

La reticencia como causal de nulidad relativa en el contrato de seguro de vida deudores*

Reluctance as a ground for relative nullity in the debtors' life insurance contract**

Héctor Darío Herrera Henao**

Universidad De San Buenaventura (Colombia)

HHerrera@usbboq.edu.co

Recibido el: 30.05.2022

Aceptado el: 12.09.2022

Resumen

La reticencia u ocultamiento de información por parte del asegurando, que se genera en el momento de la declaración de asegurabilidad - acto de la etapa precontractual del contrato de seguro - se constituye en el momento en el que la ubérrima buena fe, propia de este tipo de contratos, hace presencia real en la atmósfera de la relación aseguraticia. La reticencia – de darse - puede llegar a producir una nulidad relativa en el contrato de seguro, por eso es la muestra más palpable de la confianza que las partes se profesan. Al decidir asegurar, la declaración de asegurabilidad, pone al asegurador en el escenario del “conocer”, que emana de una información, pura y simple, de una información inocente y diáfana; no obstante, y dada la posición de experto del asegurador, y de existir algún viso de ocultamiento, el asegurador está en la obligación de ahondar en ello, mediante pruebas de ciencia, para precisar el real estado de salud del asegurando, es lo que se llama el “deber conocer”, de tal suerte que de aparecer algún dictamen que indique un endeble estado de salud, el asegurador podrá, o bien primar la póliza por un valor más alto (sobre primar), o bien abstenerse del aseguramiento. De asegurar sobre primando, habrá convalidado el estado de salud presentado y no podrá alegar reticencia al momento de la reclamación, toda vez que un indicador de un inestable estado de salud, resultado del deber conocer, lo obliga a entrar en otra fase, de mayor auscultamiento, que es la del “poder conocer”, que le impone asegurarse a plenitud de los detalles más íntimos que puedan estarse

* Artículo de posgrado para acceder al título de magister en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. “La reticencia como causal de nulidad relativa en el contrato de seguro de vida deudores, una figura jurídica en crisis, como resultado de la constitucionalización del derecho”.

** Abogado de la Universidad La Gran Colombia, Magister en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás, Especialista en Gerencia Estratégica de Mercados del Politécnico Gran Colombiano, Conciliador Extrajudicial en Derecho, profesor de Derecho Comercial y Societario de la Universidad de San Buenaventura sede Bogotá y Miembro del Colegio de Abogados Comercialistas de Colombia.

presentando. En este punto, lo único que le quedará al asegurador para alegar, será la mala fe del asegurado, y no la reticencia, que ya sería a estas alturas impropio.

Palabras clave

Reticencia, nulidad relativa, contrato de seguro de vida, sobre primar, conocer, deber conocer, poder conocer.

Abstract

The reticence or concealment of information on the part of the insured, which is generated at the time of the declaration of insurability - an act of the pre-contractual stage of the insurance contract - is constituted at the moment in which the abundant good faith, typical of this type of contract, becomes a real presence in the atmosphere of the insurance relationship. The reticence - if any - can produce a relative nullity in the insurance contract, which is why it is the most palpable sign of the trust that the parties have in each other. When deciding to insure, the declaration of insurability puts the insurer in the scenario of "knowing", which emanates from information, pure and simple, from innocent and clear information; However, given the insurer's expert position, and if there is any suggestion of concealment, the insurer is obliged to examine this in depth, by means of scientific tests, in order to determine the real state of health of the insured, which is what is called the "duty to know", so that if a report appears that indicates a weak state of health, the insurer may either give priority to the policy for a higher value (extra premium), or abstain from insuring. If the insurance is over-primed, the state of health presented will have been validated and no reticence may be claimed at the time of the claim, since an indicator of an unstable state of health, resulting from the duty to know, obliges the insurer to enter another phase, of greater auscultation, which is that of "being able to know", which requires the insurer to be fully sure of the most intimate details that may be presented. At this point, the only thing that will remain for the insurer to claim will be the bad faith of the insured, and not the reticence, which would be at this point inappropriate.

Key words

Reticence, relative nullity, life insurance contract, extra premium, knowing, duty to know, being able to know.

1. Introducción

El ocultamiento de información - también llamado *reticencia* -, en relación con el verdadero y real estado de salud por parte del asegurado, al momento de realizar la declaración

de asegurabilidad, es propiamente el momento en el cual se materializa la excelsa buena fe, propia de los contratos de seguro de vida deudores, y es cimiento a su vez, de la confianza que entre las partes debe primar en esta clase de relación negocial, en especial la confianza que se le genera al asegurador, porque es a partir de este momento cuando el asegurador decide o bien retraerse de celebrar el contrato, o en su defecto es inducido a estipular condiciones más onerosas.

Se pretende con este artículo, lograr una mayor comprensión en cuanto al alcance de las obligaciones, tanto de asegurado como de aseguradora, mediante el empleo de un método sistemático jurídico, a través del cual se ordenan e interpretan elementos del sistema normativo entorno a tópicos puntuales, como es el caso que aquí nos ocupa de las figuras de la reticencia y el contrato de seguro de vida para deudores y de manera especial, al alcance de la expresión, *ha conocido o debido conocer*, consagrada en el artículo 1058, en el entendido que, el *debido conocer* se convierte en una exigencia impuesta de manera legal a los aseguradores, de ir más allá en el contenido de la declaración de asegurabilidad, cuando hechos resultantes de la declaración del asegurado, permitan prever que existe una situación que pueda desvirtuar su real estado de salud, y que de no actuar - *la aseguradora* - de manera diligente, realizando actos adicionales, perderá cualquier posibilidad de ejercer su derecho a impetrar acciones en contra de su asegurado, para lograr la declaración de la nulidad relativa por reticencia, en la medida en la que no actuó en concordancia con estas estipulaciones.

Se busca además en este escrito y a través de cada uno de sus capítulos, responder a la pregunta ¿la reticencia u ocultamiento de información en el seguro de vida grupo deudores, es una institución jurídica entrada en crisis debido al nivel de ineficacia al que ha llegado, como resultado de las imposiciones trasladadas al asegurador en calidad de experto en la relación aseguraticia y si, como consecuencia de ello, el contrato de seguro de vida grupo deudores, estará de cara al replanteamiento de unos nuevos postulados constitutivos de nulidad?

Pregunta respaldada por el siguiente objetivo general: establecer si la figura jurídica de la reticencia o inexactitud frente al contrato de seguro de vida deudores en Colombia, como garantía adicional en el otorgamiento del crédito de vivienda, se encuentra en crisis y, puede incluso encontrarse en vía de extinción, gracias a que se ha privilegiado la protección de los derechos fundamentales sobre el hecho mismo de las declaraciones imprecisas de los asegurados; el cual a su vez se soporto con el objetivo específico de analizar la figura jurídica de la reticencia, también llamada inexactitud, como causal de nulidad relativa, en el contrato de seguro de vida deudores.

Para el logro de estos objetivos se escogió el enfoque de la investigación cualitativa, con un diseño histórico-descriptivo, a través del método hermenéutico, la recolección se dio a través de la revisión documental de fuentes primarias y secundarias y finalmente como técnica de análisis, se utilizó el análisis de contenido, dado en cuatro momentos para llegar a la teorización: el primero la categorización, la cual inicio con la transcripción de la información protocolar, pasando por el establecimiento de unidades temáticas, para luego codificar; el segundo momento fue la estructuración, donde se presentó una síntesis descriptiva de los hallazgos; el tercer momento es la contrastación, en el que se utilizó la triangulación para comparar los resultados con los estudios paralelos o similares que se presentaron en el marco teórico referencial y finalmente la teorización, en donde se trató de integrar en un todo coherente y lógico los resultados de la investigación.

El objeto del plan metodológico fue aceptar o rechazar la hipótesis de investigación planteada, afirmando que la figura jurídica de la reticencia en el seguro de vida grupo deudores, es de alguna manera la materialización viva de la buena fe en este tipo de contratos; esto en la medida en la que el asegurador espera absoluta sinceridad del asegurado en cuanto a sus condiciones generales y específicas de salud, al momento de tomar el seguro, y en la misma medida el asegurado espera que le sea pagado el riesgo una vez acaecido el siniestro. No obstante con el amparo de ciertos derechos fundamentales aparentemente vulnerados por la negativa del pago del riesgo amparado y en presencia de situaciones de reticencia, esta figura ha venido resquebrajándose y entrando en una fase de crisis al estar perdiendo su efectividad, toda vez que las aseguradoras igual han debido proceder a pagar los riesgos amparados, so pretexto de estar vulnerando derechos fundamentales de los asegurados, aun en presencia de inexactitud u ocultamiento de información.

2. Metodología

El acercamiento a los conceptos aquí planteados se lleva a cabo desde el paradigma cualitativo de la investigación, propio de las ciencias sociales, el cual privilegia la comprensión por encima de la explicación causal, por ende, consiste en evidenciar el sentido lógico que tiene la relación de diferentes elementos de las figuras jurídicas de reticencia y de nulidad relativa, aplicados a los contratos de seguro de vida de deudores. Desde esta línea, se asume un posicionamiento epistemológico partiendo de la hermenéutica desde la visión de Gadamer (1993), quien plantea que, para llegar a la comprensión, el intérprete debe darle sentido al texto atendiendo a condiciones de contexto e historia, trascendiendo de las condiciones primarias del autor y de su público originario, esto no quiere decir que se deba prescindir de tales aspectos.

Dicho en otras palabras: “*el sentido está siempre determinado también por la situación histórica del intérprete, y en consecuencia por todo el proceso histórico*” (p. 326). De esta manera, desde la reconstrucción progresiva del horizonte propio de interpretación es posible llegar a comprender el mundo del texto entablando un diálogo entre la distancia de ambas dimensiones.

