

**EL CONCEPTO DE RETICENCIA E INEXACTITUD EN EL CONTRATO DE  
SEGURO DE VIDA**

**MAURICIO ANDRES CLEVES CALDERON**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE SEGUROS  
BOGOTÁ D.C.**

**2017**

## TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>V</b>
<b>1. MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>1</b>
1.1 Obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro .....	1
1.1.1 Carga o deber de declaración veraz y certera del estado del riesgo por parte del Tomador .....	4
1.2 Deber o carga por parte del tomador de declarar sinceramente el estado del riesgo de acuerdo a lo consagrado 1058 del Código de Comercio. ....	7
1.3 Los conceptos de reticencia e inexactitud.....	8
1.3.1 Definición de reticencia .....	10
1.3.2. Clases de reticencia .....	11
1.3.3 Concepto de inexactitud.....	11
<b>2. LAS SANCIONES CONSAGRADAS POR EL LEGISLADOR POR RETICENCIA E INEXACTITUD EN EL ARTÍCULO 1058 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. ....</b>	<b>13</b>
2.1 Nulidad relativa del contrato de seguro. ....	13
2.2 Sanción por inexactitud o reticencia proveniente del error inculpable del tomador. ....	18
2.3 Inaplicabilidad de las sanciones legales por reticencia e inexactitud según el último inciso del artículo 1058 del código de comercio. ....	19
<b>3. EXCEPCIONES A LAS SANCIONES CONSAGRADAS EN EL ARTÍCULO 1058 DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN EL CONTRATO DE SEGURO DE VIDA.....</b>	<b>22</b>
3.1 Irreductibilidad del seguro. ....	22

3.2 Inexactitud respecto de la edad.....	23
3.3 Incontestabilidad. Termino para alegar la reticencia o inexactitud en los seguros de vida.....	24
<b>4. LA CARGA DEL TOMADOR DE DECLARAR SINCERAMENTE EL ESTADO DEL RIESGO EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS DE PERSONAS.....</b>	<b>26</b>
<b>5. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1158 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.....</b>	<b>27</b>
<b>6. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN MATERIA CONTRACTUAL Y SU APLICACIÓN EN EL CONTRATO DE SEGUROS.....</b>	<b>29</b>
6.1 Definición en materia de contratos en general.....	29
6.2 Aplicación del principio en el contrato de seguro.....	31
6.3 Aplicación en el contrato de seguro de personas.....	32
6.4 Interpretación de la Corte Constitucional.....	33
<b>7. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL CONTRATO DE SEGURO.....</b>	<b>35</b>
7.1 Procedencia de la acción de tutela contra particulares.....	35
7.2 Procedencia excepcional cuando se presta un servicio público o actividad de interés público por parte de las compañías aseguradoras.....	37
7.3 Procedencia de acción de tutela cuando se trata de sujetos de especial protección.....	38
7.4 Estado de indefensión de los particulares.....	41
7.5 Principio de subsidiariedad.....	42
7.6 Principio de autonomía de la voluntad.....	43
<b>8. ANÁLISIS DE EXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 1058 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SENTENCIA C-232-97 CORTE CONSTITUCIONAL – SALA DE</b>	

<b>REVISIÓN; SENTENCIA DEL 15 DE MAYO DE 1997; EXPEDIENTE D-1485.M.P. DR. JORGE ARANGO MEJÍA.....</b>	<b>45</b>
---	-----------

<b>9. INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN ACCIONES DE TUTELA EN MATERIA DE SEGURO DE VIDA RELACIONADO CON EL CONCEPTO DE RETICENCIA. ....</b>	<b>51</b>
--	-----------

9.1 Antecedentes de procedencia de acciones de tutela en los seguros de salud y medicina prepagada.....	51
9.2 Procedencia de la acción de tutela en el seguro de vida grupo.....	57
9.3 Inoponibilidad de preexistencias. ....	60
9.4 Deberes de las compañías aseguradoras en relación con tomadores y asegurados al momento de suscripción del seguro. ....	63
9.5 Deber de practicar exámenes médicos por parte de entidades aseguradoras.....	64
9.6. Principio Pro homine. ....	66

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>70</b>
--------------------------	-----------

<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>74</b>
---------------------------	-----------

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad las Compañías de seguros se encuentran en una disyuntiva al momento de realizar la definición de las reclamaciones que se presentan en el contrato de seguro de vida, relacionadas con el concepto de reticencia y de la aplicación del artículo 1058 del código de comercio, el cual está relacionado con el principio de la buena fe en los contratos de seguros de vida y la declaración del estado del riesgo que debe efectuar el tomador al momento de ingreso al seguro, esto, motivado en la interpretación que del mencionado artículo se ha efectuado en sentencias de los fallos de acciones de tutela en sede revisión por parte de la Corte Constitucional, los cuales, en virtud de protección de derechos fundamentales de los asegurados y de la interpretación del principio de la buena fe en el contrato de seguro, les ha impuesto cargas y deberes adicionales a los consagrados en la normatividad legal al momento de suscripción del contrato; de la información que deben suministrar a los tomadores de las pólizas de seguros y realización de exámenes médicos con el fin de que al momento en que objeten reclamaciones presentadas bajo contrato de seguros de vida, no incurran en violación de derechos fundamentales hacia los asegurados o beneficiarios de dichos seguros.

El objetivo de este trabajo es que las entidades aseguradoras, los tomadores y asegurados, tengan información sobre los deberes y cargas en relación con la suscripción del seguro y determinación del estado del riesgo al momento de efectuar el estudio de las

reclamaciones para el pago de indemnización en materia de seguro de vida acorde a la normatividad legal y los criterios fijados por la máxima autoridad Constitucional.

En este sentido, el alcance de este trabajo es dar a conocer es el concepto de la reticencia e inexactitud en el contrato de seguro y en especial en el seguro de vida; determinar cuáles son sus efectos jurídicos de acuerdo con la legislación comercial y hacer una comparativa de sus alcances conforme a lo establecido en la norma legal y junto con las sentencias proferidas en sede de tutela por la Corte Constitucional.

## 1. MARCO TEÓRICO

### 1.1 Obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro

Toda relación jurídica desde su etapa precontractual, supone la presencia de diferentes conductas de variada índole a cargo de las partes del contrato, con el fin de satisfacer los intereses propios y ajenos y dentro de estas conductas existe para cada una de ellas una serie de obligaciones y cargas que buscan principalmente mantener el equilibrio contractual entre las mismas, situación que no es ajena al contrato de seguro.

Es importante establecer que el Código de Comercio colombiano, hace siempre referencia a obligaciones del asegurado o del asegurador, sin embargo, la doctrina ha establecido que se trata de cargas o deberes<sup>1</sup>, de acuerdo con la posición doctrinal adoptada.

---

<sup>1</sup> A este respecto se refiere el Dr. Fernando Palacio Sánchez al manifestar: “*el código de comercio se refiere siempre a las obligaciones del asegurado o del asegurador, sin embargo, la doctrina hace énfasis en que se trata más bien de cargas o deberes del tomador o asegurado, en cuanto al que el asegurador no puede exigir al asegurado su cumplimiento. No obstante que la doctrina ha sido pacífica en punto de la precisión de que se trata de cargas o deberes antes que obligaciones*”. (Palacio, 2012, pág. 130) En similar sentido, indica el dr. Alvaro Londoño al manifestar : “*hay algunos otros doctrinantes que tratan y obligación y carga como sinónimos y otros, distinguen entre los dos conceptos afirmando que la obligación se distingue por que designa a cargo de quien y en favor de quien existe el deber de realizar la presentación, y siempre lleva implícitamente la coactividad*”. (Londoño, 1980, pág. 99) . el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo expresa sobre el particular: “*Frente a la carencia de homogeneidad entre la estructura de las diversas conductas que el potencial asegurado debe observar en la fase de formación, y el asegurado en el desarrollo mismo de la relación jurídica aseguraticia, algunos autores, tal vez con el objeto de estructurar categorías envolventes, han preferido englobar a todas estas conductas bajo una común de nominación: deberes de las partes en el seguro, Así, en esta gran categoría y a título de especies, se incluyen tanto a las obligaciones como a las cargas, concepción que está más a tono con la lectura globalizadora de deberes jurídicos*” (Jaramillo C. I., 2012)

Para efectos de ilustración y con el fin de identificar cual es la diferencia presentamos en este trabajo cuales son algunos de sus significados de obligación y carga.

