoce legal y judicialmente que no toda conducta reticente o inexacta es susceptible de ser sancionada. Ante esta situación, la doctrina ha decidido clasificar a estas conductas como relevantes e irrelevantes¹¹², en razón a la capacidad de estas de viciar el consentimiento de las partes contratantes.

4.2.1.1. Reticencia o inexactitud sobre hechos relevantes.

La reticencia sobre los hechos relevantes es susceptible de ser sancionada, ya que esta versaría sobre aspectos trascendentales para la determinación del estado del riesgo.

Se consideran hechos relevantes los siguientes:

1. Cuando la reticencia o inexactitud verse sobre hechos conocidos previamente por el tomador o sobre hechos que, aun siendo desconocidos,

¹¹² OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 294.

el tomador los hubiera podido conocer actuando con un grado medio de diligencia y cuidado.

En este aspecto nuevamente se resalta la relevancia jurídica que adquiere el deber de lealtad y la exigencia de buena fe que rige la etapa precontractual de la actividad seguros.

2. Cuando la reticencia o inexactitud tiene por objeto encubrir algunas circunstancias específicas que, de ser reveladas, hubieran influido en el consentimiento del asegurador o en las condiciones bajo las cuales se celebró el contrato. Este tipo de actuaciones es considerado una reticencia relevante debido a que la normatividad tiene la finalidad de lograr proporcionar al asegurado certeza en relación con el riesgo que asume, su cuantía y las condiciones que este detenta.

4.2.1.2. Reticencia o inexactitud sobre hechos irrelevantes.

La conducta reticente o inexacta, en algunas ocasiones, carece de la capacidad de producir un vicio en el consentimiento de las partes. Esta incapacidad convierte a este tipo de conducta reticente en un elemento irrelevante al momento de determinarse el verdadero estado del riesgo que pretende ser asegurado. Es en razón de esto que el doctrinante Efrén Ossa ha denominado a estas acciones reticentes como *“aquellas carentes de influencia en la vida del contrato bien sea porque los hechos o circunstancias omitidas o falseados escapan a la razonable percepción del tomador. O porque hubieran carecido de proyección en la formación del consentimiento del asegurador.”*¹¹³ De esta manera es claro que el método de declaración influye directamente en la determinación de la relevancia de una conducta inexacta o reticente. En una declaración dirigida, a través de un cuestionario, los temas relacionados con el estado del riesgo que no se consulten al tomador en el cuestionario, son irrelevantes en consideración de la entidad aseguradora. Adicionalmente, en una declaración espontánea el criterio es un poco

¹¹³ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 295.

más difuso, ya que el factor que determina la relevancia de la reticencia es la conjunción de factores como el conocimiento y la razonabilidad del tomador¹¹⁴.

4.2.2. El error inculpable

En reiteradas oportunidades, la doctrina y la jurisprudencia han emitido su opinión acerca de la presencia de errores inculpables al tomador en la etapa precontractual y los efectos que tales errores generan en relación con la validez del contrato y la posible sanción de nulidad que tal situación generaría.

Ahora bien, el Código de Comercio en su artículo 1058, ha previsto una reglamentación especial que reduce la sanción derivada de una reticencia originada por un error inculpable. El error inculpable definido¹¹⁵ como el claro y total desconocimiento de las circunstancias determinantes del riesgo por parte del tomador, es entonces una conducta reticente involuntaria atenuada legalmente en su sanción, ya que en esta, a diferencia de la reticencia dolosa, el contrato se mantiene solo que reducido en sus efectos, al pago del porcentaje de la prestación asegurada, equivalente a la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo.¹¹⁶

De esta manera, es evidente que la sanción de nulidad relativa del contrato carece de aplicación cuando esta conducta proviene de un error inculpable, en el cual el tomador actúa con una buena fe exenta de culpa; únicamente se deberá reevaluar el monto de las obligaciones a cargo de las partes y reducir la suma indemnizable que el asegurador estaba llamado a cancelar en caso de ocurrir el siniestro.

¹¹⁴ Las conductas inexactas o reticentes relacionadas con el riesgo moral no son consideradas relevantes en la declaración del estado del riesgo, ya que estas, desbordan el contenido ético de la declaración espontánea.

¹¹⁵ Aunque existe una definición doctrinal, la jurisprudencia y la normatividad nacional aun presenta dificultades para establecer una definición aplicable de este tipo de error. Por este motivo, se ha acudido a la definición de culpa en un contexto asegurador para determinar las circunstancias específicas bajo las que opera un error inculpable.

¹¹⁶ HINESTROSA, Fernando. Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros No. 27. Bogotá : Ed. Universidad Javeriana, 2007. Pág. 136.

La Corte Constitucional, en la sentencia C-232/97, se pronunció sobre la constitucionalidad de lo dispuesto por el artículo 1058 en relación con el error inculpable¹¹⁷. En sus consideraciones, la Corte estimó que era pertinente efectuar una distinción entre los efectos producidos por “*el error sustancial que recae sobre la sustancia o la calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato*”, capaces de viciar el consentimiento del acto y los errores “*acerca de cualquier otra calidad*” (dentro de los cuales ubicó al error inculpable), incapaces de viciar el consentimiento de las partes contratantes.

De esta manera es clara la atenuación de la sanción a la que es sometida una reticencia derivada de un error inculpable en un contexto nacional colombiano.

4.2.3. Relación entre la reticencia o inexactitud y la causa del siniestro.

Con relativa frecuencia en la dinámica aseguradora, se pregunta si las sanciones por incurrir en conductas reticentes o inexactas al momento de declarar el estado del riesgo, únicamente proceden cuando se demuestra una relación causal entre la conducta viciosa y la causa del siniestro.