Asumiendo dicho posicionamiento, las fuentes primarias residen aquí en la ley y la jurisprudencia, teniendo como fuentes secundarias las disertaciones de la doctrina que reinterpretan a las primeras, es por ello por lo que el principal objeto de estudio son los conceptos contenidos en textos, en otras palabras:

El texto mismo tiene su contexto, que se ensancha con el paso del tiempo y con las múltiples interpretaciones de que es objeto; por consiguiente, el intérprete debe recibir no sólo el texto en su presencia física, objetiva, sino con los variados comentarios que se han hecho de él. Por consiguiente, puede el intérprete criticar, argumentar, captar en una totalidad las diferentes partes del texto, ubicándolos en el amplio contexto social; utilizar los procedimientos dialécticos que amplíen los significados captados con anterioridad, pues toda interpretación implica innovación y creatividad en la medida en que la interpretación del texto o de la acción humana enriquezca su descripción o comprensión (Martínez citado en Arráez, Calles y Moreno de Tovar, 2006).

Por otra parte, y desde un Derecho entendido como un sistema organizado de manera coherente, que requiere de una comprensión vista como unidad funcional e integral, se privilegia el estudio de la norma como un elemento que forma parte de un todo, es decir, es un sistema jurídico que cuenta con una orientación teórica particular, la cual exige la apropiación de escuelas y métodos de interpretación específicos (López Medina citado en Perilla, 2015). Las orientaciones teóricas de tales sistemas se denominan iusteorías y se definen como “*aquellos enfoques jurídicos que están llamados a permear de manera dúctil el sistema jurídico de acuerdo con las características del contexto del cual provienen*” (Perilla, 2000, p. 5). Por lo tanto, su contexto en ese sistema jurídico y su relación con otras fuentes permite entender que (i) el derecho es de naturaleza abierta, (ii) que no puede ser creado de manera exclusiva por el legislador y (iii) que los operadores jurídicos se deben alejar de las interpretaciones miméticas para aplicar interpretaciones auténticas (Perilla, 2015). Por último se debe precisar que se trata de una investigación de carácter histórico-descriptivo, toda vez que se realiza el estudio desde la realidad histórica del contrato de seguro de vida deudores, las partes en este tipo de contratos, aseguradores y tomadores de un lado, y del otro, los asegurados, han tenido claras sus posiciones y condiciones al momento de la toma del seguro de vida, en la que la condición sine

qua non para el asegurado es ser preciso y conciso con respecto a la situación de su estado de salud, lo que se ha constituido en una variable casi que inmutable en todos los tiempos.

3. El contrato de seguro de vida deudores y el interés asegurable

Un principio común a todo seguro, tanto en el seguro de personas, como en el seguro de daños es el de la existencia de un interés asegurable y tiene entonces un interés asegurable, toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. Al decir de Velásquez:

La exigencia de un interés asegurable no es solamente jurídica, es también práctica; si faltara, el contrato de seguro ofrecería peligrosos incentivos a las personas inescrupulosas para proteger pérdidas y lucrarse de ellas, con lo cual se violaría el universal principio jurídico que expresa que nadie puede beneficiarse de su propia ilicitud. (2000, p. 54)

Vale la pena traer a colación la discusión monista-dualista¹, que se ha dado entorno al interés asegurable como elemento de la esencia en el contrato de seguro de personas, en cuanto a si la naturaleza del seguro de personas es de carácter indemnizatorio o no lo es; en el entendido que este sea igualmente fundamental en la formación de este negocio jurídico.

Desde la derogada ley mercantil de 1887 en su artículo 693, la legislación Colombiana ha mantenido como un *elemento esencial* en el contrato de seguro, *el interés asegurable* y lo ha conservado a lo largo del tiempo, al punto de ser retomado por el legislador de 1971, quien en el mismo sentido lo acogió en el artículo 1045 del estatuto comercial. Aunque el *interés asegurable* es un concepto económico y como tal lo enfoca la ley al atribuirle el carácter de elemento esencial de los *seguros de personas*, estos carecen – por regla general – de la naturaleza indemnizatoria de los seguros de daños (Ossa, 1991).

El seguro de daños, a su vez, es el contrapuesto del *seguro de personas*, coinciden ambos en que es principio común a ellos el de la existencia del *interés asegurable*; en el seguro

¹ “Esta discusión no solo se ha generado entre los partidarios de la teoría monista y de la teoría dualista del seguro, sino que (sic) entre los mismos seguidores de esta última, han surgido algunos que reclaman la aplicabilidad del interés asegurable en los seguros de personas. Así las cosas, uno de dichos sectores (el dualista), al partir de la concepción según la cual los seguros de personas y los de daños (también conocidos como seguros de cosas, seguros de indemnización o assurances-indemnités) tienen una naturaleza diversa, advierte que el interés asegurable no es compatible con la naturaleza singular de los seguros de personas (la cual no es indemnizatoria), razón por la cual se opone de plano a su inclusión dentro de los elementos esenciales de esta tipología de seguros.” (Díaz-Granados, 2015, p. 120.)

de daños “(...) es la relación de contenido económico entre un sujeto (asegurado) y un bien (singular o situación patrimonial) expuesta a un riesgo determinado” (Vargas, 1999, p. 41).

La clasificación dada en el Código de Comercio Colombiano al contrato de seguro, como lo hace notar López Blanco, es de dos grandes divisiones: 1) *el seguro terrestre*, regulado de los artículos 1036 a 1162 y, 2) *el seguro marítimo* de los artículos 1703 a 1765; de donde se desprenden, al tenor de los capítulos II y III, 1.1 *el seguro de daños* y, 1.2 *el seguro de personas*, que en palabras de López Blanco (1982):

(...) aunque muchos principios son aplicables a estas dos clases de seguros terrestres, hay entre estos una diferencia, ya que los primeros se refieren a la protección directa del patrimonio del asegurado – el seguro de daños -, y por lo mismo, la indemnización siempre guardará relación con la magnitud económica de la pérdida efectivamente sufrida, mientras que los segundos – el seguro de personas -, protegen las consecuencias dañosas con repercusiones patrimoniales de derechos personalísimos como lo son la vida, la integridad personal, la salud, y frente a los cuales la tasación de los valores asegurados presenta mayor elasticidad que en los seguros de daños (...). (p. 7)

El seguro de personas, en este orden de ideas ve su origen y aplicación real desde el seguro terrestre, ya que es, “*precisamente a través del seguro de personas, como se garantiza el pago de un capital o una renta, cuando se produce un hecho que afecta la existencia, salud o vigor de un asegurado*” (Halperin, 1970, p. 38).

Concuerdan ambos seguros (el de daños y el de personas) en la presencia de un interés asegurable, pero con muy distinto sentido jurídico, y es de esta naturaleza toda vez que, cuando el seguro es de daños, lo que ampara el asegurado es su patrimonio y la protección la denomina *meramente afectiva*, porque su destinatario son los bienes materiales del asegurado; mientras que en el seguro de personas, ya lo denomina *preponderantemente afectivo*, porque lo que el asegurado busca proteger es su propia vida o la de un tercero, que como dice la norma, le apareja un interés asegurable (Ossa, 1991).

En una clasificación de los seguros de personas, propuesta hacia el año 1991, a los seguros de personas, pertenecen: a) los seguros de vida, b) los seguros de accidentes personales, c) los seguros de hospitalización y cirugía, y d) los seguros personales de patrimonio (Ossa, 1991)

Al decir de Signorino (2008), el seguro de vida es de carácter indemnizatorio, por ello se afirma que:

El seguro de vida en las actividades financieras es un seguro utilizado fundamentalmente para cubrir la deuda emergente de un crédito bancario o financiero que es concedido a una persona física, ante la eventualidad de que fallezca el cliente durante el período de vigencia de la deuda, en cuyo caso, ocurrida la muerte del deudor, la aseguradora le indemnizará a la entidad financiera la suma remanente adeudada, quedando de esa forma cancelada la referida deuda. (Rabosto, 2017, p. 179)

En el seguro de daños patrimoniales, la suma asegurada al igual que el mayor valor del interés asegurado “será siempre el límite de la obligación del asegurador y de llegar a ser menor, el tomador deberá asumir, en caso de siniestro, esa diferencia, es decir la proporción del riesgo no asegurado, esto en virtud de la aplicación de la denominada “regla proporcional” (Morandi, 1971).

El bien cubierto en el seguro de vida es, según Ascarelli y Donatti (citados en Ossa, 1963) la ganancia que el asegurado se proponía realizar si hubiese conservado la vida. En virtud de este planteamiento Ascarelli y Donati, han sostenido que el seguro de vida es una modalidad del seguro de beneficio esperado. Tesis que no admite Buttaro (citado en Ossa, 1963), porque este seguro carece de autonomía, accede siempre al seguro sobre la cosa de la cual se espera el beneficio (Ossa, 1963).

La característica principal, del seguro de personas, que sirve además para diferenciarlo del seguro de daños, es que “*la obligación principal del asegurador no tiene por objeto la reparación de un daño - no es indemnizatoria - sino la realización de una serie de prestaciones en favor del asegurado. No son en sentido estricto seguros de indemnización.*” (Elguero, 2004).

En el seguro de personas, la naturaleza es diferente - como ya se mencionó - no es de índole indemnizatoria, por considerarse que, “*los presupuestos integradores de la regla indemnizatoria son ajenos al seguro de personas*” (Jaramillo, 1992), de tal suerte que este interés recae bien sea en la propia vida del asegurado o en la de aquellas personas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle, a este, un perjuicio económico, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta.

Una definición comprensiva del *interés asegurable*, es aquella que aporta Ossa (1991), al proponerla como:

La relación económica (se diría mejor económico-afectiva), amenazada por un riesgo personal (la muerte, la desmembración, la enfermedad, la incapacidad y aun la supervivencia), que una persona tiene con otra (el asegurado) y que puede o no ser objeto de eventual daño patrimonial como consecuencia de la realización del riesgo asegurado. (p. 84)

Más aterrizado y en un sentido más amplio, Díaz-Granados (2015), le da una perspectiva diferente:

Podemos entender el interés asegurable en el seguro de personas como aquella preocupación que de buena fe una persona (tomador, asegurado o beneficiario) tiene en la protección, bienestar o conservación de otra (asegurado). Este sentir interno es lo que lleva a corroborar la existencia del interés asegurable como elemento esencial del contrato de seguro. (p. 123)

Es entonces el interés asegurable, visto desde su más profunda simpleza, la intención del tomador del seguro de garantizar, que si alguna eventualidad le llegare a surgir al asegurado, durante la vigencia de la obligación, que es igual a la de la póliza, el riesgo amparado sea cubierto y la obligación que dio origen al aseguramiento sea extinguida, por el asegurador, en su totalidad. Pero agrega un elemento de suma trascendencia el profesor Díaz-Granados, que la preocupación que le asiste al tomador, asegurado o beneficiario, debe ser una preocupación de buena fe.