La obligación se define como:

*“un vínculo jurídico en cuya virtud una persona, llamada acreedor, puede exigir a otra llamada deudor, la realización de una conducta denominada prestación de dar hacer o no hacer”* (Ortiz, 2007, pág. 1),

O también como lo expresa el Dr. Barrera Tapias al definir obligación como una:

*“Una relación jurídica entre sujetos determinados del derecho – que se denominan acreedor y deudor- en virtud de la cual el segundo debe realizar un prestación para satisfacer un interés serio y legítimo del primero”* (Barrera, 1995, pág. 20)

La carga es definida como:

*“el acto o comportamiento que debe ser realizado por el interesado para evitar que sobrevengan perjuicios procesales, es decir, que se trata de imperativos del propio interés ya que no existe de parte del otro extremo de la relación litigiosa posibilidad jurídica alguna de exigir su cumplimiento”* (Jaramillo C. I., 2012, pág. 237)

La carga se diferencia de la obligación por cuanto:

*“implica la subordinación del interés de quien está sujeto a la carga de otro interés suyo y no estrictamente al del otro, y en esa medida el cumplimiento de la carga no puede ser exigido coactivamente”*. (Ordoñez O. A., 2008, pág. 9).

Conforme a lo anterior en materia de contrato de seguros y la doctrina moderna se ha determinado que la conducta que debe efectuar el asegurado en la relación jurídica aseguraticia corresponde al concepto de carga.

Ahora bien, para el contrato de seguro la doctrina ha efectuado una clasificación de las cargas que debe efectuar el asegurado o tomador en aquellas de carácter precontractual y contractual, estableciendo las primeras como aquellas que se dan con anterioridad a la celebración del negocio jurídico y las segundas las que ocurren con posterioridad al acuerdo de voluntades una vez celebrado el contrato.

Esta clasificación se trae a colación por cuanto la declaración del estado del riesgo es una carga de origen precontractual y se ejecuta con anterioridad a la realización del negocio jurídico.

Una vez indicado lo anterior nos acogemos a la tesis del doctor Carlos Ignacio Jaramillo que establece que la declaración del estado del riesgo es una carga de carácter precontractual, pues de acuerdo con su opinión establece:

*“ por fuera de este marco contractual se encuentra la carga precontractual de declarar en forma sincera y adecuada el verdadero estado del riesgo por parte del potencial asegurado pues más que una carga presiniestro, si se quiere es una carga de origen precontractual que debe ser ejecutada en la etapa preparativa (...) en la que no existe aún el negocio jurídico aseguraticio en puridad”* (Jaramillo C. I., 2012, pág. 271)

También es importante aclarar se hace referencia a los deberes o cargas del asegurado, se debe entender, que las mismas estarán a cargo del tomador o beneficiario cuando sean estas personas las que estén en posibilidad de cumplirlas.<sup>2</sup>

### **1.1.1 Carga o deber de declaración veraz y certera del estado del riesgo por parte del Tomador**

En la etapa precontractual del contrato del seguro o en su etapa de formación, las partes intercambian información necesaria, con el fin de tomar la decisión de si contratan o no, y en qué condiciones, para lo cual *“éstas deben obrar de manera leal y sincera haciendo conocer a su contratante, todo aquello que ella quisiera saber si se encontrara en la posición para tomar una decisión plenamente consciente”* (Pineda Calle, 2013, pág. 38).

Además, en el contrato de seguro, las partes son conocedoras de información que es importante para el otro posible contratante y que es determinante para su consentimiento y celebración del contrato.

De un lado, la aseguradora es conocedora de las particularidades del seguro, de las coberturas, de las exclusiones, de las cargas que comúnmente exigen en determinados tipos

---

<sup>2</sup> Al respecto el artículo 1041 del código de comercio colombiano efectúa esta aclaración cuando dispone: *“Las obligaciones que en este Título se imponen al asegurado, se entenderán a cargo del tomador o beneficiario cuando sean estas personas las que estén en posibilidad de cumplirlas”*. es necesario aclarar y como lo indica el Dr. Carlos Ignacio Jaramillo en lo que dice en relación con las cargas que , *“prima facie se predicen frente al asegurado, es oportuno poner de presente que no siempre el sujeto llamado a observarlas, esto es el sujeto gravado invariablemente habrá casos en los que conforme a las circunstancias, sea otro en que este en mejores condiciones de cumplirlas , conforme lo revela el artículo 1041 el código de comercio , aun cuando esta norma se refiere únicamente a obligaciones ,”* (Jaramillo C. I., 2012)

de seguro y en general de la ciencia del contrato que regularmente no es conocida por todos aquellos que quieren acceder a él.

Y para el tomador, son de su esfera, el conocimiento y las circunstancias que rodean el estado de riesgo que se pretende trasladar a la aseguradora. Como le establece el Dr. Pineda Calle al indicar “*Ese es un conocimiento que no tiene la aseguradora, que le es bastante ajeno y al cual para poder acceder por sus propios medios le implicaría la inversión de costos recursos de toda índole que harían en muchos casos inviable el seguro.*” (Pineda Calle, 2013, pág. 28)

En materia del contrato aseguraticio, existe la necesidad de la existencia de una carga precontractual a cargo de la parte asegurada, por cuanto ella es quien tiene el conocimiento debido y está en contacto directo con el riesgo que se va a asegurar, “*la fuente natural de ese conocimiento es el asegurado mismo por hallarse en contacto directo con la relación asegurable*”. (Ossa, 1963, pág. 388).

Es decir, se le impone ese deber con el fin de que manifieste o exprese de manera veraz cuales son los hechos o circunstancias que afectan el estado del riesgo, con el propósito de que el asegurador se haga una idea del riesgo que pretende asegurar o por el contrario manifieste su desacuerdo y decida no realizar la celebración del negocio jurídico. (Ordoñez O. A., 2008, pág. 9)

En relación con esa información con la cuenta el posible tomador, hay que señalar que es fundamental que sea trasladada a la aseguradora para efectos que ella pueda decidir

si contrata o no, y como tal si se obliga a asumir el riesgo que le pretenden trasladar y a que costo, en la medida que dependiendo de la inminencia o no de la ocurrencia del riesgo, esto es de las probabilidades de que ocurra, se calculara la prima.