Frente a este tema, la normatividad y la jurisprudencia nacional han aportado una clara respuesta al determinar que las sanciones derivadas de incurrir en este tipo de conductas, proceden con independencia de la causa que haya dado lugar al siniestro¹¹⁸.

Un claro ejemplo de esta situación se presenta en los seguros de vida, en los que es posible que el asegurado muera a causa de un paro cardio-respiratorio y la aseguradora objete argumentando que, al suscribir el contrato de seguro, el

¹¹⁷ “Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1.160.”

¹¹⁸ En la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil del once (11) de abril de dos mil dos (2002). M.P. Jorge Santos Ballesteros. La Corte manifestó lo siguiente: “*Así las cosas, esa reticencia acreditada en el proceso, reticencia que de otra parte no tiene por qué ser la causa del siniestro, dado que tal exigencia no la contempla ley, de conformidad con el artículo 1058 del Código de Comercio, debió conducir a que el tribunal declarara la nulidad relativa del contrato de seguro*”.

asegurado manifestó que no se había fracturado nunca y en la historia clínica se reportan dos casos de asistencia médica por fracturas de un brazo.

Esta ausencia de relación causal se deriva de lo siguiente:

Primero¹¹⁹. La legislación colombiana, en el artículo 1058 Código de Comercio, no exige en ningún momento que esa relación causal exista para que se produzca la nulidad del contrato o la reducción de la prestación del asegurador, consecuencias características de incurrir en conductas reticentes o inexactas que sean relevantes al momento de efectuar la declaración del estado del riesgo.

Segundo. La Corte Constitucional, en la sentencia en la sentencia C-232/97, se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 1058 del Código de Comercio determinando, en relación con el tema, lo siguiente “...*Esto, con prescindencia de extemporáneas consideraciones sobre la necesidad de que la reticencia o inexactitud tenga relación de causalidad con el siniestro que haya podido sobrevenir, justamente porque lo que se pretende es restablecer o tutelar un equilibrio contractual roto ab initio, en el momento de celebrar el contrato de seguro, y no al acaecer el siniestro. La relación causal que importa y que, para estos efectos, debe existir, no es, como sostiene los demandantes, la que enlaza la circunstancia riesgosa omitida o alterada con la génesis del siniestro, sino la que ata el error o el dolo con el consentimiento del asegurador la inexactitud o reticencia relevantes en la declaración del estado del riesgo por parte del tomador.*”

En razón de esto, resulta claro que el ordenamiento jurídico colombiano reconoce la existencia de reticencias aunque estas no estén relacionadas con el motivo que da origen al siniestro. Esto nos permite comprender que la única relación causal que se requiere, es entre la reticencia y la declaración que resulta viciada.

¹¹⁹ ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés. Lecciones de derecho de seguros No. 3 “Las Obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguros y la inoperancia del contrato de seguros”. Ed. Universidad Externado de Colombia. Pág. 47. Bogotá. 2008.

En materia económica, existe una razón evidente para justificar la aplicación de la sanción de la reticencia, aun sin que esta tenga una relación causal con el siniestro. Esta razón radica en que la actividad técnico jurídica de la aseguradora determina en todo contrato de seguros a través de cálculos especializados el monto a indemnizar y valor de prima de seguro; estos cálculos parten de la base de la declaración y estado del riesgo al suscribir el contrato. Por este motivo, cuando ocurre el siniestro y se descubre una reticencia, relacionada o no con el siniestro, surge una realidad económica *“Por la reticencia el tomador estaba pagando una prima por un valor que no corresponde a la realidad”*. Esta realidad económica implica comprender que cualquier reticencia por un lado, afecta el consentimiento de las partes y como tal lo vicia y, por otro lado, afecta la determinación económica derivada de la técnica jurídica desarrollada por la entidad aseguradora, poniendo en peligro la estabilidad del sistema y la equivalencia económica del contrato.

4.2.4. Sanciones por incurrir en conductas inexactas o reticentes al declarar el estado del riesgo.

Una vez se ha comprobado que existe una reticencia o inexactitud, en la que el tomador omite declarar a la entidad aseguradora hechos o circunstancias conocidas para el tomador y que dicha entidad desconoce, surge la aplicación de los efectos sancionatorios establecidos en la normatividad comercial.

Frente al tema de las sanciones, en el artículo 1058 del Código de Comercio, se consagra la existencia de tres tipos de sanciones derivadas de incurrir en vicios del consentimiento en la etapa precontractual de declaración del estado del riesgo. Estas sanciones que varían en su intensidad, según la gravedad de la falta, son: la nulidad relativa del contrato, la retención de primas a favor del asegurador y la reducción proporcional de la prestación asegurada.

4.2.4.1. La Nulidad Relativa.

Remitiéndose a la teoría de la responsabilidad civil, la nulidad es una sanción que resta la eficacia que puede predicarse de un acto jurídico¹²⁰; dicha sanción puede ser absoluta e insubsanable o relativa y subsanable. Ahora bien, en los seguros, la nulidad tiene aplicación cuando se efectúa una actuación reticente o inexacta que genera un error o un vicio en el consentimiento del asegurador y, correlativamente, la ineficacia del contrato celebrado y de las obligaciones contenidas en el.

En seguros la nulidad aplica como un régimen especial que genera unas exigencias adicionales al régimen civil. La razón que sustenta este régimen especial, es que la actividad aseguradora es un servicio financiero altamente relevante y regulado en la economía nacional, por lo que amerita una protección especial frente a eventos que pongan en riesgo la estabilidad del sistema.