Ahora bien, mientras que el riesgo, en la generalidad de los contratos de seguros, diferentes al seguro de vida, es un hecho incierto, en el seguro de vida esta situación es diferente, y al respecto Magee afirma:

En todas las formas de seguro, a excepción del seguro de vida, el acaecimiento de una contingencia desfavorable, que da origen a una pérdida, es materia de incertidumbre. En el seguro de vida, la calamidad contra la que se asegura es la muerte. La muerte es universal y cierta. La incertidumbre concomitante a la muerte, es el tiempo de su acaecimiento. (1947, p. 671)

Por su parte, la Corte Constitucional en 2012, clasifica el interés asegurable en directo e indirecto, en su sentencia T-328A, al establecer:

El interés asegurable que en este tipo de contratos resulta relevante se halla en cabeza del deudor, así sea que al acreedor también le asista un interés eventual e indirecto en el seguro de vida grupo deudores.

(...) de un lado, se presenta un interés directo del propio deudor para que no se vea afectado él mismo en caso de incapacidad física, o sus herederos con la transmisión de una deuda a causa de la muerte; y de otro, puede haber un interés indirecto del acreedor, quien pretende sustraerse de los efectos y las vicisitudes de la sucesión por causa de muerte, en procura de obtener de manera inmediata el pago (...). (Corte Constitucional, 2012)

3.1. El interés asegurable directo y el interés asegurable indirecto

Narváez Bonnet (2013), haciendo referencia a la sentencia mencionada, sostiene que:

no es cierto que el interés asegurable es indirecto frente al acreedor y directo frente al deudor, en tanto que, el interés asegurable es del acreedor: en primer lugar porque en virtud del numeral 3 del artículo 1137 del Código de Comercio, se tiene interés asegurable en la vida de las personas, cuya muerte o incapacidad pueda generar un perjuicio económico al tomador del seguro; en segundo lugar, porque la principal finalidad de este tipo de seguro es que la entidad financiera, como tomadora, no tenga la necesidad de acudir a una sucesión persiguiendo el pago de la deuda y que eventualmente esta no resulte satisfecha. (p. 79)

Es claro que el tomador (entidad financiera) no un tiene interés en la vida o en la salud de su acreedor, como el interés que le podría caber a una esposa o a unos hijos; lo que realmente le interesa al tomador es, que en caso de fallecer su deudor o de quedar imposibilitado para cancelar su obligación, esta (la obligación) no quede incobrable o impagable y haya alguien que se haga cargo, es claro que, el interés del tomador crediticio es directo, pero de naturaleza diferente al que tendría el tomador si este fuera el asegurado. Lo que habría que plantearse a partir de estas posiciones sería si se puede hablar mejor, de la existencia de un interés asegurable objetivo y de un interés asegurable subjetivo, de donde se derivaría un solo interés directo.

Al respecto Zapata (2017) sostiene que el interés asegurable recae en cabeza del asegurador de manera directa y no del deudor, y no por esto el seguro se convierte en un seguro de carácter crediticio, dado que las diferencias que cubren el seguro crediticio y el de bienes son

sustancialmente diferente, ya que el primero cubre el incumplimiento, mientras el segundo cubre la vida y la incapacidad permanente del deudor, y no el incumplimiento propiamente dicho.

4. La buena fe y el interés asegurable

Cuando el asegurador conoce la destinación del aseguramiento, es decir cuando el asegurador determina si el seguro de vida está encaminado a respaldar el otorgamiento de un crédito (interés objetivo), o en su defecto está encaminado, simplemente a amparar un riesgo eventual, producto de una decisión precavida del tomador-asegurado, (interés subjetivo), puede determinar si se encuentra frente a un interés asegurable de índole objetivo o de índole subjetivo, es cuando tiene la oportunidad de determinar el nivel de verdad que le puede asistir a la declaración otorgada por el asegurando.

Es de mayor probabilidad que un asegurando, falte a la verdad, para acceder a un crédito (interés objetivo), a que falte a la verdad, cuando piensa en tomar un seguro de manera espontánea y como previsión de un riesgo eventual (interés subjetivo).

Es entonces en el momento del diligenciamiento del formulario de asegurabilidad, cuando en realidad se le brinda la oportunidad al asegurando de decir la verdad sobre su real estado de salud y es también el momento, cuando se le brinda al asegurador la posibilidad, de conocer y de comprender el nivel real del riesgo que pretende asegurar, por lo que, dependiendo de las condiciones de salud del asegurando, el asegurador o bien puede retraerse de celebrar el contrato, o inducirlo a estipular condiciones más onerosas, como bien lo establece nuestro estatuto mercantil en su artículo 1058.

En este punto y con el propósito de brindar conceptos claros sobre la buena fe, es válido hacer ciertas precisiones en cuanto a su doble connotación; una primera, que proviene digámoslo de la misma conciencia del sujeto de estar obrando correctamente y conforme a derecho, mientras que la segunda, responde a unos deberes de comportamiento. En este sentido, Neme (2009) señala que:

(...) la expresión buena fe subjetiva responde a un estado de conciencia, a un convencimiento acerca de la legitimidad de nuestro derecho o de nuestra posición jurídica, el cual se funda en el propio estado de ignorancia de estar lesionando intereses ajenos tutelados por el derecho, o en la errónea apariencia de cierto acto; en fin, consiste en un estado psicológico y no volitivo. En cuanto concierne a la buena fe objetiva esta se traduce en un deber de comportamiento conforme a los presupuestos del principio, que

se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección, transparencia, diligencia, responsabilidad, consideración del interés del otro, entre otros deberes que emanan permanentemente del profuso carácter normativo propio del principio. (p. 68)

Actuar de buena fe exenta de culpa significa para los intervinientes:

(...) no sólo tener la convicción de obrar correctamente sino que tal convicción no provenga de negligencia o descuido. En consecuencia, uno de ellos no podrá pretender que el otro lo indemnice cuando a pesar de acreditar que actuó de buena fe, no comprueba que el yerro en que incurrió respecto del posible momento de la formalización del contrato, o del contenido, o de su vigencia, o de cualquier otro aspecto del mismo, se presentó aun habiendo obrado de forma prudente y diligente, por ello de que nadie puede alegar su culpa en su beneficio; y tendrá la limitante de no poder alegar ignorancia de una disposición legal. (Narvárez Bonnet, 2014, p. 194)

Quiere esto decir, que la buena fe tenida en cuenta como principio, para que de ella se pueda predicar su presunción *per se*, debería existir una identidad absoluta, una comunión perfecta, entre la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. En el mismo sentido de Neme, Narvárez Bonnet (2014), señala que en el marco de una concepción psicológica, se presentan dos escenarios, el primero, el que responde al siguiente comportamiento: “*resulta de buena fe la conducta de aquel sujeto que ignora el carácter ilícito de su acto (...)*” (Narvárez Bonnet, 2014, p. 163), mientras que para el segundo escenario, el comportamiento que se presentaría es: “*atendiendo a las circunstancias y calidades de la persona, el yerro en que incurrió o su situación de ignorancia, resultan ser inexplicables (...)*.” (Narvárez Bonnet, 2014, p. 163). Correspondiendo entonces el primer escenario a una buena fe subjetiva, mientras que el segundo escenario, sería el de una buena fe objetiva.

Entonces, entendiendo lo planteado por Neme y Narvárez, la buena fe la buena fe subjetiva, es la simple creencia de estar haciendo lo correcto, es como una especie de buena fe inocente, una buena fe infante, una buena fe natura; mientras que la buena fe objetiva es la conciencia plena y absoluta de estar actuando correctamente, con la certeza real y verdadera de estar haciendo las cosas conforme a los parámetros éticos, morales y legales y sin dejar al menos un atisbo de duda sobre lo actuado. Narvárez Bonnet (2014) denomina la buena fe objetiva como buena fe exenta de culpa, mientras que a la buena fe subjetiva la denomina buena fe simple.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional (2002)², la buena fe simple³ exige solo una conciencia recta y honesta, mientras la cualificada o creadora de derechos⁴ impone dos elementos: uno subjetivo y otro objetivo. El primero, referido al conocimiento de obrar con lealtad, y el segundo, tener la seguridad de que el tradente es realmente el propietario, para lo cual se deben realizar averiguaciones adicionales que comprueben tal situación.

La buena fe cualificada o creadora de derecho tiene plena aplicación en el caso de los bienes adquiridos por compra o permuta y que provienen directa o indirectamente de una actividad ilícita⁵.

Ahora bien, hablar de que la buena fe se presume, bajo los escenarios propuestos ex ante, es toda una aventura, porque ya de entrada se aceptaría que, dependiendo de quién provenga el proceder, se podría decir, si se acepta o no su buena fe, por su neófito conocimiento del tema, ejemplo la profesora de escuela, que accede a un crédito hipotecario y suscribe un contrato de seguro de vida deudores; o por el contrario, es imposible aceptar su buena fe, porque no es dable que una persona de sus calidades personales e incluso profesionales, haya incurrido en yerros de tal magnitud, sin haberlos visto venir, sin haberse percatado de su existencia y sobre todo sin dejar en el ambiente la posibilidad de pensar que dichos yerros fueron pasados por alto adrede y con la intención de inducir a error, ejemplo el abogado, que accede a similar crédito hipotecario y suscribe un contrato de seguro de vida deudores.

Este obrar correcto o leal, al que se refiere Galgano (1992), es el que se espera que tenga el asegurando al momento de diligenciar el formulario de asegurabilidad, como una forma de anticipar los vacíos que la ley no puede prever, cuando establece:

Las reglas, no escritas, de la corrección y de la lealtad son reglas consuetudinarias y corresponden a aquello que un contratante medianamente correcto o leal se siente en el deber de hacer o de no hacer, y se debe tener en cuenta el nivel medio de corrección del concreto sector económico o social al que el contrato se refiere (por ejemplo el sector

² Sentencia C-1007 de 2002, Corte Constitucional.