Del cumplimiento de esta carga de información a cargo del tomador y del deber de buena fe *“en el marco de la formación del contrato de seguro depende que la aseguradora emita un consentimiento libre sincero y no viciado para celebrar el contrato”* (Pineda Calle, 2013, pág. 44)

Un aspecto importante a recalcar, debido al carácter masivo de su operación, las compañías aseguradoras no les es posible realizar las inspecciones de todos los riesgos que van a asumir, por lo cual y tal como lo indica Dr. Hernán Fabio López:

*“la aseguradora debe basarse en que todos los datos que se le dan ciertos y, salvo una prudente inspección de los objetos o personas que han de asegurarse, no tiene por qué , ni podría hacerlo ante el volumen de asegurados, entrar a realizar para cada solicitud de seguro una minuciosa investigación para determinar si es o no cierto lo que se le está afirmando”.* (Lopez Blanco, 2010, pág. 79)

De acuerdo con la naturaleza del contrato de seguro esta carga cobra particular relevancia, como lo trae a colación este mismo tratadista al indicar que *“el deber o carga precontractual en cita, que obedece a un régimen especial más exigente que el de derecho común concebido para proteger los intereses de la entidad aseguradora y, con ellos, los de la misma comunidad asegurada, en un contrato que tiene como soporte la buena fe en su más depurada expresión y que por lo mismo, se define unánimemente como contrato de uberrimae fide.”* (Lopez Blanco, 2010, pág. 79)

El deber o carga de declarar sinceramente el estado del riesgo se encuentra más elevada y se efectúa con mayor exigencia en el contrato de seguro que en otros contratos, lo anterior, como se indicó, el asegurador forma su consentimiento para la celebración del contrato con la información que efectúe el futuro asegurado o tomador.

### **1.2 Deber o carga por parte del tomador de declarar sinceramente el estado del riesgo de acuerdo con lo consagrado 1058 del Código de Comercio.**

El deber de información por parte del tomador cobra especial relevancia en el contrato de seguro por expresa disposición del legislador consagrado en el artículo 1058 del código de comercio, ya que el futuro asegurado o contratante, debe observar una conducta predeterminada de “ *suministrar todas aquellas informaciones que puedan ayudarle al asegurador a formarse una opinión más objetiva y depurada posible, en torno al riesgo que amenaza el patrimonio del titular del interés que se presente asegurar o la integridad física del futuro asegurado*“ (Jaramillo J. C., 2013, págs. 232-233)

El legislador pone especial énfasis en esta carga ya que el asegurador con base en la información que efectúa el futuro asegurado, obtiene una información que le permite examinar el riesgo que va a asegurar y determinar si lo asume o no, como lo expresa el Profesor Jaramillo:

*“se entiende plenamente que el legislador sancione, en forma adecuada, la pretermisión del deber u obligación ya descrita, con miras a restablecer el equilibrio contractual roto o afectado por tal conducta, muy censurable tanto más cuanto la entidad aseguradora, en desarrollo de la dinámica contractual aludida está a merced de su futuro contratante, puesto que debe partir de la sinceridad y exactitud de las revelaciones formuladas”.* (Jaramillo J. C., 2013, pág. 650)

En este capítulo hacemos especial énfasis en el deber o carga de declarar el estado del riesgo a cargo del tomador del seguro, debido a que la voluntad del asegurador para celebrar o no el negocio jurídico se encuentra directamente relacionada con la fidelidad de la información que se brinda por parte del futuro asegurado -tomador y el legislador busca que se realice una declaración veraz, buscando restablecer el equilibrio contractual si llega a ser roto o afectado por tal conducta. (Jaramillo J. C., 2013, pág. 650)

### **1.3 Los conceptos de reticencia e inexactitud**

La reticencia o inexactitud, cuyos significados se indicarán en capítulos posteriores, pueden llegar a la parte aseguradora de una manera espontánea o a través de un cuestionario propuesto por el asegurador<sup>3</sup>. y esto hace que varíe la carga probatoria que debe efectuar al momento de solicitar la nulidad relativa del contrato del seguro.

---

<sup>3</sup> Como lo afirma el Dr. Andrés Ordoñez *“la existencia de ese cuestionario es una circunstancia que toma en cuenta la ley para determinar efectos en esta materia, lo normal es que la compañía de seguros someta la parte asegurada a absolver un cuestionario elaborado por ella, de tal manera que se limita el margen de la inexactitud o reticencia en que pueda incurrir esa parte asegurada. Se ha entendido que en caso de que exista un cuestionario la reticencia o inexactitud solo es relevante en cuanto se refiere a las circunstancias preguntadas en este, se entiende que si no hace preguntas por determinada circunstancia, esta circunstancia no es relevante para el asegurador, se debe entender que no lo toma en cuenta para formarse una opinión con respecto al estado del riesgo”* (Ordoñez O. A., 2008, pág. 9)

En la declaración espontánea, es mucho más difícil juzgar la conducta de la parte asegurada, para saber hasta qué punto las inexactitudes en las que pudo haber incurrido son culposas, intencionales o inculpables, determinantes o no.

Frente a este punto se presentan circunstancias distintas, según exista o no cuestionario propuesto por el asegurador (Bustamante & Uribe, 1998, págs. 170 - 171):

*“a) Si se utiliza cuestionario, toda reticencia o inexactitud del tomador o asegurado que hubiere retraído al asegurador de celebrar el contrato o hubiere determinado condiciones más onerosas para hacerlo, produce la nulidad relativa del contrato. Basta la sola existencia de la inexactitud o de la reticencia para que se produzca la nulidad, sin necesidad de demostrar culpa del tomador.*

*b) Si no se utiliza dicho cuestionario y por reticencia o inexactitud se encubren hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo, es necesario demostrar la culpa del tomador, para que se produzca la nulidad relativa del contrato”*

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia dio un alcance diferente al concepto de reticencia espontánea ya que, si no existe declaración del tomador ni inspección por parte del asegurador, no pueden ser aplicables las sanciones previstas en el artículo 1058 del código de comercio. En efecto, en sentencia proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria indicó: *“ si no hubo declaración alguna, ni tampoco inspección caso en el cual debe entenderse la manifestación tácita de la aseguradora de asumir el riesgo, cualquiera que sea la posibilidad de daño que gravite sobre el interés asegurado”*. ( Sentencia de mayo 19, 1999)

### 1.3.1 Definición de reticencia

De acuerdo con la definición de la real academia de la lengua española reticencia significa: “*Efecto de no decir sino en parte, o de dar a entender claramente, y de ordinario con malicia, que se oculta o se calla algo que debiera o pudiera decirse.*” (Diccionario de la Real Academia Española, s.f)

Reticencia quiere decir omisión, ausencia de expresión, ausencia de manifestación de cosas que deben ser manifestadas, o manifestación incompleta distorsionada o confusa de las mismas.

En materia de seguros y de acuerdo con la definición efectuada por el doctor Efrén Ossa que consideramos muy apropiada para el tema, consiste en el “*encubrimiento de circunstancias que, conforme al sentido común, determinan una mayor peligrosidad del riesgo*”. (Ossa, 1963, pág. 390)

La persona que es reticente afecta respecto del asegurador el conocimiento real de la intensidad o la probabilidad del riesgo que va a asegurar, viciando no sólo la manifestación misma de la voluntad por parte del asegurador de celebrar el contrato, sino el monto de la prima que este debe cobrar por asegurar un riesgo con base en una información que no corresponde a la realidad.

### **1.3.2. Clases de reticencia**

Nuestro código de comercio en el artículo 1058 del Código de comercio, hace una distinción entre reticencia de carácter doloso e inculpable, a lo cual nos referiremos en capítulos posteriores.

Alvaro Londoño, indica que algunos doctrinantes como el Dr Efrén Ossa y los hermanos Mazeaud sostienen la tesis de que en materia de seguros la reticencia es solo dolosa, no así otros doctrinantes y la Corte Suprema de Justicia. (Londoño, 1980, pág. 16)

Consideramos que esta discusión se encuentra zanjada, ya que el artículo 1058 del código de comercio, es muy claro al distinguir los tipos de reticencia de carácter doloso en el inciso primero y hacer mención al error inculpable del tomador en el inciso tercero, cuyas consecuencias jurídicas son diferentes.