Mucho se ha discutido en relación con esta sanción derivada de la presencia de vicios del consentimiento en la etapa precontractual, incluso, para autores como R. Stiglitz *“en algunas cuestiones la reticencia aparece como específicamente aplicable en sustitución del régimen de vicios de la voluntad que regula los contratos”*¹²¹. En relación con este tema y con la finalidad de evitar discusiones jurídicas, la Corte Suprema de Justicia en sentencia expedida el 13 de noviembre de 1970, revalidó el rigor del régimen especial contenido en el artículo 1058 del Código de Comercio, el cual según este tribunal es más exigente que el régimen general de los vicios del consentimiento por lo que es preferible aplicar dicha reglamentación especial. Adicionalmente, la Corte consideró que era excesivo pensar que el asegurador puede invocar que hay error, fuerza o dolo en la declaración para solicitar la nulidad relativa del contrato, ya que el régimen del

¹²⁰ HINESTROZA, Fernando. Tratado de las Obligaciones “Conceptos, Estructura y Vicisitudes”. Bogotá : Ed. Universidad Externado de Colombia. 2002.

¹²¹ STIGLITZ, Op. cit., Pág. 192.

artículo 1058 del Código de Comercio le brinda una mayor protección excluyendo la aplicabilidad del régimen general de los vicios del consentimiento.

Otra discusión surgió al determinar algunos teóricos que lo estricto del régimen propuesto en el artículo 1058 del Código de Comercio, genera que la reticencia tenga como sanción la nulidad absoluta del contrato y no la nulidad relativa. En relación con este tema es posible considerar, tal como lo propone Efrén Ossa, que *“una cosa son los vicios del consentimiento y la nulidad relativa que estos generan y otra cosa es la ausencia de capacidad, objeto o causa como elementos esenciales de todo contrato, elementos que al faltar efectivamente generarían la nulidad absoluta del acto o contrato.”*¹²² Soporta esta tesis el comprender que aun ocurriendo deficiencias en la declaración del estado del riesgo, el contrato de seguros mantiene intactos al objeto y a la causa del contrato, revalidando la pertinencia de sancionar con nulidad relativa y no absolutas las conductas reticentes o inexactas¹²³.

A. Presupuestos para la aplicación de esta sanción: La posibilidad de aplicar esta sanción de nulidad en el contrato de seguros requiere, previamente, constatar que efectivamente los hechos o circunstancias encubiertos hubieran modificado o eliminado el consentimiento emitido por parte de la entidad aseguradora. De esta manera queda claro que la aplicación de esta sanción opera únicamente cuando se está ante la presencia de reticencias o inexactitudes relacionadas con hechos altamente relevantes para la parte aseguradora y su manifestación del consentimiento.

B. Ámbito de aplicación: Tal y como se había manifestado previamente, una reticencia relevante puede presentarse en declaraciones espontáneas y en

¹²² OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 298.

¹²³ *Ibíd.*

declaraciones efectuadas siguiendo el cuestionario propuesto por la entidad aseguradora.

C. Carga Probatoria: Esta carga varía para la entidad aseguradora dependiendo del método de declaración empleado. Así las cosas, cuando se efectúa una declaración del estado del riesgo **dirigida**, corresponde al acreedor suministrar la prueba de lo siguiente:

- Probar que la declaración es reticente o inexacta en relación con la declaración inicial del estado del riesgo.
- Probar que los hechos objeto de reticencia eran conocidos o posibles de conocer por parte del tomador en caso de actuar cumpliendo con una diligencia media.
- Probar que, de haber conocido los hechos o circunstancias reticentes o inexactas, no hubiera contratado o lo hubiera hecho bajo otras condiciones.

Por otro lado, cuando se ejecuta una declaración **espontánea**, además de las pruebas determinadas para la declaración dirigida, al asegurador se le exige acreditar que el tomador actuó con dolo o con culpa (grave, leve o levísima), al momento de declarar el estado del riesgo.

Adicionalmente, es posible que el asegurador con la sola determinación del interés asegurable, emita su consentimiento y contrate el seguro sin que se haya efectuado previamente una declaración del estado del riesgo. En estos eventos, según Efrén Ossa, no es posible invocar las sanciones derivadas de incurrir en una conducta reticente, a menos que esta conducta verse sobre hechos graves en relación con el riesgo.

D. Carácter de las normas que regulan la nulidad relativa: Según el artículo 1162 del Código de Comercio, las normas que regulan la nulidad relativa son normas de orden público, por lo tanto son de imperativo cumplimiento y no son modificables a través de ejercicios de autonomía de la voluntad privada.

E. Los Efectos de la nulidad relativa: Esta nulidad, una vez es aplicada, genera un efecto retroactivo en relación con el contrato celebrado. Una vez se impone esta sanción, el contrato sale del ordenamiento jurídico cancelando las obligaciones a cargo de las partes y generando la obligación de restituir las prestaciones económicas recibidas durante el término de vigencia que se ejecutó el contrato válidamente. Esta restitución pierde viabilidad cuando conjuntamente se sanciona con la retención de la prima de seguros lo que implica que el asegurador, no está obligado a restituir ni siquiera la prima devengada.

De esta manera quedan claro los aspectos específicos entorno a los cuales gira la nulidad relativa del contrato de seguro, sanción más gravosa cuando se presenta una reticencia o inexactitud relevante en la declaración del estado del riesgo que pretende ser objeto de cobertura.

4.2.4.2. La retención de la prima.

Esta sanción se encuentra consagrada en el artículo 1059 del Código de Comercio *“rescindido el contrato en los términos del artículo anterior, el asegurador tendrá derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena.”*

Es una sanción de carácter accesorio en relación con la sanción de nulidad consagrada en el Código de Comercio, ya que esta llamada a acompañarla en determinados casos. Tal como lo expresa la regulación normativa, la retención en la prima únicamente es procedente cuando se ha procesado previamente una acción rescisoria del contrato debido a la existencia de un vicio en el consentimiento. Es por esto que, una vez se rescinde el contrato de seguro por evidenciarse la presencia de una conducta reticente o inexacta relevante en la declaración del estado del riesgo, el asegurador adquiere el derecho a retener la totalidad de la

prima devengada y la no devengada a título de pena por incurrir el tomador en dichas conductas.