³ La buena fe simple, que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones.

⁴ La buena fe cualificada o creadora de derecho exige dos elementos a saber: uno subjetivo y otro objetivo. El primero hace referencia a la conciencia de obrar con lealtad, y el segundo exige tener la seguridad de que el tradente es realmente el propietario, lo cual exige averiguaciones adicionales que comprueben tal situación. Es así que, la buena fe simple exige solo conciencia, mientras que la buena fe cualificada exige conciencia y certeza.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Acta No 343 dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013). MP. María del Rosario González Muñoz.

crediticio, el de los seguros, el de la compraventa de automóviles usados etc.). Al juez, en concreto, le corresponde establecer aquello que es conforme a la buena fe o que es contrario a ella; sin embargo el juez no se sirve de su particular concepto de corrección o de lealtad; debe tener en cuenta las reglas de la costumbre, que pueden ser muy elásticas y distintas de su concepto personal de corrección. (Galgano, 1992, pp. 454-455)

Esta es la buena fe contractual, es precisamente a la que hace alusión el código de comercio Colombiano en su artículo 871.

Refuerza estas teorías al afirmar que:

(...) permitir que el error cometido por una de las partes, que no ha obrado prudente o diligentemente, sirva de base para pretender la anulación del negocio jurídico o una indemnización de perjuicios por haber incurrido por desidia o descuido en tal yerro durante las conversaciones o tratos preliminares, en aquellos casos en que no se celebró el contrato, o pretenda con ello evadir el cumplimiento de las obligaciones que le corresponde, sería prohiar situaciones aberrantes y establecer un veneno inagotable de abusos, además de desquiciar y restarle todo efecto al principio de que nadie puede alegar su propia culpa en su beneficio (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). (Narváez Bonnet, 2014, p. 166)

Es por lo mismo y volviendo al tema que nos ocupa, el del seguro de vida deudores, que la buena fe en este tipo de contratos, exige que esta sea excelsa, estrictísima, una “*uberrimae bonae fidei*”⁶, como lo manifiesta el profesor Andrés Ordoñez (2001), en sus lecciones de derecho

⁶ (...) Del contrato de seguro se predica, como atributo que le pertenece, la “*uberrimae bonae fidei*”, no simplemente para significar que debe celebrarse de buena fe, desde luego que tal exigencia la reclaman específicos mandatos constitucionales (artículo 83 de la Constitución Política) y legales (artículo 863 del C. de Co., 1603 del C. Civil, entre otros), respecto de cualquier negocio jurídico, y en general, como regla de comportamiento a seguir en toda relación intersubjetiva con relevancia jurídica; sino para enfatizar que la misma – buena fe- adquiere, dentro de la estructura de dicho contrato, una especial importancia, al paso que las repercusiones de la misma, examinadas siempre de manera rigurosa, se ofrecen en una muy variada gama de aplicaciones. Una de esas nítidas manifestaciones del aludido principio reluce, para decirlo claramente, en lo concerniente con el deber del asegurado de hacerle saber al asegurador todas aquellas circunstancias que influyan en la apreciación del riesgo, para cuya determinación, dada su complejidad y onerosidad, se confía el asegurador, por regla general en las informaciones suministradas por aquel, a quien, por consiguiente, se le exige en el punto una conducta “*intachablemente diligente*” ya que toda reticencia o inexactitud en la información de cualquier incidencia que pueda hacer ver como más o menos probable la realización del hecho condicionante de la obligación del asegurador, es suficiente para enturbiar de tal forma la igualdad de condiciones entre las partes que, inclusive puede llegar a afectar la licitud de la negociación. (...) por supuesto que, como lo puntualizara esta corporación en sentencia de casación del 19 de mayo de 1999: “el conocimiento del riesgo que se procura en principio con la declaración de asegurabilidad que bien puede complementar la aseguradora con la inspección directa del riesgo, permite una evaluación de la probabilidad del daño. Sin embargo, de dicha inspección no se puede colegir que la compañía de seguros haya conocido a plenitud el riesgo, ni que el tomador quede liberado

de seguros, plantea sobre este tema que: *“Indudablemente el asegurador en las materias esenciales del contrato se encuentra sometido a la conducta del asegurado, una conducta que obviamente debe ser exigida tanto por la ley, como por el mismo negocio jurídico, en estricta buena fe.”* (p. 104).

En términos generales en materia de contratos, la buena fe con su calidad de principio general del derecho⁷, se constituye en pilar fundamental en este tipo de actos jurídicos; no obstante tratándose de los contratos de seguros, la buena fe, adquiere una connotación más preponderante, y es que la lealtad con la que debe obrar el asegurado, en especial frente a la declaración del riesgo, pone al asegurador *«(...) “a merced del asegurado” quien, objeto de tal grado de confianza, debe comportarse con absoluta lealtad.»* (Picard y Besson citados por Ossa, 1991, p.45).

La honorable Corte Suprema de Justicia, al respecto de la buena fe en el contrato de seguro argumentó en los albores de la nueva constitución, en sentencia 4640 de 1995, lo siguiente:

En efecto, en lo tocante al Contrato de seguro el concepto de buena fe adquiere mayor severidad porque, a diferencia de muchos otros contratos en que la astucia o habilidad de las partes pueden llevarlas a obtener ciertas ventajas amparadas por la ley, en el contrato de seguro esta noción ostenta especial importancia, porque tanto en su formación como en su ejecución él se supedita a una serie de informaciones de las partes, que muchas veces no implican verificación previa. Generalmente estas manifestaciones en lo que respecta al tomador o asegurado las hace al solicitar el seguro, las que exige la ley deben hacerse con pulcritud, que sean verídicas y que no haya callado ni ocultado circunstancias que de conocerlas el asegurador, no habría consentido en el contrato, o habría consentido en él bajo otras condiciones. (Corte Suprema de Justicia, 1995)

de las consecuencias adversas por la inexactitud o reticencia en su declaración...” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, 2000).

⁷ La Corte Constitucional ha considerado en sentencia C-1194 de 2008 que en tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado, y en tanto postulado constitucional, irradia las relaciones jurídicas entre particulares, y por ello la ley también pueda establecer, en casos específicos, esta presunción en las relaciones que entre ellos se desarrollen.

He aquí cómo la Corte Suprema de Justicia, sin hacer expresa referencia a una buena fe simple o calificada, si propone ciertas condiciones que involucran comportamientos tanto subjetivos como objetivos por parte del asegurado.

En este punto, es dable recordar el propósito del constituyente, al incorporar en el texto mismo de la Constitución en su artículo 83, la imperatividad de este principio, y sus efectos en las relaciones particulares-autoridades. Esto se evidencia en la Sentencia T-469 de 1992 desde dos posiciones:

Primero, se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. **En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho;** en el segundo, ante unas limitantes (sic) a los excesos y a la desviación del poder. (Negrilla fuera de texto).

Segundo, se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe. Este principio que parecería ser de la esencia del Derecho, en Colombia ha sido sustituido por una general desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a proteger. (Corte Constitucional, 1992)

Con el paso del tiempo, la buena fe, fue elevando su calidad calificada en el marco del contrato de seguro, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil mediante sentencia de noviembre 30 de 2000, determinó sobre este punto:

La cabal estimación de los riesgos que habrá de cubrir el seguro y, por consiguiente, la decisión del asegurador de ajustar el contrato o no, así como la de liquidar la prima respectiva, descansa, preponderantemente en las atestaciones que al respecto asiente el tomador del seguro, quien, en tal virtud, “ha de decir exactamente todo lo que dice y ha de decir todo lo que sabe”, de modo que la lealtad, exactitud y esmero que éste en el cumplimiento de ese deber resultan indispensables para el anotado fin, a la vez que la transgresión de las señaladas reglas de conducta aparejan consecuencias de diverso

orden, entre ellas la de afectarlo de nulidad relativa" (...) Del contrato de seguro se predica, como atributo que le pertenece, la "uberrimae bona fidei", no simplemente para significar que debe celebrarse de buena fe (...). (Corte Suprema de Justicia, 2000)

En sus lecciones de derecho de seguros, Ordoñez (2001), plantea al respecto de este tema: Indudablemente el asegurador en las materias esenciales del contrato se encuentra sometido a la conducta del asegurado, una conducta que obviamente debe ser exigida tanto por la ley, como por el mismo negocio jurídico, en estricta buena fe.

Se evidencia como el nivel de cualificación de la buena fe vino in crescendo, al alcanzar la categoría de "*ubérrima*"; de tal suerte que, se reafirma la especialísima condición del contrato de seguro con respecto a otros contratos. Al respecto, la Sentencia 6146, la Corte Suprema de Justicia en el año 2001, dijo:

(...) dadas las especiales características del contrato de seguro, éste se soporta, más que convención alguna, en la buena fe del tomador, en su sincera declaración, a tal punto que en este acuerdo negocial no resulta viable el dolo bueno o incidental. Esta exigencia es de tal entidad, que las simples reticencias del tomador pueden generar la nulidad relativa del seguro, en las situaciones previstas en los dos primeros incisos del artículo 1058 del Código de Comercio, pues el consentimiento del asegurador depende de la sinceridad de la declaración que haga aquél sobre el estado del riesgo (...). (Corte Suprema de Justicia, 2001)

La buena fe, para Betti (1969) requiere provenir de la ignorancia, pero no cualquier ignorancia, esta debe ser legítima, o sea, de tal nivel que la mera diligencia normal no la haya podido superar. Para el argentino Mosset (1977), la buena fe no admite un obrar culposo, y por el contrario exige un actuar prudente, cuidadoso, diligente y previsor.

La buena fe es, por tanto, la asta sobre la cual se iza el estandarte que es el contrato de seguro de vida, sin la cual, el contrato no se podría erigir, porque no tendría el sustento necesario para hacerlo derivando en una nulidad relativa, y por lo mismo, perdiendo toda la eficacia de proteger el riesgo amparado como resultado de un siniestro.