### **1.3.3 Concepto de inexactitud**

Muy pocos autores al hacer el estudio de la reticencia e inexactitud hacen diferencia de ambos conceptos, sin embargo, encontramos que algunos identifican sus diferencias desde el punto de vista objetivo. Así por ejemplo el profesor Andrés Ordoñez se refiere a la Inexactitud como la manifestación errónea, contraria a la verdad, a la realidad física de los hechos. (Ordoñez O. A., 2008, pág. 21)

Alvaro Botero, por su parte, señala qué debe entenderse por inexactitud, por declaraciones falsas o erróneas del tomador y refiere una sentencia de la Sala de Casación Civil del 15 de diciembre de 1970, M.P. Guillermo Ospina Fernández: *“Se entiende por declaraciones falsas cuando “el asegurado haga declaraciones que no sean verídicas que debe asumir el asegurador (..) Las declaraciones erróneas consisten en que el tomador sin intención dañina, sufre un error sobre las circunstancias que determinan el estado del riesgo y declara ese error. Es claro que las declaraciones erróneas no son dolosas, pero pueden ser culposas dentro de los distintos grados de culpa o también inculpables.”* (Londoño, 1980, pág. 16)

## **2. LAS SANCIONES CONSAGRADAS POR EL LEGISLADOR POR RETICENCIA E INEXACTITUD EN EL ARTÍCULO 1058 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.**

En el artículo 1058 del código de comercio, el legislador colombiano estableció para el contrato de seguro las sanciones aplicables a aquellas hipótesis en las cuales el tomador incumpla el deber o carga de declarar de manera sincera y veraz los hechos y circunstancias que rodean el riesgo.

Ante incumplimiento del deber o carga señalada al configurarse los supuestos de hecho allí establecidos, las sanciones corresponden a la nulidad relativa del contrato de seguro o a la reducción de la prestación asegurada. Por lo tanto, los supuestos que se generan para cada sanción son diversos y excluyentes, es decir, si la declaración es dolosa o culposa habrá lugar a la sanción correspondiente a la nulidad relativa, y si la inexactitud o reticencia del tomador proviene como consecuencia de un error inculpable, la sanción es la reducción de la prestación.

### **2.1 Nulidad relativa del contrato de seguro.**

Es necesario precisar preliminarmente que conforme al artículo 1058, la inexactitud o reticencia por sí solas no producen la nulidad del contrato de seguro sino aquella *“inexactitud o la reticencia sobre hechos o circunstancias que, conocidas por el*

*asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas”.*

En este punto, como lo expresa el profesor Andrés Ordoñez O. *“no basta la mera inexactitud o reticencia en la declaración del estado del riesgo para que se generen efectos adversos al contrato de seguro; pueden darse el caso de inexactitudes o reticencias inocuas, es decir si las mismas no alcanzan a afectar la manifestación de voluntad del asegurador”* (Ordoñez O. A., 2008, pág. 28)

Lo anterior significa, que si de no haber mediado la inexactitud o reticencia, el asegurador no hubiera manifestado su consentimiento para contratar, o lo hubiera hecho en condiciones de más onerosidad, es decir, cobrando una prima mayor, se produce la nulidad del contrato por quedar viciada la manifestación de voluntad del asegurador, que no es otro que el error inducido por el asegurado de manera reticente o maliciosa.

El artículo 1058 del código de comercio adopta la tendencia tradicional de ubicar la reticencia e inexactitud dentro de la teoría de los vicios del consentimiento, definiendo el ámbito del deber de información del tomador a las circunstancias que rodean el riesgo y determinan su intensidad y sancionando el incumplimiento del deber de información del tomador con la nulidad del contrato de seguro, asociándolo claramente al vicio que el mismo genera en la manifestación de voluntad del asegurado.

Para que la reticencia o inexactitud del tomador al momento de declarar el estado del riesgo conlleve la ineficacia por invalidez del contrato, debe el asegurador como lo

indica Pineda Calle *“emitir su voluntad como consecuencia de la información errónea obtenida, lo que significa que de haber recibido una declaración veraz no habría contratado o lo hubiera hecho en diferentes condiciones”* (Pineda Calle, 2013, pág. 52)

Esto significa que lo que genera la nulidad del contrato no es -por si sola- la falta del cumplimiento de la carga de veracidad por parte del tomador, sino la capacidad que tiene el desconocimiento de la realidad por parte de la aseguradora para hacer que el consentimiento que emitió al celebrar no fuera sano.

En resumen, si a la aseguradora acepta otorgar el seguro por habersele suministrado una información que difiere de la que rodea el riesgo, su consentimiento no es libre y estamos ante una manifestación viciosa que hace que *“el acto jurídico pueda llegar a tornarse ineficaz”*

En este sentido (Pineda Calle, 2013, pág. 60) expresa:

*“La inducción al error de la aseguradora que efectúa el tomador o asegurado que termina por afectar la validez del contrato puede provenir de conductas positivas o negativa, conductas tendientes a tergiversar la realidad a modificar, a informar de manera errónea o, de abstenciones consistentes en callar información, no transmitir todo lo que se sabe u olvidar asuntos trascendentes para el contrato”*

Cuando lo anterior ocurre, la sanción prevista por el legislador respecto del contrato de seguro es la nulidad relativa, acompañada además de una sanción de carácter

pecuniario para la parte asegurada, que corresponde a la retención de la totalidad de la prima por parte del asegurador.

La nulidad relativa está prevista en el inciso primero del artículo 1058 del código de comercio que expresa:

*“El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.”*

La sanción económica por la reticencia dolosa y culposa se encuentra prevista en el artículo 1059 del código de comercio cuando indica que: *“Rescindido el contrato en los términos del artículo anterior, el asegurador tendrá derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena.”*

Cabe aclarar que la sanción contemplada en el inciso primero se impone cuando el futuro asegurado o candidato a tomador se encuentra sometido a un cuestionario, para indicar que en tales casos la obligación de declaración veraz del tomador sobre el estado del riesgo se produce de manera provocada *“según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador”*.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 1058 establece: *“Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen*

*igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.”*

De acuerdo con la norma transcrita se establece que si no existe formulario eso no releva al tomador del deber o carga de declarar el estado del riesgo, sin embargo, para efectos probatorios, para alegar la nulidad del contrato existe un aumento de la carga probatoria del asegurador “ *Mientras que cuando media formulario, la falta de exactitud (sinceridad) o de plenitud en la declaración, el tratamiento basta para legitimar la pretensión anuladora del asegurador , y su relevancia puede consistir simplemente en que el conocimiento de ellos habría retraído al asegurador de celebrar el contrato (determinante) si no hubo formulario, la inexactitud o la omisión han debido ser culposas, a más de determinantes de una agravación objetiva del riesgo”* (Hinestrosa F. , 2007, pág. 134)

En cualquier caso, la aseguradora para alegar la reticencia cuando existe o no formulario, además de la realidad objetiva de la inexactitud o reticencia, debe demostrar culpa o error de conducta del tomador al incurrir en ella. (Ordoñez O. A., 2005)

Para que exista nulidad del contrato de seguro por concepto de reticencia y se obtenga la sanción de la retención de las primas es necesario que medie una decisión judicial, lo cual significa que la nulidad del contrato de seguro para poder ser declarada por el juez en el proceso, debió ser alegada por la aseguradora quien fue la parte del contrato que se vio afectada por el vicio y quien deberá acreditar su ocurrencia.