La jurisprudencia nacional y la doctrina han considerado que la retención en la prima se encuentra consagrada en una norma de carácter dispositivo y no imperativo. Por esta razón, es posible que la parte afectada por la retención decida renunciar al derecho de retención y restituya la prima no devengada aun en los eventos donde se actuó reticentemente. Esta posición coincide con la tesis del tratadista Efrén Ossa, quien manifiesta que la retención de *“la prima se trata de un derecho consagrado en interés particular del asegurador, cuya renuncia a esta retención no está prohibida por la ley.”*¹²⁴. De esta manera es claro que sobre este tema, se faculta a las partes del contrato de seguro modificar el efecto jurídico derivado de una norma con la finalidad específica de llegar a un acuerdo de pago o una concesión de una deuda, según sea considerado pertinente por parte del asegurador quien es la parte llamada a ejercer tal facultad. Ahora bien, esta facultad dispositiva no es absoluta, ya que consagra una restricción a favor del asegurado que incurrió en la conducta reticente al limitar la sanción. Dicho límite normativo consiste en que la facultad de disponer de la retención de la prima, faculta a la entidad aseguradora únicamente a renunciar a tal retención y no a imponer una sanción más gravosa al tomador que inadecuadamente declaró el estado del riesgo.

4.2.4.3. La reducción de la prestación asegurada.

Esta es la sanción más leve que se puede imponer ante la presencia de una conducta reticente o inexacta en la declaración del estado del riesgo. Su aplicación está directamente relacionada con los casos en los que el tomador actúa bajo los presupuestos de un error inculpable, situación que como se vio anteriormente, amerita un tratamiento especial.

¹²⁴ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 303.

Su fundamenta jurídicamente en lo dispuesto por el artículo 1058 del Código de Comercio en su tercer inciso, el cual dispone lo siguiente: *“Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo...”*.

Según Efrén Ossa, la reducción de la prestación asegurada constituye un tratamiento a favor del asegurado, consagrado en el actual Código de Comercio para responder a razones de justicia y equidad, ya que la sanción debe guardar una estrecha e íntima relación con la gravedad de la infracción¹²⁵, por lo que no sería congruente castigar de la misma manera los actos culposos y los casos en los cuales no se evidencia culpa por parte del tomador, quien a pesar de actuar de buena fe exenta de culpa, incurre en errores al momento de declarar el estado del riesgo.

Pese a evidenciarse una conducta exenta de culpa, la reducción de la prestación asegurada tiene un carácter sancionatorio, ya que sin importar la ausencia de culpa, constituye una afectación directa a la evaluación jurídica y técnica del estado del riesgo, afectando las condiciones económicas que debieron aplicarse al contrato afectado por dicho error.

Esta sanción, prevista para actuaciones en las que se actúa con buena fe exenta de culpa, atenúa la responsabilidad del tomador y genera que sea inviable aplicar la nulidad relativa consagrada para casos en los que se incurre en conductas reticentes de manera culposa¹²⁶.

Comprendiendo así los presupuestos para que se aplique esta sanción, es pertinente determinar que, como efecto jurídico, esta sanción no produce la

¹²⁵ *Ibídem*.

¹²⁶ Es pertinente aclarar que en los Seguros Generales, todo acto emitido por el asegurador es revocable unilateralmente. Está facultad otorgada por el artículo 1071 del Código de Comercio hace posible que al encontrar una reticencia por error inculpable, no se reduzca la prestación asegurada sino que se revoque unilateralmente el contrato de seguros. No sucede lo mismo en los seguros de vida, en los que esta facultad de revocar unilateralmente es inaplicable.

ineficacia del contrato que sigue siendo fuente de derechos y obligaciones, pero sí genera la necesidad de reajustar la realidad económica de las prestaciones debidas por ambas partes, para así generar un equilibrio contractual esperado en un contrato de seguro¹²⁷.

En relación con el régimen probatorio, se determinó que era adecuado, en defensa del tomador, desplazar la carga probatoria al asegurador. Esta situación cobra especial relevancia al comprender quién está llamado a solicitar la prueba cuando pretende subsidiariamente contrarrestar cualquier eventual acción rescisoria promovida por parte del asegurador.

4.2.5. Régimen sancionatorio excepcional en los seguros de vida

El tratamiento sancionatorio, cuando se presentan vicios del consentimiento derivados de actuaciones reticentes o inexactas en un seguro de vida, contiene algunas excepciones que modifican el régimen aplicable. En razón de esto, es pertinente resaltar dichas situaciones excepcionales y su manejo sancionatorio.

Dichas excepciones son las siguientes:

A. Inexactitudes sobre la edad del Asegurado: En relación con este tema, el declarar una edad que no corresponda con la edad real del asegurado, no da lugar a la nulidad del contrato en ningún caso, a no ser que la edad real del asegurado este ubicada por fuera de los límites autorizados por la aseguradora según lo dispone el artículo 1161 del Código de Comercio. Pese a no producir la nulidad del contrato, al revelarse que el tomador incurrió en una conducta reticente se deberá reajustar el seguro según la edad real. Tal como lo propone Efrén Ossa¹²⁸, si el tomador declara una edad menor a la que en realidad tiene, el seguro se debe reducir en la porción necesaria para que su valor guarde relación matemática con la prima anual

¹²⁷ Este equilibrio económico esperado tiene su fundamento jurídico en los artículos 1102 y 1058 del Código de Comercio, en los cuales se establece la existencia de una regla de proporcionalidad entre las prestaciones fijadas y las prestaciones adecuadas.