5. Operatividad de la reticencia en el contrato de seguro de vida deudores

Para que la reticencia pueda ser declarada por el juez, debe cumplir con ciertos presupuestos, que imbrican la acción o la omisión, bien sea por parte del asegurado, o bien sea por parte del asegurador en la etapa precontractual del contrato de seguro de vida deudores

Al respecto Baeza (1981), sostenía que “*en materias civiles, por regla general, la mera reticencia no importa dolo. En el seguro, por el contrario, la reticencia vicia el consentimiento del asegurador y debe ser considerada una forma de dolo.*” (p. 81).

Sin embargo, la ley comercial⁸, establece claramente el alcance que a manera de sanción produce el ocultamiento de información (...) 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 seguro⁹.

Ahora bien, la declaración de asegurabilidad por parte del tomador se puede hacer de dos formas, una mediante un cuestionario predeterminado por el asegurador en el que con frecuencia se detalla un listado de enfermedades, padecimientos o hábitos y un largo etcétera de posibilidades, a los cuales el asegurado debe responder simplemente sí o no, marcando una equis en un recuadro; otra, mediante un documento que más bien parte de hechos relevantes para el asegurador y que se desprenden de hechos o circunstancias de riesgo propuestas por el mismo solicitante. Para ambas situaciones estableció la Corte Suprema de Justicia:

En ambos casos el deber de información existe, pero en el segundo, o sea el de la declaración espontánea - es decir sin formulario - necesaria y lógicamente se morigera su severidad, y por ende se reduce el nivel de exigencia para la configuración de la reticencia o la inexactitud como causales de nulidad relativa del contrato, porque si es el asegurador quien por razones técnicas cuenta con los elementos de juicio que permitieran precisar el tipo de información requerida, entonces debió acudir a una declaración dirigida. "Ahora, es posible la contratación sin ninguna información sobre el estado del riesgo, porque no hubo declaración alguna, ni tampoco inspección, caso en el cual debe entenderse la manifestación tácita de la aseguradora de asumir el riesgo, cualquiera sea la probabilidad del daño que gravite sobre el interés asegurado. En otras palabras, en tal evento no se puede predicar nulidad por reticencia, ni mucho menos por inexactitud, ni tampoco es posible la reducción de la prestación a cargo del asegurador. (Corte Suprema de Justicia, 1999)

⁸ Art. 1058. _Declaración del estado de riesgo. (...) Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo (...)

⁹ 1.1.2.- Sin embargo, se trata de exigencias con tratamiento especial, porque el legislador impuso graves sanciones para las declaraciones falsas o las inexactitudes en que se incurra en el contrato de seguro. Contempla el citado artículo 1058 del Código de Comercio que la reticencia o inexactitud del asegurado en la declaración de los hechos o circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo, producen la nulidad relativa del contrato de seguro o la modificación de las condiciones.

(...) En todo caso, al darse una declaración libre, asegura López Blanco (1982) las circunstancias deben de ser de una entidad tal, que objetivamente impliquen una agravación del riesgo, y solo cuando se han encubierto con culpa, obviamente también con dolo, se producen los efectos de anulación del contrato.

En este sentido la norma mercantil, artículo 1058, inc. 3°, propone que “Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo...”, lo que a contrario sensu querría establecer que, si la inexactitud o la reticencia provienen de un error culpable del tomador o del asegurado, el contrato sí lo sería lo que supondría una sanción más severa que la misma establecida en el Código Civil, cuando al tenor del artículo 1515, establece que el dolo vicia el consentimiento si proviene de una de las partes, y aparece claramente que sin él no hubiera contratado y que en los demás casos el dolo solamente da lugar a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o se han aprovechado de él. Y sería más gravosa porque en todo caso en materia civil el vicio del consentimiento generaría una nulidad relativa, mientras que en materia comercial generaría una nulidad absoluta.

Ahora bien, el Código de Comercio señala que la ley civil tiene plena aplicación mercantil, pero solo en aquellos casos en que no sea suficiente la ley comercial. Esto implica que cuando la respuesta no se encuentra en la ley comercial ni tampoco en la costumbre mercantil —que está al mismo nivel de la ley— se podrán aplicar las normas legales civiles supletivamente. Si se sigue la misma regla de la ley comercial, las leyes civiles podrían ser aplicadas de forma directa o por analogía (Perilla, 2015).

Del texto del artículo 1058 se desprende una condición con respecto a las sanciones imponibles al asegurado, en caso de que el asegurador haya *conocido o debido conocer* los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración.

Al respecto López Blanco (1982), sostiene que “una expresión que requiere especial explicación es la de “conocido o debido conocer”, porque del alcance que se le dé, se deriva la operancia o no de la reticencia analizada ya frente a cada caso concreto”.

En este sentido el profesor Ossa (1991), da claridad a estos conceptos al establecer que:

(...) existe diferencia sustancial entre conocer, deber conocer y poder conocer. El inciso 4º del art. 1058 circunscribe la órbita de su aplicación a las dos primeras hipótesis, mas no a la tercera la intención de la ley claramente manifestada. Es que “el poder conocer” encierra un concepto más exigente que “el deber conocer”. Presupone un grado de

diligencia más alto, una mayor penetración en el análisis del riesgo, así en su aspecto físico como en su aspecto moral. Con lo cual, dicho sea de paso, se entorpecería onerosa e innecesariamente la celeridad comercial de la actividad aseguradora. (p. 350)

Para el año de 1995¹⁰, la Corte Suprema de Justicia, profiere la sentencia No 139, expediente No 4640, una sentencia hito en materia de Seguro de Vida Deudores, toda vez que determina la importancia y el alcance de los dos conceptos ya mencionados: *el conocer y el deber conocer* por parte de la aseguradora, al destacar que:

No obstante, el mismo artículo 1058 en cita, establece las circunstancias que conducen a que la reticencia o la inexactitud no operen. Ellas son:

- a. ***Cuando 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 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, lógico es que dicha entidad corra con las consecuencias derivadas de su falta de previsión, de su negligencia para salir de la ignorancia o del error inicialmente padecido; y***
- b. ***Cuando después de celebrado el contrato, la aseguradora tiene conocimiento de la reticencia o la inexactitud en que incurrió el tomador y guarda silencio, se entiende que lo allana, lo acepta, evento en el que tampoco puede alegar la nulidad del negocio jurídico, pues lo lógico es que tan pronto conozca las circunstancias que la indujeron al error no esté dispuesta a mantener el contrato y tome las medidas del caso, pero no que nada diga y se***

¹⁰ Sentencia No 139, expediente No 4640, Corte Suprema de Justicia.-Sala de Casación Civil.-Santafé de Bogotá, D.C., octubre dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cinco (1995). Magistrado Ponente: Doctor Pedro Lafont Pianetta.

espere a que se dé el siniestro para alegar la reticencia o la inexactitud, porque, como quedó dicho, con su silencio allanó el vicio. (negrilla fuera de texto).

Ahora bien según la posición de la Corte Suprema de Justicia en el año 1995, "el debió conocer" le impone la responsabilidad al asegurador de conocer sobre los hechos generadores de vicios, en tanto que la misma Corte Suprema de Justicia en el año 1999, amplía su postura, y a pesar de no deslindar la responsabilidad del asegurador, tampoco lo hace con el tomador y más bien pareciera que lo que hace es repartir las cargas de las responsabilidades, cuando propone:

(...) "Debido conocer" que es el 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 cualquier 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 principio general lo que la norma reclama es lealtad y buena fe, pues este es un postulado de doble vía en esta materia, que se expresa en una información recíproca:** el tomador debe ofrecer al asegurador todos los elementos de juicio que para este resulten necesarios para decidir si asume o no el riesgo, y a su turno el asegurador debe asesorar e informar al tomador de todas las circunstancias que conoce dado su profesionalismo y puedan orientar la voluntad de aquél. "Esta obligación de información (renseignements)¹¹ está subyacente en todos los contratos en que un comerciante profesional negocia con bienes o servicios (...). (Corte Suprema de Justicia, 1999) (Negrilla y subraya fuera del texto).

De esta responsabilidad bilateral, producto de la buena fe recíproca que debe prevalecer entre las partes, es de donde surge la nueva propuesta de la Corte Suprema de Justicia¹² entorno al "conocer" y al "deber conocer", he aquí la posición:

(...) El legislador quiere que dicho profesional no solamente informe sino que aconseje a su eventual y futuro cliente. De ahí que en el campo de los seguros, las reticencias u omisiones no culposas del tomador no generan la nulidad del contrato, si el asegurador

¹¹ Traducción de Francés a Español; Información

¹² Sentencia 4923 de mayo 19 de 1999. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria

por no cumplir a su turno con la obligación de informar no le dio herramientas para que éste describiese en forma correcta el estado del riesgo. "Para que haya responsabilidad del deudor de la obligación de informar, se requiere que ésta, además de jugar un papel definitivo en la voluntad de quien debe recibir la información, conozca el contenido de la asesoría que la otra parte necesita, lo cual se presume tratándose de una contratación que involucra un profesional, como es el asegurador y frente a convenciones dirigidas como es la del seguro. Sin embargo, si el tomador, a su vez, está en condiciones de conocer la información, dada su propia especialidad y el mundo de los negocios en que gira, la obligación de informar por parte de la aseguradora se morigera y queda reducida a aspectos eminentemente técnicos (...). (Corte Suprema de Justicia, 1999).

En este sentido la jurisprudencia de la época propone que la declaración del riesgo puede evidenciar o por lo menos vislumbrar, como no hacerlo, que el riesgo asegurado en efecto se va a presentar, al respecto dice:

El conocimiento del riesgo que se procura en principio con la declaración de asegurabilidad que bien puede complementar la aseguradora con la inspección directa del riesgo, permite una evaluación de la probabilidad del daño. Sin embargo, de dicha inspección no se puede colegir que la compañía de seguros haya conocido a plenitud el riesgo, ni que el tomador quede liberado de las consecuencias adversas por la inexactitud o reticencia en su declaración (...). El conocimiento presuntivo del riesgo al tenor del inciso último del artículo 1058 del Código de Comercio, no puede entenderse total, porque como ya se dijo, la inspección directa del riesgo no supone el conocimiento cabal del mismo. Supone sí, el conocimiento de todas aquellas circunstancias que un asegurador diligente habría percibido con las inspecciones, o reconocimientos hechos en el caso concreto. Así, un examen médico efectuado por el asegurador durante el trámite de una solicitud de seguro de vida, conlleva el conocimiento de toda la información que razonablemente se obtiene con ese tipo de examen, no con otros. De ahí que el asegurador, libremente, determina el alcance de su conocimiento del riesgo por vía de inspección o percepción directa, y sólo en relación con ese alcance se aplica el conocimiento presuntivo que impide las sanciones por reticencia o inexactitud del tomador en la declaración de asegurabilidad, pues de conformidad con el art. 1058 del C. de Comercio, las sanciones por las circunstancias mencionadas no proceden si la aseguradora conocía o debía conocer los hechos sobre los cuales versan los vicios de la declaración. (Corte Suprema de Justicia, 1999).