## **2.2 Sanción por inexactitud o reticencia proveniente del error inculpable del tomador.**

Si al solicitar el seguro el tomador, como consecuencia de un error inculpable, incurre en una reticencia o inexactitud respecto de las circunstancias que rodean el estado del riesgo, es decir, incurre en ello pero no de manera dolosa o culposa, la sanción es la reducción de la prestación y no la de nulidad relativa del contrato.

Así las cosas, no hay lugar a declarar nulo el contrato cuando la reticencia o inexactitud no provengan de una actuación u omisión dolosa o culposa del tomador sino de un error inculpable. El legislador previó en el inciso segundo del artículo 1058 del código de comercio un régimen especial, al consagrar:

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

En este sentido el legislador adoptó una solución favorable o benigna al asegurado cuando se trata de un error de carácter inculpable, para dejar las sanciones graves de nulidad del contrato y la retención de primas a las inexactitudes o reticencias de carácter doloso o a las de carácter culpable.

Así la norma no busca que sea anulable el contrato, sino la reducción de la indemnización debida por el asegurador en caso de siniestro, es decir, cuando la parte asegurada ha actuado de buena fe, porque ha incurrido en un error que es inculpable, exento de malicia o dolo, entonces la sanción es tan solo la reducción del pago del siniestro debido por el asegurador, en la proporción que guarde la prima efectivamente pagada respecto de la prima que hubiera debido pagar el asegurado, si hubiera declarado correctamente las circunstancias que rodean el estado del riesgo.<sup>4</sup>

### **2.3 Inaplicabilidad de las sanciones legales por reticencia e inexactitud según el último inciso del artículo 1058 del código de comercio.**

El legislador colombiano previó en el último inciso del artículo 1058 del código de comercio<sup>5</sup>, dos hipótesis en las cuales las sanciones derivadas de la omisión del deber o carga de declarar el verdadero estado del riesgo referentes a la nulidad o la reducción de la prestación asegurada no prosperan.

---

<sup>4</sup> Como bien lo indica el Dr. Fernando Hinestrosa “*el juego de deberes y cargas de sinceridad y plenitud, y la trascendencia de la omisión ha de ser completado, a la vez que precisado, con el señalamiento de que la ley atenúa la sanción en el sentido de que el error inculpable del tomador en su declaración cambia la magnitud de la sanción: el contrato se mantiene, sólo que reducido en sus efectos, en caso de siniestro, al pago del porcentaje de la prestación asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo. Así las cosas, cuando medio formulario, sobre el asegurador que pretende la anulación del contrato simplemente pesa la carga de probar que la declaración del formulario fue inexacta o incompleta y la relevancia de los hechos callados o declarados inexactamente, ora para la celebración del contrato, ora para las condiciones económicas en que se celebró. Y en ausencia de formulario, habrá de probar que el tomador incurrió culposamente en inexactitud u omisión respecto de que de suyo, implicaban una agravación objetiva del riesgo. En ambas hipótesis, caso de ocurrir el siniestro, el conflicto desembocará en una disminución de la indemnización proporcional a la prima pagada frente a la correspondiente al verdadero estado del riesgo, si el asegurado logra comprobar que la reticencia o la inexactitud obedecieron a un error inculpable suyo*” (Hinestrosa F. , 2007)

<sup>5</sup> Al respecto indica el último inciso del artículo 1058: *Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.*

Al respecto el doctor Carlos Ignacio Jaramillo se refiere a tales hipótesis de la siguiente manera:

- “a. cuando el asegurador por alguna razón, con antelación al perfeccionamiento del seguro, conoció (conocimiento real) o debió haber conocido (conocimiento presunto) en caso de haberse comportado diligentemente, los “hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración;*
- b) cuando la entidad aseguradora, no obstante haber desconocido la existencia del vicio o vicios en cuestión, al momento de la celebración del negocio jurídico, posteriormente se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente” (Jaramillo J., 2001)*

El asegurador es por excelencia un profesional especializado en ponderar el riesgo que se pretende asegurar. Es por eso que una vez es enterado de las verdaderas circunstancias del riesgo no puede invocar después que su consentimiento estuvo viciado para pedir que se declare la nulidad del contrato.

Otro aspecto importante por resaltar es el indicado en el inciso final del artículo 1058 del código de comercio respecto a que tampoco se aplican las sanciones no solo cuando a pesar de la declaración inexacta o reticente del tomador, el asegurador ha conocido el verdadero estado del riesgo, sino también cuando “ha debido” conocerlo.

La Corte Suprema de Justicia indicó en (Sentencia de 19 de abril de 1990) que el actuar de la aseguradora al momento de determinar el estado del riesgo, *“debe ser diligente*

*o sea que no debe ser 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 debe asumir un comportamiento condigno de su actividad, dado su profesionalismo en tal clase de contratación.”*

En relación con la disposición final del artículo 1058, la norma prevé que si con posterioridad a la celebración del contrato el asegurador sabe que el tomador en la declaración de la asegurabilidad incurrió en reticencia e inexactitud relevantes, suficientes para afectar el contrato y a pesar de ello decide ratificar o confirmar el mismo, el vicio “se purgará” -como indica el profesor Carlos Ignacio Jaramillo- y por lo tanto no habrá lugar a declarar la nulidad del mismo.

### **3. EXCEPCIONES A LAS SANCIONES CONSAGRADAS EN EL ARTÍCULO 1058 DEL CÓDIGO DE COMERCIO EN EL CONTRATO DE SEGURO DE VIDA.**

De manera particular en el contrato de seguro de vida, se dan excepciones al artículo 1058 del código de comercio, frente a las otras clases de seguros, los cuales se trataran a continuación.

#### **3.1 Irreductibilidad del seguro.**

Esta excepción rige para los seguros de vida y se encuentra normada en el artículo 1160 del código de comercio según el cual si existe error inculpable del tomador en la declaración de asegurabilidad, pero han transcurrido dos años desde la fecha de perfeccionamiento del contrato, no se aplicará la sanción prevista en el artículo 1058 del C.Co., a diferencia de lo que ocurre en los seguros de daños en que se produce la reducción de la prestación asegurada.

El mencionado artículo reza así: *“Transcurridos dos años en vida del asegurado, desde la fecha del perfeccionamiento del contrato, el valor del seguro de vida no podrá ser reducido por causa de error en la declaración de asegurabilidad”*

En opinión de los autores Bustamente Ferrer y Uribe Osorio, el dolo no puede dar nacimiento a un contrato válido y por lo tanto la aplicabilidad de la excepción se debe limitar a subsanar errores inculpables y hasta por culpa leve: *“el artículo 1160 es muy*

*preciso: en primer lugar no se refiere a los hechos o circunstancias que pueden producir la nulidad relativa del contrato, es decir a los dos primeros incisos del artículo 1058, sino a la inexactitud o reticencia proveniente del error inculpable del tomador a fin de que por ellos no pueda ser reducido el valor del seguro de vida. Así de esta manera limitada consagra nuestra ley el principio de la incontestabilidad” (Bustamante & Uribe, 1998, pág. 165)*

Así mismo Alvaro Londoño, al expresar que el saneamiento de la reticencia o la inexactitud del tomador se da por error inculpable, al impedir la reducción del valor del seguro de vida en caso de muerte del asegurado, siempre y cuando que hayan transcurrido dos años -en vida del asegurado- a partir del perfeccionamiento del contrato. (Londoño, 1980, pág. 114)

### **3.2 Inexactitud respecto de la edad.**

Esta excepción se encuentra consagrada en el artículo 1161 del estatuto mercantil.