¹²⁸ OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pág. 309.

percibida por el asegurador. Por otra parte, si la edad es menor, el valor del seguro se aumentará en la proporción indicada por el ordinal segundo del artículo 1161. Es pertinente agregar que este artículo únicamente es susceptible de disposición o modificación si esa se efectúa en beneficio o provecho del tomador o asegurado.

B. Irreductibilidad del Seguro: En los seguros de vida, transcurridos dos años de vida del asegurado contados desde la fecha de perfeccionamiento del contrato, el error en la declaración del asegurado no podrá ser una causa válida para reducir el valor asegurado, según lo indica el artículo 1160 del Código de Comercio.

De esta manera, las sanciones determinadas en el artículo 1058 se hacen improcedentes una vez se cumplan las siguientes condiciones:

- Condición No. 1: Que pasen dos años desde la fecha de celebración del contrato de seguro.¹²⁹
- Condición No. 2: Se requiere que durante dicho término de dos años, el asegurado permanezca con vida. Siguiendo a Efrén Ossa, en caso de fallecer antes del tiempo, desaparece el derecho a la irreductibilidad del valor del seguro, quedando el asegurador facultado para disponer de las sanciones conferidas por el artículo 1058 del Código de Comercio, siempre y cuando actúe antes del término de prescripción del derecho regulado en el artículo 1081 del mismo Código.

Es pertinente aclarar que así no lo haya dispuesto de tal manera el artículo 1160 del Código de Comercio, la irreductibilidad únicamente aplica para eventos en los que se incurre en reticencia actuando por un error inculpable, ya que este es el único evento en el cual la sanción por reticencia conduce a la reducción de la prestación asegurada y no a la nulidad relativa del contrato.¹³⁰

¹²⁹ Es importante determinar que este término no es coincidente con el término de prescripción del contrato ya que la prescripción comenzara a correr en el mejor de los casos, desde el momento en que ocurre el siniestro.

¹³⁰ A el error en la edad no puede aplicársele la irreductibilidad ya que el este error específico tiene un tratamiento especial determinado por el artículo 1061 del Código de Comercio.

C. Incontestabilidad: Con la expedición del Código de Comercio actual, se reguló en los artículos 1058 a 1060 una figura con grandes restricciones legales y que ha sido objeto de múltiples discusiones: la incontestabilidad¹³¹.

Este concepto que en la práctica aseguradora es ampliamente utilizado, corresponde a la imposición de una cláusula, según la cual la entidad aseguradora se compromete a no alegar durante la ejecución del contrato cualquier error, declaración falsa o fraudulenta u omisión en la que incurra el asegurado al declarar el estado del riesgo.

Esta restricción está sometida a una situación condicional, ya que se establece que no se alegará tales actuaciones, siempre y cuando haya transcurrido un tiempo determinado estando vigente el contrato de seguro.

Es pertinente aclarar que en los seguros de vida la incontestabilidad no constituye una excepción al régimen de sancionatorio del artículo 1058 del Código de Comercio; por esto las cláusulas de incontestabilidad en este tipo de seguros carecen de sustento jurídico y son inaplicables.¹³²

4.2.6. Improcedencia de las sanciones

Las sanciones que se determinan por incurrir en conductas reticentes o inexactas, tienen una finalidad propia: evitar que el asegurador cometa un error al manifestar su consentimiento. En relación con esto, hay situaciones en las que una manifestación reticente del tomador no genera una connotación negativa en el consentimiento del asegurado. Esta situación en palabras de Efrén Ossa, elimina el fundamento jurídico de la sanción por la que ésta se torna improcedente¹³³.

¹³¹ BUSTAMANTE FERRER, Jaime, y URIBE OSORIO, Ana Inés. Principio Jurídicos del Seguro. Cuarta Edición. Bogotá : Ed. Temis, 2004. Pág. 117.

¹³² OSSA GOMÉZ, Op. cit., Pag. 310.

¹³³ *Ibidem*. Pág 311.

De esta manera, existen algunas circunstancias en las que se excepciona la imposición de una sanción, bien sea porque legalmente se determina que ésta no tiene aplicación o porque el tomador efectuó alguna conducta que subsanó el vicio que había generado.

A. Subsanación del vicio por conocimiento del asegurador o por su posibilidad de conocer: Se presenta una reticencia cuando el asegurado, conociendo o debiendo conocer el estado del riesgo, omite declararlo. Esta actuación reticente en la declaración es susceptible de ser sancionable con la nulidad relativa del contrato de seguro, cuando se entiende que la omisión de información representó un actuar doloso por parte del tomador del seguro.

Ahora bien, es posible que al momento de perfeccionarse el contrato, el asegurador conozca o esté en posibilidad de conocer el estado real del riesgo. Cuando esta situación se presenta, no es viable jurídicamente que el asegurador solicite la acción de nulidad a modo de sanción, ya que se estaría dejando toda la carga de la declaración en manos del tomador, permitiendo así que el asegurador tenga una actitud plenamente pasiva en la etapa de declaración del riesgo, limitándose únicamente a escuchar y creer todo lo que el potencial tomador este declarando, aun teniendo certeza de que algunos elementos de la declaración no corresponde con la realidad.

Es claro que el asegurador debe desplegar una conducta activa para realizar una configuración propia del riesgo y estar protegido ante la presencia de algún vicio en la declaración del estado del riesgo.