En este punto, la Corte Suprema de Justicia, deja claridad al respecto de dos situaciones que se pueden llegar a presentar en el proceso de aseguramiento, la primera (i) que de dicha inspección no se puede colegir que la compañía de seguros haya conocido a plenitud el riesgo, y la segunda (ii), que el tomador no quede liberado de las consecuencias adversas por la inexactitud o reticencia en su declaración. Deja pues, en cabeza del tomador toda la carga por el posible ocultamiento de información que se pueda llegar a presentar, liberando de plano al asegurador de cualquier responsabilidad que le cupiere, volviendo a ese concepto de posición dominante en la relación aseguraticia.

En este orden de ideas, los tres escenarios propuestos son: el primero, *el de conocer*, que implica contar con la información del asegurado y posibles situaciones de ocultamiento de la misma, con las consecuencias ya conocidas; el segundo, *el deber conocer*, que se funda en la obligación del asegurador de realizar exámenes al asegurado con el fin de establecer el real estado de salud del mismo, en caso de presentarse manifestaciones en cuanto al real estado de salud del tomador/asegurado, y un tercer escenario, *el de poder conocer*, que es el que desarrolla el profesor Ossa, y que implica entonces un análisis más exhaustivo del riesgo por parte de la aseguradora, esto es ahondar en los exámenes realizados y llegar a un nivel de certeza, que no admita duda alguna sobre las reales condiciones de salud del asegurando, esto en virtud de la calidad de experto del asegurador en la relación contractual correspondiéndole a esta parte del contrato de seguro de vida, asumir esta carga más alta, dada su posición.

La Corte Suprema de Justicia, había desarrollado una posición bastante precisa en cuanto a la obligación de la aseguradora en contraposición a la obligación del asegurado. Si bien, el asegurado tiene la obligación de manifestar todas aquellas situaciones de salud física, mental, emocional y demás, que pudieran llegar a afectarlo a lo largo del desarrollo del contrato de seguro y llegar a hacer más probable el riesgo asegurado, también se le imponían cargas al asegurador, que en virtud de su posición de profesional en la actividad de asegurar, debería desarrollar a fin de no dar alguna posibilidad de ser sorprendido por el asegurado, en algún aspecto concerniente a su estado de salud y no manifestado en la declaración de asegurabilidad y que no haya sido susceptible de ser detectado por el asegurador, a través de los controles de carácter administrativo que éste desarrolla. Al respecto la Corte Suprema de Justicia (2001), manifestó que:

(...) 5. Por su relevancia funcional, a la vez que por su íntima conexidad con el sub lite, cumple relieves que el conocimiento del asegurador al que se ha aludido no sólo es el real —o efectivo—, esto es el directo y consciente, como a primera vista pudiera parecer, sino

también el presunto, vale decir el que emerge, ministerio legis, como corolario de la falta de diligencia radicada en cabeza de un profesional en el riesgo, predicable de ciertos y determinados hechos que, por su connotación, podían haber servido para elucidar las circunstancias fidedignas que signaban al riesgo, en su estado primigenio, según se pinceló.

De allí que se disponga que la nulidad no tendrá lugar siempre que el asegurador, previo a la celebración del contrato, conoció o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración. Esto resulta razonable dado que si la entidad aseguradora “debidamente autorizada” por la ley para asumir los riesgos del seguro (C. de Co., art. 1037), sorteó información a su alcance, racional y de suyo conducente a revelar pormenores alusivos al estado del riesgo; o renuncia a efectuar valoraciones recomendables para los efectos de ponderar el riesgo que se pretende asegurar: no podría reclamar que se decrete la nulidad. Teniendo en cuenta que quien toma el seguro no es un especialista en la técnica, y consecuentemente:

“Su obligación no puede llegar hasta la extrema sutileza que apenas sí podrá ser captada por el agudo criterio del asegurador”, como se resaltó en la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio, criterio esta materia de aval por parte de la doctrina comparada, la que confirma que “El asegurador renuncia o pierde el derecho de alegar la reticencia o falsa declaración... d) cuando...debía conocer el verdadero estado del riesgo (en razón de su profesión, o por la naturaleza del bien sobre el que recae el interés asegurable, etc.). (Corte Suprema de Justicia, 2001)

En todo caso, entre el conocer y el deber conocer, si existe una obligación del tomador que parte del principio de la buena fe, ya que esta buena fe es concluyente en la etapa precontractual, pero hasta que momento del iter contractual se tiene el deber informar. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que si el futuro tomador responde el cuestionario dado por asegurador lo hace de manera sincera, pero tras ello se entera de que sus respuestas no están en consonancia, ya sea técnica o médica (ad exemplum) con la diversa realidad que él ha conocido después, y en todo caso la calla u oculta, estando en condición de revelarla antes de que el asegurador “asuma el riesgo”; no se podrá decir que su comportamiento fue irreprochable, toda vez que la buena fe —en su dimensión objetiva—, el que solicita corrección, probidad, lealtad, honorabilidad, honestidad, y transparencia (Corte Suprema de Justicia, 2001). Por consiguiente, los hechos o circunstancias —relevantes— sobrevinientes a la

declaración del estado del riesgo, como lo corrobora la doctrina especializada, deben ser comunicados sin demora o dilación. (Corte Suprema de Justicia, 2001).

Es decir que si esa diversa realidad a la que hace alusión la Corte Suprema de Justicia, es conocida después de extendida la póliza, la buena fe del tomador no se verá lacerada, de tal suerte que, el asegurador de pretender alegar la reticencia, deberá demostrar que el asegurado, conocía de esa diversa realidad y prefirió ocultarla.

En el mismo sentido de la tercera posición la del “poder conocer” la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil de abril de 2007, argumentó:

Así que si bien al asegurador incumbe adelantar todas las averiguaciones tendientes a esclarecer en qué medida la “declaración de ciencia” no responde a la carga de sinceridad que concierne al “asegurando”, es palmar que ello no merma de ninguna manera la obligación que a éste último corresponde; en buenas cuentas, edificado el contrato de seguro sobre la base de la buena fe, empezando por la del tomador, quien desprendido de toda reserva debe, con el carácter de exigencia, informar cabalmente al asegurador de esos hechos y circunstancias relevantes frente al riesgo, es de total obiedad que en pos de establecer hasta qué punto hubo desidia del asegurador es preciso escudriñar antes que nada cuál fue la actitud que asumió el tomador; porque si hay vestigios de reticencia y el asegurador estuvo en posibilidad de establecerlo, no habrá modo de sostener que la nulidad se configuró, pues entonces es de suponer muy fundadamente que la aseguradora decidió, con todo, asumir el riesgo en esas condiciones; pero si, al contrario, el devenir de las cosas resultó tal que nada autoriza a pensar que la declaración no fue fidedigna, la excepción que consagra el precepto 1058 a efectos de que opere la nulidad no tendrá forma de aplicarse. (Corte Suprema de Justicia, 2007) (Negrilla y subraya fuera del texto).

Quiso entonces la Corte Suprema de Justicia en el año 2007 zanjar cualquier duda al respecto, al plantear básicamente dos postulados: (i) Si de la declaración de asegurabilidad se puede colegir que hubo ocultamiento de información o inexactitud en el suministro de la misma, y sin embargo la póliza se extendió, lo que se debe entender es que la aseguradora asumió el riesgo en esas condiciones y, (ii) Si de la declaración de asegurabilidad, lo que se desprende es una absoluta fidelidad de lo declarado, el argumento del inciso final del artículo 1058, no tendría aplicabilidad alguna. Dice la Corte:

(...) al intérprete del contrato corresponde evaluar cuidadosa y racionalmente la conducta asumida por los extremos de la relación negocial 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 (...). (Corte Suprema de Justicia, 2007)

Adicionalmente sostiene:

(...) Mas, el trasunto de todo está en que al ponderar los alcances del concepto “debido conocer” de que da cuenta la norma, es indispensable comprender que si el asegurador, teniendo a su alcance la posibilidad de hacer las averiguaciones que lo lleven a establecer el genuino estado del riesgo, omite adelantarlas, no obstante que cuenta con elementos que invitan a pensar que existen discrepancias entre la información del tomador y la realidad, queda irremisiblemente vinculado a la relación aseguraticia sin que al efecto pueda invocar la nulidad para enervarla, pues estaría en entredicho su diligencia y el cardinal principio de la prudencia –en últimas su profesionalismo-, es claro que en tales condiciones emerge un conocimiento presunto de “*los hechos y circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración*”, por lo que la nulidad ya no obra, desde luego, insístese, que el enteramiento anterior se yergue como una de las excepciones concebidas por el legislador para que la nulidad no opere fatalmente (sublíneas intencionales). (Corte Suprema de Justicia, 2007)

Para Palacios (2016) la reticencia es:

(...) una declaración inexacta que presupone una conducta activa del tomador e implica una diferencia entre la declaración y la realidad del hecho. La reticencia u omisión es el encubrimiento de un hecho que por su importancia se debe declarar espontáneamente. Se incurre en este tipo de declaración cuando el riesgo es omitido, declarado en forma incompleta o de manera confusa. (p.74)

La reticencia es pues, el ocultamiento de información por parte del asegurado o del tomador en la etapa precontractual del contrato de seguro, que según Mármol (1964) el asegurado está obligado a declarar exactamente, al concluirse el contrato, todas las circunstancias conocidas por él, que sirvan o puedan servir para la apreciación del riesgo que deberá hacer el asegurador.