Como lo indica Andrés Ordoñez *“la regla del artículo 1058 C.CO., sufre una excepción; en este evento, no se mira siempre la actitud de buena o mala fe de la parte aseguradora al hacer la declaración, sino que aparentemente se asignan sanciones por la simple constatación objetiva de la inexactitud”* (Ordoñez O. A., 2008, pág. 36)

La norma mencionada plantea las siguientes situaciones:

- a) Si la edad declarada está por fuera de los límites señalados por el asegurador en la tarifa para la prima, deben aplicarse las sanciones previstas en el artículo 1058 del código de comercio.
- b) Si la inexactitud consiste en que, si la edad real es mayor o menor que la edad declarada, pero se encuentra dentro de las condiciones de asegurabilidad de la aseguradora, no se produce la nulidad del seguro sin que se indague si se incurrió en la inexactitud por mala fe o por error inculpable.

Como lo señala el Profesor Andrés Ordoñez:

*“sea la inexactitud de mala fe o inculpable, no se produce la nulidad sino el ajuste de las prestaciones, proporcionalmente a la diferencia de prima pagada en razón de la inexactitud; puede ser una consecuencia de ser un ajuste en el sentido de aumentar la indemnización si la edad real es menor de la declarada y en consecuencia se pagó una prima mayor, o puede ser un ajuste en el sentido de disminuir la indemnización en caso contrario”.* (Ordoñez O. A., 2008, pág. 36)

### **3.3 Incontestabilidad. Termina para alegar la reticencia o inexactitud en los seguros de vida.**

La “incontestabilidad” ha sido una cláusula que en épocas anteriores era de ordinaria inserción en los contratos de seguro de vida, relativa al límite temporal en que, para tales seguros, puede ser alegada la reticencia e inexactitud del futuro asegurado por parte del asegurador.

La incontestabilidad se refiere, como lo indican Medina & Reina, (2004), a una figura desarrollada en legislaciones extranjeras que consiste en:

*"impedir al asegurador la posibilidad legal de oponerla inexactitud o la reticencia cuando ha transcurrido un cierto lapso, al cabo de tiempo, en el cual el seguro se torna incontestable, es decir inexpugnable". (..). En Colombia, si bien no está consagrada dentro de la legislación comercial la figura de la "incontestabilidad del contrato de seguro", la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia le ha dado vigencia a esta figura a través de aplicación de la prescripción ordinaria y extraordinaria, desde dos situaciones diversas y que terminan en la imposibilidad para el asegurador de alegar la nulidad relativa del contrato de seguro por la existencia de Reticencia o inexactitud. (Págs. 79-80)*

La Corte Suprema de Justicia, se refirió a ella en sentencia de 3 de mayo de 2000, en la cual se indica que: *"El término dispuesto para la prescripción ordinaria corre, pues, en relación con la acción de nulidad relativa (Art. 1058 C. de Co.) del contrato de seguro, a partir del conocimiento real o presunto que tenga el titular acerca de los vicios que lo afectan",* es decir desde el momento en que de acuerdo con el artículo citado el asegurador ha conocido o debido conocer la reticencia o inexactitud, se contabiliza al término de dos años para la prescripción ordinaria del ejercicio de la acción de nulidad por reticencia o inexactitud.

Frente a la prescripción extraordinaria se pronuncia en los siguientes términos *"el de la extraordinaria (5 años) corre desde el momento que nace el derecho a demandar esa nulidad" Es decir, desde el momento en que se perfecciona el contrato de seguro."* ( Sentencia del 3 de mayo de 2000. )

#### **4. LA CARGA DEL TOMADOR DE DECLARAR SINCERAMENTE EL ESTADO DEL RIESGO EN LOS CONTRATOS DE SEGUROS DE PERSONAS.**

El tomador o asegurado tienen la obligación de declarar el estado del riesgo siempre que exista una solicitud individual de seguro que le ponga de presente el asegurador, con el fin de que éste identifique aquellas enfermedades o circunstancias que pueden revestir tal gravedad o que son relevantes a efectos de determinar si consiente en asumir o no el riesgo que se le pone de presente o si lo asume en condiciones más onerosas.

Vale la pena resaltar que las aseguradoras, en algunos cuestionarios simplemente se limitan a preguntar “*si su estado de salud es normal*” con una opción de respuesta sí o no. Esta clase de preguntas abiertas no son concluyentes ni efectivas, para alegar posteriormente la nulidad del contrato por reticencia, pues no limitan ni establecen los riesgos que la compañía aseguradora pretende conocer y sobre los cuales recaiga eventualmente el vicio de la declaración que pueda hacer nulo el contrato.

Por eso consideramos que las compañías de seguro deben hacer cuestionarios idóneos, claros, que permitan obtener del futuro asegurado, una información más profunda del estado del riesgo y que, al propio tiempo, le den claridad a aquél acerca del alcance de lo que debe indicar sobre las patologías que padece para que, posteriormente, no se vean sorprendidos el asegurado o sus beneficiarios al momento de la reclamación, con la objeción al pago del seguro por una reticencia en la que según el asegurador aquél habría incurrido.

## 5. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1158 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

El artículo 1158 del código de comercio indica que *“Aunque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058 ni de las sanciones a que su infracción dé lugar.”*

Cabe aclarar que el otorgamiento del contrato de seguro bien puede estar basado en la buena fe del tomador respecto del verdadero estado del riesgo, y por lo tanto haber aceptado como ciertas sus declaraciones al respecto, no siendo obligatorio, en los casos de las pólizas de seguros de vida, efectuar exámenes médicos para determinar el estado de salud del asegurado.

Esto significa que en los seguros de personas y en especial los seguros de vida, el asegurador no está obligado legalmente a verificar el estado del riesgo ni a efectuar exámenes médicos para tal efecto, y en todo caso, sea que el asegurador haga o no la verificación del riesgo, el tomador o asegurado no quedarán exentos de hacer la declaración veraz sobre el estado del riesgo.

En este punto adquiere particular importancia lo manifestado en capítulos precedentes con respecto a la enorme dificultad práctica, que haría casi imposible que el asegurador haga inspección o verificación de cada uno de los riesgos que asume, particularmente por la dinámica de su operación comercial de expedición de los riesgos de manera masiva

Ahora bien, el legislador resalta con más ahínco el principio de la buena fe en los seguros de personas, pues como ya se estableció, el asegurador basa la asunción del riesgo en aquellas declaraciones que indaga del futuro asegurado, cuando le propone un cuestionario o solicitud individual de seguro, o en las que espontáneamente le manifiesta el tomador, sin que sea necesario verificar si son sinceras, veraces, exactas.

En este orden de ideas, el asegurado no puede considerarse exento de las sanciones previstas por reticencia, excusándose en que el asegurador no le efectuó examen médico con anterioridad al ingreso para determinar su estado de salud antes de la celebración del contrato de seguro, conforme a lo estipulado en el artículo 1158 del código de comercio, situación que es alegada frecuentemente por los asegurados con base en las sentencias que al respecto ha proferido la Corte Constitucional las cuales, no obstante la norma legal del artículo 1158 del Código de Comercio, han determinado que el asegurador debe realizar exámenes médicos con anterioridad a la suscripción del seguro, imponiéndole así una carga adicional que no se encuentra consagrada en el estatuto mercantil colombiano.

## **6. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN MATERIA CONTRACTUAL Y SU APLICACIÓN EN EL CONTRATO DE SEGUROS.**

### **6.1 Definición en materia de contratos en general.**

La legislación colombiana toma la buena fe como fuente de derecho para establecer el deber de información precontractual por parte del tomador o del asegurado.