Como se vio anteriormente, la Corte Suprema de Justicia determinó dos escenarios en los que se puede mover el conocimiento del asegurador. El primero de ellos es el conocimiento efectivo, que en caso de tenerlo, es una clara evidencia de la mala fe del asegurador al celebrar el contrato sabiendo que este está viciado de

nulidad¹³⁴. El segundo de ellos, es el denominado conocimiento presunto¹³⁵, integrado por las circunstancias y los hechos que el asegurador debía conocer en relación con el riesgo asegurable. De esta manera, se evidencia que no se exige un conocimiento real sino el despliegue de la capacidad aseguradora profesional para conocer hechos relevantes desconocidos relacionados con la declaración del tomador. Tal como lo expone Efrén Ossa, este presunto conocimiento implica mirar en “*un plano de perfecta igualdad*”¹³⁶ entre asegurador y tomador, y demostrándose que el asegurador tuvo la posibilidad de cerciorarse del real estado del riesgo, con lo que sería posible afirmar que el causante de la situación que generó la configuración errónea del riesgo, es el asegurador.

En razón de esto, cuando se ejerce por parte del asegurador una acción de nulidad que versa sobre hechos que éste conocía o debía conocer, se entiende que no hay lugar a la aplicación de ninguna sanción, ya que la entidad aseguradora no cumplió con la carga de diligencia y cuidado debida en esta etapa precontractual.

Esta tesis fue revalidada por la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia expedida el 19 de mayo de 1999, en la cual fue magistrado ponente José Fernando Ramírez Soto, determinando que:

“ha debido conocer, término utilizado por el art. 1058, hace referencia a que el actuar de la aseguradora al momento de determinar el estado del riesgo, debe ser diligente, o sea que no es de su arbitrio exigir del tomador una cualquiera prueba o declaración, descartando o guardando silencio sobre aspectos relevantes, y mucho menos dejando a su sola voluntad las manifestaciones o pruebas para la determinación del verdadero estado del riesgo, sino que, se repite, debe asumir un comportamiento condigno con su actividad, dado su profesionalismo en tal clase de contratación. En vía de

¹³⁴ La prueba de este conocimiento le corresponde al asegurado.

¹³⁵ OSSA GOMEZ, Efrén. Vida y Obra de un Maestro. Bogotá : Colombo Editores Acoldese, 1998. Pág. 310.

¹³⁶ *Ibidem*.

principio general lo que la norma reclama es lealtad y buena fe, pues este es un postulado de doble vía en esta materia”.

Esta posición fue revalidada primero por la Corte en la sentencia expedida el 2 de agosto de 2001, en la cual el magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo, hizo una exposición relacionada con la inaplicación de las sanciones de la reticencia cuando esta versa sobre hechos notorios al efectuar los exámenes médicos de un seguro de vida. Y posteriormente, se revalidó nuevamente esta posición en la sentencia expedida el 14 de julio de 2006 en la cual, el magistrado ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, manifestó que:

“La aseguradora, como profesional en el campo de los seguros, estaba en la obligación de verificar la correcta información en torno a la declaración del estado del riesgo.... Por este motivo la sanción de nulidad es improcedente cuando a) la aseguradora ha conocido o debido conocer antes de celebrarse el contrato los hechos o circunstancias que versan sobre los vicios de la declaración, caso en el cual no puede alegar la nulidad relativa del contrato como tampoco pretender la reducción de su obligación, porque si la aseguradora ha conocido la realidad y acepta asumir el riesgo, no ha sufrido engaño. Y b) si por la naturaleza del riesgo solicitado para que sea asegurado y por la información conocida y dada por el tomador, la compañía aseguradora, de acuerdo con su experiencia e iniciativa diligente, pudo y debió conocer la situación real de los riesgos y vicios de la declaración, mas sin embargo no alcanza a conocerla por su culpa...”.

De esta manera, se hace evidente que el incumplimiento de la carga de desplegar una posición activa en relación con la declaración del estado del riesgo, impuesta a la entidad aseguradora, puede llevar a la inaplicación de la sanción de nulidad relativa así sea evidente que se incurrió en una conducta reticente por parte del tomador. Esto obedece a que la condición del asegurador debe partir de la base de considerar profesional a esta parte contractual, lo que termina generando que esta deba actuar en forma diligente y cuidadosa para determinar aspectos relevantes

para la declaración del estado del riesgo que el tomador puede considerar innecesarios.

B. Renuncia tácita a la invocación de la reticencia como un supuesto de aplicación de conocimiento del estado del riesgo: Esta causa de improcedencia de las sanciones también está íntimamente relacionada con el hecho de conocer cierta o presuntamente la falsedad o reticencia al momento de perfeccionarse el contrato. Es por esto que el asegurador no puede invocar una acción de nulidad relativa del contrato de seguro argumentando la existencia de una reticencia en la declaración del estado del riesgo efectuada por el tomador, si en su posición de asegurador profesional, no actuó diligente y cuidadosamente en temas relacionados con inspección de la información declarada por parte del tomador.

Partiendo de este supuesto, es comprensible que el asegurador renuncie a invocar la acción de nulidad relativa en determinados casos, con la intención de limpiar el vicio existente en ese vínculo contractual. Dicha renuncia puede ser expresa a través de una comunicación clara remitida al tomador o puede ser tácita, en la cual se requiere una conducta específica del asegurador que debe comportarse en forma tal que inequívocamente permita comprender que ha renunciado a invocar la sanción a la que pueda haber lugar.

En la vida práctica, la renuncia es un instrumento utilizado en múltiples ocasiones con la intención de proteger algunos de sus clientes más antiguos o poderosos económicamente. La razón de esto es que inaplicar una sanción, aun habiendo lugar a ella, genera una confianza entre la entidad aseguradora y su cliente. Este fenómeno se ve en repetidas ocasiones en otras escalas como la indemnización de riesgos que no eran objeto de cobertura.