De donde surge al tiempo una conducta activa de parte del asegurador, a partir de la misma declaración de asegurabilidad, encaminada a determinar todas aquellas circunstancias, que puedan modificar la valoración del riesgo, hasta lograr una nítida declaración de asegurabilidad, que permita asegurar la buena fe del asegurando y el profesionalismo con que actuó el asegurador para determinar el verdadero alcance del riesgo y el otorgamiento final de la póliza.

6. La nulidad relativa en el contrato de seguro de vida deudores

La nulidad relativa en el contrato de seguro de vida deudores, como ya se ha dicho, se genera por la reticencia u ocultamiento de hechos, inexactitud o presentación no concordante con la realidad de aquellos, al sentir de Garrigues (1973), tienen idénticos efectos, anular el contrato de seguro. Pero solo generan dicha anulación cuando son de tal entidad que el asegurador, de haber conocido la realidad, no hubiera contraído o lo hubiera hecho en condiciones por entero diferentes.

Al respecto (López Blanco 1982) dice que (...) si la no manifestación de ciertas circunstancias no se debe a culpa del tomador y este dentro de lo normalmente previsible, realizó las manifestaciones que creyó pertinentes, no se puede pretender, ante la ausencia de esa culpa, la anulación del contrato, puesto que es carga del asegurador facilitar los medios en orden a obtener la totalidad de los datos que requiera para formarse un adecuado conocimiento sobre el estado de riesgo, y si no lo hace y el tomador cumple adecuadamente sin encubrir ni siquiera por culpa las circunstancias más relevantes del riesgo, mal podrá posteriormente alegar la reticencia o inexactitud con base en que no se suministraron ciertos datos que ahora estima eran muy importantes, siempre y cuando que, repetimos, ellos no sean de los que objetivamente y dentro de una mediana inteligencia se consideran como básicos para conocer la exacta situación de un riesgo. (p. 75).

La sentencia C-491 de 1995 si bien se refiere a nulidades procesales, sus preceptos son aplicables a nulidades sustantivas, como las contenidas en el artículo 1058 del Código de

Comercio en relación a las reticencias e inexactitudes relevantes en la declaración de las circunstancias constitutivas del estado del riesgo. La Corte Constitucional considera que:

El sistema sancionatorio basado en los artículos 1058 (nulidades relativas y reducción proporcional de la prestación asegurada) y 1059 (pérdida de las primas a título de pena) del Código de Comercio, es reflejo de una política legislativa equilibrada, basada en las realidades del medio en el que se desenvuelve la actividad aseguradora, pues, en esta materia específica, a diferencia de lo que acontece en otras áreas de la regulación del contrato de seguro, en las que prima la defensa de tomadores y asegurados, se busca proteger el interés de la parte aseguradora, teniendo en cuenta que, en lo que se refiere al conocimiento precontractual del riesgo, el asegurador, por su natural ignorancia del mismo, es el contratante que está en la posición débil. Sistema sancionatorio (el de los artículos 1058 y 1059) que en nada vulnera la Constitución. (Corte Constitucional, 1995)

Bien decía Fontaine (1994) que el deseo de proteger al consumidor en el contrato de seguro no puede hacer perder de vista el equilibrio global del contrato. La protección del asegurador, históricamente, surgió primero, pero la defensa del tomador y el asegurado, hoy día, ha pasado al primer plano. Sin embargo, sigue siendo importante no olvidar que en un contrato de seguro, las dos partes tienen puntos débiles. (p. 7)

Y muy seguramente la base de esta discusión radicaba en lo que ya para entonces sostenía Ossa (1991) al decir que: la menor sanción legal obedece a la circunstancia de que el error del tomador es irreprochable, “moralmente inocente”.

De lo dicho por Fontaine (1994), en cuanto a no perder el equilibrio del contrato, es en donde se encuentra la real aplicación del artículo 1058, en la medida que se faculta al asegurador a reconocer del siniestro solamente un porcentaje del total del riesgo asegurado.

En sentencia C-232 de 1997, la Corte Constitucional manifiesta que:

(...) este tratamiento más benigno que el de la nulidad relativa, responde al hecho de que en este caso el error del tomador se supone “inculpable”, ajeno, entonces, al dolo o a la culpa que se requiere en los incisos 1o. y 2º.

También sostiene la Corte Constitucional en esta sentencia:

Como se recuerda, el inciso 3o. del artículo 1058, en caso de que el tomador, sin culpa de su parte, sea inexacto o reticente en la descripción de aspectos relevantes del estado del riesgo, faculta al asegurador para pagar al beneficiario sólo un porcentaje de la

prestación asegurada, equivalente al que la prima erróneamente pactada represente en relación con la prima correspondiente al verdadero estado del riesgo, con excepción de la indisputabilidad del artículo 1160 del Código de Comercio. (Corte Constitucional, 1997).

La inexactitud o la reticencia, en la medida que sean relevantes, dice Palacios (2016), producen la nulidad relativa del seguro, con el fin de proteger los intereses de la entidad aseguradora y los de la comunidad asegurada en un contrato que tiene como soporte la buena fe y si la inexactitud o reticencia provienen de error inculpable al tomador, el contrato no es nulo y por tanto la sanción es otra: la reducción de la prestación asegurada. (p. 74).

En caso de siniestro, el asegurador solo está obligado a pagar un porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa adecuada al verdadero estado de riesgo. La reducción de la prestación asegurada tiene naturaleza sancionatoria y se aplica también en los casos de inexactitud o reticencia del tomador en su declaración dirigida o espontánea.

Al respecto encuentra cabida el planteamiento de Palacios (2016), en el sentido que cuando la información ocultada por el tomador o asegurado, sea de tal relevancia como para ser considerada la razón generadora del siniestro, este hecho llevará indefectiblemente a la nulidad del contrato, pero si la información ocultada carece de este matiz, es decir, en lugar de ser relevante es irrelevante, entonces el asegurador estará facultado para pagar el siniestro no en su totalidad, sino de manera proporcional.

En todo caso, se pueden presentar muchas discusiones con respecto al equilibrio y la equidad entre las partes en el contrato de seguro; no obstante, un elemento adicional habría que incorporar a esta discusión, y es el de la nulidad absoluta predicable de todos los contratos, y que no le aplica al contrato de seguro, ya que al decir de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 9559 de octubre de 2005, esta considera que el régimen de nulidad absoluta no es aplicable al contrato de seguro de vida, en virtud a que:

4°) La sanción de la nulidad relativa remedia los vicios del error y del dolo que afectan el consentimiento otorgado por el asegurador en la creencia de que el tomador obró con sinceridad, y por lo mismo si con ella se reprueba la conducta del último en la etapa previa

a la celebración del contrato de seguro, superada esta fase¹³, (...) no queda ningún otro camino para dejarlo sin efecto que el indicado en el citado precepto.

5°) En esa medida, la nulidad absoluta del contrato de seguro por causa ilícita por la que propende el censor no tiene cabida, pues tampoco es posible, respecto de idénticos hechos consistentes en el propósito de defraudar a la compañía para lo cual se la engaña a fin de que contraiga las obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades, deducir al mismo tiempo la sanción de la nulidad absoluta y relativa de este vínculo.

6°) Es palmario que el legislador quiso arropar la falta de lealtad del tomador y su obrar contrario a la buena fe únicamente bajo la sanción de la nulidad relativa, desde el ámbito de la formación del consentimiento, con lo cual, en el ejercicio de una actividad que le es propia y para la cual se halla facultado, construyó un régimen particular que inclusive alcanza a superar en sus efectos el ordenamiento común de los vicios del consentimiento, frente al que, tal como fue instituido en el citado artículo 1058, no puede el intérprete hacer distingos; así, se observa que tan específica sanción, la nulidad relativa, se produce independientemente de que el siniestro finalmente no se produzca como consecuencia de los hechos negados u ocultados por el tomador del seguro. (Corte Suprema de Justicia, 2005)

Es de suma importancia precisar que, la presentación de esos nuevos hechos, frente a los cuales el asegurador se abstendría de celebrar el contrato de seguro, o en su defecto sobre primaría el valor de la póliza, no encuadra precisamente en las estipulaciones del artículo 1058 y obedece más bien a las del artículo 1060, consistente en la terminación del contrato de seguro.

El propósito de esta carga que se impone al asegurado de preservar el estado de riesgo, sostiene Narváez Bonnet (2014) se encamina a proteger el equilibrio de las prestaciones asumidas por las partes y, particularmente, que el nivel de la prima corresponda al estado de riesgo o grado de exposición a pérdida, asumido inicialmente por el asegurador, y por tanto, solo se configuraría la agravación del riesgo, cuando de conformidad con la respectiva tarifa pudiera ocasionar un costo mayor en la prima, o cuando esa situación fáctica que ha sufrido alteración o modificación, es uno de los factores propio del proceso de selección de riesgos.

¹³ Ora porque no se dio la reticencia o la inexactitud, ora porque se dio sin culpa, ora porque habiéndose presentado la una o la otra el asegurador pudo verificar el vicio de la declaración o lo aceptó posteriormente de modo expreso o tácito, o en fin por efecto de la prescripción.

Estamos entonces frente a una clara excepción al régimen de las nulidades que regenta el código civil, en el código de comercio frente al contrato de seguro de vida, para el cual no opera la nulidad absoluta, por las múltiples oportunidades que el legislador le otorga a las partes para actuar, para corregir, para decidir, e incluso para cumplir.