El artículo 1603 del Código Civil, indica que *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”*

El Código de Comercio, a su turno, se refiere a este principio, el cual se encuentra consagrado en los artículos 863 y 871, en los siguientes términos: Artículo 863: *“Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”* y el Artículo 871: *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

Conforme a lo anterior la buena fe empieza a intervenir en el contrato desde el periodo de formación del negocio hasta el de su cumplimiento.

Sin embargo, el Código de Comercio hace mención al principio en sí, pero no hace definición del mismo ni determina su significado, por lo cual, la doctrina y la jurisprudencia desarrollan esta tarea.

La Corte suprema de justicia en sentencia de fecha 19 de diciembre de 1969 al desarrollar este principio estableció “*que todo acto humano que debe ajustarse a los postulados de la moral y al de la buena fe*”. Esta posición es criticada, ya que como expresa el Profesor Navia Arroyo, equipara el derecho a la moral sin especificar, por lo demás, qué ha de entenderse por moral ni cuál tipo de moral debe regir el contrato, si la moral social o la moral cristiana. (Navia, 2009, pág. 160)

El principio de buena fe en materia negocial, de acuerdo a una de las tesis doctrinales, estriba en un fenómeno interior, intelectual o mejor aún volitivo, perteneciente al fuero interno o la conciencia del hombre (Ospina Fernández y Ospina Acosta).

La otra posición doctrinal sobre la buena fe a que se refieren los artículos 863 y 871 del Código de Comercio, no es la de consistir en un fenómeno de tipo psicológico, intelectual o emocional, sino todo lo contrario, es decir objetivo, real, (*Fernando Hinestrosa*) deber de conducta conforme a la lealtad, la fidelidad y la corrección. Esto es, la buena fe no es la creencia de actuar honestamente, sino la efectiva adecuación del propio obrar a los generales parámetros de la lealtad, la fidelidad y la corrección, que se irradia en una multiplicidad de deberes de conducta. Dentro de estos se encuentra uno de información o comunicación, que pesa sobre los candidatos a todo negocio jurídico y

que resulta esencial para que la reticencia adquiera relevancia como dolo- vicio de la voluntad. (Navia, 2009)

## **6.2 Aplicación del principio en el contrato de seguro.**

Una vez expuestos los diferentes lineamientos doctrinales sobre la buena fe en materia mercantil, debe ahondarse sobre este principio en el contrato de seguro, que como hemos indicado se reconoce por tener un carácter especial y cuyo principio tiene más relevancia, porque el asegurador de acuerdo con la declaración del estado que le indica el futuro asegurado, procede a determinar si celebra o no el negocio jurídico y en qué condiciones.

Al respecto el profesor Efrén Ossa hace especial énfasis sobre este punto al indicar:

*“El contrato de seguro, como ya se anotó, opera bajo el principio de la buena fe; así la doctrina enseña que “(...) todo lo que el seguro tiene de peculiar en su conformación jurídica corresponde a la ubérrima fides que lo caracteriza, a lo menos desde el punto de vista ético, frente a los demás actos de la vida civil o mercantil... “Este atributo de la buena fe, que no es tan solo peculiar del seguro sino de todos los contratos civiles (C.C., art. 1603) y mercantiles (C. de Co., art. 871) subraya, en el que ocupa nuestra atención, que el asegurador se halla hasta cierto punto, y particularmente en lo que atañe a la declaración del riesgo y a la prevención del siniestro, “a merced del asegurado” quien objeto de tal grado de confianza, debe comportarse con absoluta lealtad.” (Ossa G, 1984, pág. 41)*

Dentro del ámbito de los seguros el concepto de buena fe adquiere connotación más estricta porque, a diferencia de muchos contratos en que la habilidad o suspicacia de las partes pueden llevarlas a obtener ciertas ventajas amparadas por la ley, en el contrato de seguro, donde es necesario tomar como base la ubérrima bona fides, son drásticamente sancionadas conductas acaso irrelevantes en otros negocios jurídicos. De manera que, si en los contratos en general se exige la buena fe en su celebración, en el seguro la exigencia es máxima: *“tanto en el solicitante como en el asegurador debe campear la pulcritud moral e intelectual”*. (Lopez B. F., 2004, pág. 74)

Así mismo, Alvaro Londoño Botero expresa que en el seguro se exige una máxima buena fe (ubérrima fide), por cuanto su objeto es una mercancía intangible, y los elementos para tasar su precio son imprecisos, determinando así que el asegurador quede en manos de la lealtad del asegurado o tomador, haciéndole presa fácil del fraude. (Londoño, 1980, págs. 78-79)

### **6.3 Aplicación en el contrato de seguro de personas.**

El principio de buena fe rige para ambas partes del contrato desde su etapa precontractual, por lo que las mismas deben actuar con total transparencia y lealtad.

Esto implica para el solicitante el deber de declarar los hechos relevantes del riesgo en el seguro que busca cobertura, lo que se traduce en el seguro de personas en el deber de informar su verdadero estado de salud y mencionar cuales son las dolencias que presenta

antes de la celebración del contrato, las cuales deben ser indicadas en el cuestionario entregado por parte del asegurador, cuando es sometido a ello.

El asegurado incumple el principio de buena fe cuando no informa sinceramente al asegurador sobre las circunstancias que rodean su estado de su salud, sea porque omite informarlo o porque lo declara de manera distinta de la realidad, o también cuando firma una declaración en la cual se le cuestiona sobre las patologías que padece y deja de diligenciar los interrogantes planteados.

Para el asegurador este deber se materializa al momento de efectuar el proceso de selección de los riesgos, por lo que en los cuestionarios que pone a disposición del futuro asegurado debe tener el cuidado de realizar preguntas que cumplan con los requisitos de ser concretas y bien planteadas, en letra con tamaño legible, para así establecer qué tipo de riesgo desea asumir y lo ponga en conocimiento del asegurado.

En nuestro criterio el asegurado actúa de buena fe, aun si omite la información, cuando el cuestionario sobre su estado de salud sea poco claro o ambiguo, caso en el cual el asegurador no debería objetar la reclamación ni invocar la nulidad del seguro o su reductibilidad.

#### **6.4 Interpretación de la Corte Constitucional.**

La máxima autoridad en asuntos constitucionales ha indicado que en el contrato de seguro, en materia de reticencia e inexactitud, la aplicación del principio de la buena fe es de doble vía, esto significa que obliga a ambas partes a comportarse con honestidad y lealtad, desde la celebración hasta que termine la vigencia del mismo, porque de ello depende la eficacia y cumplimiento de las cláusulas en él previstas.

Sobre este particular sostuvo:

*“Ambas partes en las afirmaciones relacionadas con el riesgo y las condiciones del contrato se sujetan a cierta lealtad y honestidad. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1058 del Código de Comercio, el tomador o asegurado debe declarar con sinceridad los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, puesto que ello constituye la base de la contratación. En caso de presentarse reticencias e inexactitudes en la declaración que conocidas por el asegurador lo hubieran retraído de contratar, se produce la nulidad relativa del seguro. El asegurador también debe cumplir con el principio de buena fe evitando cláusulas que sean lesivas al asegurado, cumpliendo con la prestación asegurada a la ocurrencia del siniestro y comprometiéndose a declarar la inexactitud al momento en que la conozca y no esperar a la ocurrencia del siniestro para alegarla como una excepción al pago de la indemnización” ( Sentencia T 086, 2012)*

En relación con el estudio del principio de la buena fe en la etapa precontractual del contrato de seguro, la Corte Constitucional en sede de tutela ha sostenido que no se predica exclusivamente del tomador, por ser un contrato de adhesión y de acuerdo con esto es obligación de las aseguradoras indicar de forma clara y taxativa todas las exclusiones del contrato y realizar exámenes médicos de ingreso antes de la suscripción del contrato de seguro. Estos puntos serán desarrollados con más profundidad en capítulos posteriores en este escrito.