C. La prescripción y la caducidad de las sanciones: Tanto la prescripción como la caducidad deben ser comprendidas como sanciones diferentes, ya que el objeto de

la caducidad es la pérdida de la acción para reclamar un derecho y, el objeto de la prescripción es la pérdida de un derecho. Sin embargo en materia aseguradora, estos dos conceptos son tratados de manera indistinta en la normatividad aseguradora. Una muestra de la identificación de estos dos conceptos está consagrada en la sentencia expedida por la Corte Suprema de Justicia el 27 de marzo de 1971 bajo la ponencia del magistrado Hernando Gómez Otalora. En esta sentencia la Corte, en relación con un seguro de vida determina que *“hay un termino de caducidad o prescripción de dos (2) años señalados en la ley...”*.

En razón de esto, es pertinente acudir a la prescripción regulada en el artículo 1081 del Código de Comercio, de la siguiente forma:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.”

Esta norma imperativa, ha sido objeto de múltiples desarrollos jurisprudenciales a través de sentencias, como la expedida el 29 de junio de 2007, en la cual el magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo determinó que:

“Hay que insistir en que las dos clases de prescripción consagradas en el artículo 1081 del Código de Comercio se diferencian por su naturaleza: subjetiva, la primera, y objetiva, la segunda; por sus destinatarios: quienes siendo legalmente capaces conocieron o debieron conocer el hecho base de la acción, la ordinaria, y todas las personas, incluidos los incapaces, la extraordinaria; por el momento a partir del cual empieza a correr el término de cada una: en el mismo orden, desde cuando el interesado conoció o debió

conocer el hecho base de la acción y desde cuando nace el correspondiente derecho; y por el término necesario para su configuración: dos y cinco años, respectivamente...” .

De esta manera, tal y como lo configura el artículo 1081 del Código de Comercio, es claro que en el esquema asegurador corren, al igual que en la legislación civil, dos tipos de prescripción de las acciones que pueden ser solicitadas por las partes. Por un lado, existe una prescripción ordinaria que será de dos (2) años y que comenzará a correr a partir del momento en que el asegurador haya tenido o haya debido tener conocimiento de la ocurrencia del siniestro, concebido como ese hecho jurídico que genera una acción, una posibilidad de reclamar a la aseguradora la ejecución del pago del siniestro. Y, por otro lado; existe una prescripción extraordinaria que será de cinco (5) años y comenzará a correr a partir desde el momento en que ocurrió el siniestro independiente de que este sea o no conocido por parte de la entidad aseguradora.

D. Según los hechos y características específicas de la reticencia: Como toda relación jurídica en la que se discute la comisión de una conducta determinada, es posible que cuando una compañía aseguradora promueva una acción de nulidad derivada de una conducta reticente, el tomador proponga las excepciones que en su opinión sean pertinentes para: desvirtuar la existencia efectiva de la reticencia, acreditar que actuó de buena fe exenta de culpa o que el hecho reticente no es relevante en relación con la determinación del estado del riesgo.

Frente a un eventual proceso declarativo de este tipo en el que se discute qué parte tiene la razón, toma un papel preponderante la interpretación que efectúe el juez en relación con los hechos discutidos. Sobre este punto se manifestó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia expedida el 12 de septiembre de 2002, bajo la ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, determinando que

“le corresponde al intérprete del seguro, en particular al juzgador del contrato, evaluar cuidadosa y racionalmente la conducta asumida por los extremos de

la relación comercial a lo largo del iter contractual, con el propósito de establecer, en primer lugar, si en efecto el tomador quebrantó la carga de declarar fidedignamente los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo. Y en segundo término, sólo en caso de que sea conducente, si no obstante existir un vicio en la declaración de asegurabilidad, el asegurador conoció o debió conocer - por su calificado oficio- los hechos que le sirvieron de apoyatura, todo sin perjuicio del tópico de la carga de la prueba (onus probandi), hipótesis éstas que para su comprobación reclaman: buen juicio y sindéresis, muy especialmente en relación con la última de las mencionadas, dado el conocido grado de subjetivismo que la escolta ("...debió conocer"), el que aconseja prudencia, en orden a no restarle, sin fundamento atendible y razonable, fuerza jurídica a las -relevantes- reticencias e inexactitudes que, sin ambages, erosionen el axioma de la buena fe y que contaminan, de paso, el proceso volitivo en cabeza de la entidad aseguradora, materia de esmerada atención universal por parte de los ordenamientos vigilantes de la preservación del equilibrio contractual."

De esta manera queda claro que es el juez quien finalmente está llamado a determinar si la parte actuó de forma indebida al momento de declarar el estado del riesgo y si efectivamente hay evidencias de la existencia de una conducta reticente que vicia el consentimiento. En razón de esto es posible que, una vez determinado que no existe tal conducta o que el tomador actuó siguiendo los postulados de la buena fe exenta de culpa, el juez cuenta con plenas facultades para determinar que la sanción de reticencia es inaplicable y condenar a la entidad aseguradora al pago del siniestro.