6.1. El nexo de causalidad entre el hecho del que se predica la reticencia y el siniestro.

En la sentencia C-232 de 1997, la Corte Constitucional, dejó sentada su posición y volvió pacífica la discusión entre tomadores, asegurados y aseguradores, con respecto al nexo de causalidad que debería existir entre el riesgo amparado y las causas generadoras del siniestro, al decir:

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 sostienen 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. (Corte Constitucional, 1997)

No se requiere un nexo de causalidad entre el hecho respecto del cual se predica la reticencia o inexactitud y el "siniestro" (Palacios, 2016)

Debe por tanto, refirió Ossa (1991), en este sentido, existir una relación causal entre el vicio de la declaración (llámese inexactitud o reticencia) y el consentimiento del asegurador, cuyo error al celebrar el contrato o al celebrarlo en determinadas condiciones sólo ha podido explicarse por la deformación del estado del riesgo imputable a la infidelidad del tomador. Ello no significa, en ningún caso, como algunos lo han pretendido, que la sanción sólo sea viable jurídicamente en la medida en que el hecho o circunstancia falseados, omitidos o encubiertos se identifiquen como causas determinantes del siniestro. Que, ocurrido o no, proveniente de una u otra causa, de una magnitud u otra, es irrelevante desde el punto de vista de la formación del contrato. (p. 336)

Es claro entonces que, toda vez que la reticencia, se da en la etapa precontractual del contrato, es decir en la fase del consentimiento, el nexo causal por todo lo que se ha expresado a lo largo de este escrito, se da al momento de la declaración de asegurabilidad, la cual influye

en el consentimiento del asegurador, de tal suerte, que es el ocultamiento de información, el que induce a error al asegurador y por tanto, sobre esta información oculta es sobre la que basa el asegurador sus razones para alegar la nulidad relativa del contrato. Y no es, por lo mismo, el nexo de causalidad entre las causas del siniestro y el riesgo amparado, si no las causas del siniestro y su desconocimiento por parte del asegurador.

7. Conclusiones

De acuerdo al proceso de categorización de la información y posteriormente la estructuración y contrastación de la misma, se pudo obtener al siguiente fundamentación teórica de la investigación, en un primer momento se ratifica la especialísima condición del principio general del derecho de la Buena Fe, en el contrato de seguro, conduciendo a confirmar que : (i) la buena fe contractual, en el caso del contrato de seguro, a nivel de ubérrima buena fe o excelsa buena, se constituye en el pilar fundamental sobre el que se erige este negocio jurídico, de tal suerte que desde el escenario del tomador o del asegurado, la demostración clara de esta ubérrima buena fe, radica en una declaración honesta, precisa y completa de su estado de salud general en la etapa precontractual, llamada declaración de asegurabilidad; (ii) de parte de la aseguradora, esta buena fe excelsa, se traduce en su obligación de garantizar que lo declarado por el interesado en el aseguramiento, en caso de existir algún atisbo de duda en la declaración de asegurabilidad, será esclarecido mediante la realización de pruebas científicas, por cuenta y riesgo del asegurador, que descarten cualquier atisbo de duda sobre la situación de asegurabilidad del declarante, esto pasando por las tres fases de la asegurabilidad, a) *la del conocer*, b) *la del deber conocer* y, c) *la del poder conocer*.

En razón a lo anterior, al analizar estas fases, se reconoce que la fase del *poder conocer*, se traduce en la exigencia que se le hace al asegurador en calidad de asegurado, de recurrir a todos los medios de ciencia que sean necesarios, para aclarar cualquier duda que llegare a existir con respecto al verdadero estado de salud del asegurando, por dos razones, (i) por su calidad de profesional en estos asuntos en la relación contractual y, (ii) por la posición de dominio que ostenta en la relación contractual, al punto que, de no demostrar que agoto esta fase en la etapa de la declaración de asegurabilidad, habrá convalidado las posibles reticencias, que se llegaren a presentar, y no podrá alegarla con posterioridad.

Por lo tanto, en lo que respecta al asegurador, de no evidenciarse duda alguna en la declaración de asegurabilidad, y de ser transparente que en ésta, en efecto, se manifiesta de

manera honesta y clara el estado de salud del interesado, no habría cabida a la exigencia del inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio; no obstante si esta se presenta como resultado de un hecho desconocido por el asegurador, en este caso, y al momento de reclamarse el siniestro, si habría la posibilidad de oponerse al pago del riesgo asegurado por la existencia, de una reticencia, o inexactitud en la información suministrada.

Razón por la que, la inexactitud por parte del tomador o del asegurado, al momento de la declaración de asegurabilidad, llevan a este a una sanción segura, dependiendo de la gravedad o relevancia de la información ocultada, si la información ocultada es considerada relevante, lo llevara a la sanción de la nulidad relativa del contrato, pero si es irrelevante, lo llevará a que, de presentarse el siniestro, solamente se le pague de manera proporcional al riesgo asegurado. La inquietud que surge es si en efecto, existe equilibrio y equidad entre las partes de la relación aseguraticia, teniendo en consideración que estas sanciones solamente están en cabeza de una de ellas, el tomador o asegurado, considerada la parte débil del contrato de seguro.

De esta manera, si el siniestro acaecido, ejemplo el fallecimiento del asegurado, ha sido por causas sobrevinientes, y además diferentes a los padecimientos descritos al momento de llenar el registro de asegurabilidad, no son en nada garantía de encontrarse el beneficiario o el tomador del seguro, en la vía expedita de reclamación del riesgo asegurado, esto porque la relación de causalidad entre el siniestro y el riesgo, no son el elemento determinante, toda vez que, el elemento determinante es la presencia de una información que posiblemente se haya ocultado de buena o de mala fe, por el asegurado, e incluso con desconocimiento absoluto de la misma; acá lo realmente preponderante, es la afectación que se le genera a la *uberrimae bona fidei*, en el iter contractual, rompiendo el equilibrio *ab initio*, propio del contrato de seguro.

Entonces es fuerza concluir que la figura de la reticencia en el contrato de seguro de vida deudores, se ha tornado cada vez más exigente en su valoración para las aseguradoras, y cada vez más se les exige ser más diligentes en la etapa precontractual, al punto de poder proponer que existe hoy en día un equilibrio entre las partes, ya que la posición dominante predicada por tanto años a favor de las aseguradoras, ya es algo que se viene revaluando, al tiempo que la reticencia, como figura jurídica, cada vez más va perdiendo su fuerza y operatividad.

Referencias

- Arráez, M., Calles, J., y Moreno de Tovar, L. (2006). La Hermenéutica: una actividad interpretativa. *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, 7(2),171-181.[fecha de Consulta 12 de Febrero de 2020]. ISSN: 1317-5815. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=410/41070212>
- Baeza, S. (1981). *El Seguro*. Santiago de Chile: Universitaria.
- Betti, E. (1969). *Teoría General de las Obligaciones*. En: *Revista del Derecho Provado*, Vol I. Madrid.
- Blanco, H. F. (1982). *Comentarios al Contrato de Seguro*. Bogotá: Temis.
- Díaz-Granados Prieto, J (2015). *El interés asegurable como elemento esencial del contrato de seguro de vida*. En: *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Núm. 42, Vol. 24. Bogotá (Colombia).
- Elguero, J. M. (2004). *El Contrato de Seguro*. Madrid: Mapfre.
- Fontaine, M. (1994). *La Protección de las partes en el Contrato de Seguro*. Bélgica: Universidad Católica de Lovaina.
- Gadamer, H. G. (1993). La historicidad de la comprensión como principio hermenéutico. *Verdad y método*, 1.
- Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Garrigues, J. (1973). *El Contrato de seguro terrestre*. Madrid: Imprenta Aguirre.
- Halperin, I. (1970). *Seguros. Exposición crítica de la Ley 17.418*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Jaramillo, C. I. (1992). Lineamientos generales del contrato de seguro en la legislación colombiana: visión retrospectiva y comparada. En: *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros* , Núm. 1. Bogotá (Colombia).
- López Blanco, H. F. (1982). *Comentarios al Contrato de Seguro*. Bogotá: Temis.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis Editores.
- Magee, J. H. (1947). *Seguros Generales*. México: Editorial Hispanoamericana.

- Marmol, H. (1964). *El Seguro de vida*. Caracas: Publicaciones Universidad Central de Venezuela.
- Merino, J. M. (2004). *El Contrato de Seguro*. Madrid: Mapfre.
- Morandi, J. C. (1971). *Estudios de Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille.
- Mosset, J. (1977). *Justicia Contractual*. Buenos Aires: Ediar.
- Narváez Bonett, J. E. (2014). *El contrato de seguro en el sector financiero*. Bogotá: Ibañez.
- Neme, M. (2009). *Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos*. En: *Revista de Derecho Privado*, Núm. 17, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ordoñez, A. (2001). *Lecciones de Derechos de Seguros No 3*. Bogotá: Universidad Externado.
- Ossa, J. E. (1963). *Tratado elemental de seguros*. Bogotá: Lerner.
- Ossa, J. E. (1991). *Teoría General del Seguro*. Bogotá: Temis.
- Palacios, F. (2016). *Seguros, Temas esenciales*. Bogotá: ECOE.
- Perilla Granados, J. S. (Junio, 2015). Alineación iusteórica de las fuentes del derecho comercial. *Revista de Derecho Privado*, 53.
- Rabosto, A. (2017). Los seguros de vida en el marco de las actividades financieras. En: *Revista Ibero Latinoamericana Seguros*, Núm. 46, Vol. 26. Bogotá (Colombia). Recuperado de: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/iberoseguros/article/view/19165>
- Ríos Ossa, R. (2017). *La declaración del riesgo en el seguro de vida, deber de informar y de informarse*, *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Núm. 47. <http://doi.org/10.11144/javeriana.ris47.drsv>
- Signorino, A. (2008). *Los seguros de vida*. Editorial Fundación Cultura Universitaria, Uruguay.
- Vargas, C. (1999). El beneficiario del seguro de daños. En: *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros*, Núm. 13. Bogotá (Colombia).
- Velásquez, M. (2000). *Divagaciones alrededor del seguro*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

Zapata, J. (2017). *Contrato de seguro de vida grupo deudores: caracterización y problemáticas*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Zornosa, H. (2012). *Escritos sobre riesgos y seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. (17 de julio de 1992). T-469. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (15 de mayo de 1997). C-232. M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. (3 de diciembre de 2008). C-1194. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (3 de mayo de 2012). T-328. M.P. Mauricio González Cuervo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (octubre de 1995). Expediente 4640. M.P. Pedro Lafont Pianetta.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (19 de mayo de 1999). Expediente 4923. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (30 de noviembre de 2000). Expediente 5473. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2 de agosto de 2001). Expediente 6146. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (24 de octubre de 2005). Expediente 9559. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (26 abril de 2007). Expediente 11001-31-03-022-1997-04528-01. M.P. Manuel Isidro Ardila.