CONCLUSIONES

Una vez efectuado un recorrido general de los ejes temáticos sobre los cuales gira la reticencia y la inexactitud en el contrato de seguros, es posible determinar las características propias de esta figura que la hacen tan trascendental permitiendo concluir lo siguiente:

1. La trascendencia del principio de la buena fe, toma una connotación especial, ya que en base a este es que se determinan y cuantifican las obligaciones de las partes. Adicionalmente se evidenció cómo este principio rige de igual forma en la etapa precontractual y contractual, identificándose claramente sus efectos al momento de presentarse una eventual transgresión.
2. La declaración del estado del riesgo efectuada por el asegurado, debe ser exacta y sincera en relación con los hechos relevantes que este declare, cumpliendo los postulados de buena fe exigidos por la ley en esta etapa precontractual. Adicionalmente, fue posible comprender que estos postulados básicos, que deben ser identificables en la declaración del estado del riesgo, no varían dependiendo de si se efectuó una declaración espontánea o dirigida, ya que el modo de declarar no suprime la obligación de actuar honestamente al declarar el estado del riesgo.
3. La carga declarativa no es exclusiva del tomador, ya que la aseguradora debido a su capacidad técnica y profesional, debe asumir, en la medida de sus posibilidades, una conducta activa que permita determinar el real estado del riesgo que se dispone a asumir. En razón de esto fue posible comprender que, cuando la aseguradora ejecuta una conducta pasiva en relación con la declaración del estado del riesgo, infringe su deber de actuar de buena fe poniendo en riesgo el ejercicio de sus acciones legales al evidenciarse la presencia de una conducta reticente por parte del tomador.

4. Fue posible comprender que suministrar un cuestionario para declarar el estado del riesgo no es una obligación, es una potestad que ostenta el asegurador que permite dirigir la declaración del tomador para que este revele los hechos relacionados con el estado del riesgo.
5. La reticencia e inexactitud son conceptos cualificados, ya que la normatividad y la jurisprudencia exigen que estas versen sobre aspectos relevantes en relación con la declaración del riesgo para viciar el consentimiento del asegurado y generar la sanción de nulidad relativa. Es pertinente tener en cuenta que la determinación de la relevancia es un aspecto subjetivo que varía según cada caso.
6. Existe una línea jurisprudencial definida en relación con la determinación de las exigencias que debe cumplir una conducta para ser considerada reticente o inexacta. Esto representa una facilidad práctica para el fallador que cuenta con un precedente jurisprudencial para determinar los aspectos generales que permiten calificar a una conducta como reticente o inexacta.

En conclusión, este trabajo se destacó por revelar el estado del arte actual y las particularidades específicas de la reticencia concebida como un concepto altamente relevante para la dinámica aseguradora. Luego de este estudio, es posible comprender a la reticencia y sus efectos como una materialización de los postulados de la buena fe exigidos en la etapa precontractual, en la cual la dinámica aseguradora exige desplegar todas las conductas necesarias para lograr una determinación adecuada de los elementos esenciales que conforman el contrato de seguro.

BIBLIOGRAFIA

- *ÁLVAREZ PÉREZ, Andrés Orión. ARROYAVE CARDENAS, Juan Camilo. HENAO CORREA. María Catalina. Evolución jurisprudencial en Colombia acerca de la nulidad relativa por reticencia e inexactitud en el seguro de vida Individual entre los años 2000 – 2012. Medellín : Tesis de grado de Especialización. Universidad Javeriana, 2012.*
- *ARANGO MARÍN, Juliana. La inexactitud y la reticencia en el contrato de seguro. Medellín : Tesis de Pregrado Académico. Universidad Eafit, 2007.*
- *BENÍTEZ LUGO, Luis. Tratado de Seguros. Madrid, España : Instituto Reus, 1955.*
- *BOTERO MORALES, Bernardo. Discurso “30 años de los programas de seguros en la Universidad Javeriana”. Bogotá, 2010.*
- *DE JUAN BELLVER, Alberto. El Seguro y su historia. Madrid : Ed. De progreso, 1947.*
- *DIAZ GRANADOS, Juan Manuel., “Reforma Legal al Sector Asegurador” : Comentarios sobre la reforma legal al sector asegurador Colombiano. Bogotá : FASECOLDA, 1990.*
- *DONATTI, Antígono. Trattato del diritto delle assicurazioni private, Segunda Edición. Milán : Ed. Giufré, 1954.*
- *FELIX MORANDI. JUAN CARLOS, El principio de “máxima buena fe” en época de crisis. VI Foro Internacional de Reaseguros. Panamá, 1986.*
- *GALINDO CUBIDES, Hernando. Compilado en Temas de Derecho Financiero Contemporáneo: Los seguros hace 25 años y cómo se visualizan en los próximos años. Bogotá : Universidad del Rosario, 2006.*
- *GHERSI, Carlos Alberto. Contrato de Seguro. Buenos Aires : Ed. Astrea, 2007.*
- *HALPELIN, Isaac. Seguros : “Exposición crítica de la ley 17.418. Buenos Aires : Ed. Depalma, 1970.*
- *HERRERA DIAZ, Rebeca. Temas de Derecho Financiero Contemporáneo : “El futuro del derecho de seguros en Colombia”. Bogotá : Ed. Universidad del Rosario, 2005.*
- *MOSSET ITURRASPE. Jorge – PIEDECASAS. Miguel A. Responsabilidad Precontractual. Santa Fe Argentina : Ed. Rubinzal y Culzoni, 2006.*
- *OSSA GOMÉZ, Efrén. Teoría General del Seguro : “El Contrato”. Bogotá : Ed. Temis, 1984.*
- *ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés. Lecciones de derecho de seguros No. 1. : “Cuestiones Generales y características del contrato”. Bogotá : Ed. Universidad Externado de Colombia, 2001.*
- *ORDOÑEZ ORDOÑEZ, Andrés. Lecciones de derecho de seguros No. 3 : “Las Obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguros y la inoperancia del contrato de seguros”. Bogotá : Ed. Universidad Externado de Colombia. 2008.*

- *PALACIOS SÁNCHEZ, Fernando. Seguros : “Temas Esenciales”. Bogotá : Ed. Universidad de la Sabana, 2007.*
- *PEYRANO, Jorge Walter. Cargas Probatorias Dinámicas. Argentina : Eds. Rubinzal-Culzoni, 2008.*
- *STIGLITZ, Rubén. Derecho de seguros. Buenos Aires Argentina : Ed. La Ley, 2004.*