## **7. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL CONTRATO DE SEGURO.**

La acción de tutela es un mecanismo de carácter constitucional que tiene por objeto la protección por vía judicial de los derechos fundamentales de los ciudadanos que resulten vulnerados por acción u omisión de autoridad pública y de particulares, respecto de estos últimos cuando se cumplan los requisitos establecidos en la Constitución, desarrollados en la ley y la jurisprudencia.

En los siguientes capítulos se procederá a efectuar el estudio sobre los requisitos para que esta acción proceda contra particulares y de manera especial frente a compañías de seguros.

### **7.1 Procedencia de la acción de tutela contra particulares.**

La acción de tutela se encuentra prevista en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, la cual busca salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos que por acción u omisión de autoridad pública o de los particulares son vulnerados o amenazados.

Este mecanismo constitucional fue reglamentado a través del Decreto 2591 de 1991 y los presupuestos para que sea procedente la acción de tutela en contra de particulares, se encuentran previstos en su artículo 42.

Ahora bien, respecto de los litigios de carácter judicial que se produzcan entre aseguradoras y los ciudadanos, la Corte Constitucional en (Sentencia T - 770, 2015), ha indicado que en primera instancia deben ser resueltos por el juez natural establecido para dirimir los conflictos que resulten en esta clase de contratos, excepto a través de acción de tutela, la cual opera de manera excepcional cuando se den los siguientes presupuestos:

1. Los mecanismos ordinarios no son idóneos o eficaces para proteger el derecho.
2. El accionante está ante la amenaza de un perjuicio grave e irremediable, cuya valoración deberá ser flexible en el caso de sujetos con especial protección constitucional.
3. Cuando de la relación contractual se observe que el actor se encuentra en estado de indefensión.

En relación con los fundamentos para la procedencia de la acción de tutela frente a las compañías y entidades aseguradoras, ese Tribunal ha dicho que se produce por las siguientes circunstancias

1. Por cuanto la actividad que ejercen las aseguradoras es considerada una actividad de interés público.

2. Por el estado de indefensión en que, en su criterio, se encuentran los particulares frente a aquellas.

Así lo reafirmó en providencia (Sentencia T -222, 2014) en la que ese Tribunal manifestó:

*“[...] esta corporación ha consolidado una línea jurisprudencial uniforme, sobre la posibilidad de ejercer acción de tutela en contra de entidades financieras y aseguradoras. Y ello se explica por varias razones. Principalmente, porque esta clase de entidades ejercen un papel determinante en la economía nacional, de tal forma que las sitúa en una posición privilegiada respecto de los ciudadanos o habitantes de nuestro país. Estos privilegios pueden traer consigo, directa o indirectamente, voluntaria o involuntariamente, la subordinación y/o indefensión de los particulares frente a ellas. De allí que, incluso, las haya considerado prestadoras de un servicio público.”*

## **7.2 Procedencia excepcional cuando se presta un servicio público o actividad de interés público por parte de las compañías aseguradoras.**

La Corte Constitucional ha establecido que con respecto a los particulares que ejercen actividades aseguradoras, es procedente dirimir los conflictos en sede de tutela, porque esas empresas prestan un “servicio público”, esto significa, que sus actividades están relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos públicos.

En (Sentencia T-738, 2011) sostuvo:

*“las razones para hacer procedente la acción de tutela contra estas entidades ha tenido en cuenta, en general, que las actividades financieras —dentro de las que se encuentran la bancaria y aseguradora—, en tanto relacionadas con el manejo, aprovechamiento e*

*inversión de recursos captados del público, es una manifestación de servicio público o que al menos involucra una actividad de interés público.”*

Al propio tiempo, debido a que las actividades financiera, aseguradora y bursátil, son de interés público, en razón a que basan su actividad en la captación de dinero procedente de la población.<sup>6</sup>

En (Sentencia T-517, 2006) indicó:

*“Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público, esto significa que la libertad contractual en materia de seguros, por ser de interés público se restringe cuando están de por medio valores y principios constitucionales, así como la protección de derechos fundamentales, o consideraciones de interés general. Hay que tener en cuenta que la prevalencia del interés general o público es uno de los principios que fundamentan el Estado Social de Derecho conforme al artículo 1° de la Constitución Política.”*

### **7.3 Procedencia de acción de tutela cuando se trata de sujetos de especial protección.**

Como criterio para que la acción de tutela respecto a los particulares proceda, es que en la relación contractual se halle un sujeto de especial protección, el cual está definido por la Corte Constitucional, como “aquella persona que debido a su condición física,

---

<sup>6</sup> En este sentido, la Corte en (Sentencia C-640, 2010) precisó: “que las actividades financiera y aseguradora suponen un interés público, por lo que su control y vigilancia se intensifican ya que sus gestiones implican un voto de confianza por parte de los ciudadanos “cuyo quebrantamiento puede generar consecuencias catastróficas para la economía de un país”

*psicológica o social particular merece una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva.*” ( Sentencia T-167, 2011)

De acuerdo con la Constitución política son sujetos de especial protección las personas de la tercera edad (C.P., art. 46), niños (C.P. arts. 44,) mujeres cabeza de familia (C.P., art. 43), discapacitados (C.P., art. 47); respecto de los cuales el juez debe hacer un estudio de sus circunstancias especiales para la procedibilidad excepcional de la acción de tutela.<sup>7</sup> (Sentencia T-668, 2007)

La Corte Constitucional ha considerado además de la condición de sujeto de especial protección constitucional y de debilidad manifiesta, que los medios judiciales de defensa no sean idóneos (Sentencia T-651, 2009), y por lo tanto “*el operador judicial debe examinar la situación fáctica que define el asunto sometido a su conocimiento, y las particularidades de quien reclama el amparo constitucional, pues, si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad o en condición de discapacidad, etc.) o de personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad se flexibiliza haciéndose menos exigente.*” ( Sentencia T-589 , 2011)

---

<sup>7</sup> En tal sentido la Corte consideró: “*...en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional -esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.*” (Sentencia T-834, 2011)

De las personas que son sujetos de especial protección, hacemos especial énfasis en las personas con discapacidad, debido a que han sido objeto de varios pronunciamientos de ese Tribunal en materia de acción de tutela contra entidades aseguradoras. Lo anterior se sustenta, en su criterio, en que estas personas se encuentran en una evidente relación de indefensión en los contratos de seguros y en especial en el ramo de vida grupo deudores, al establecer que existe una indebida relación asimétrica frente a las aseguradoras.

Al respecto la Corte indicó:

*“Una interpretación de las normas legales que rigen la actividad aseguradora de conformidad con la Constitución permite concluir que las entidades aseguradoras sujetas al derecho privado no pueden ser ajenas a los preceptos constitucionales cuando existen relaciones asimétricas de poder entre ellas y las personas a asegurar o aseguradas (...) dada la relación de indefensión de este grupo humano frente a los intereses del mercado de seguros, es claro que las personas con discapacidad pueden exigir de las aseguradoras el respeto del derecho a la igualdad de oportunidades (...).*

*Aunado a lo anterior, hay que resaltar que las personas que padecen de una disminución de sus condiciones físicas, mentales o sensoriales, gozan de especial protección a la luz de los artículos 13 y 47 de la norma superior (41). La incapacidad para ser económicamente productivo afecta directamente las condiciones materiales de vida de la persona, y es precisamente para escenarios como este que se toma una póliza con coberturas para el pago de deudas contraídas previamente, con el fin de alivianar la carga que supone para el afectado pagar obligaciones dinerarias, pudiendo destinar sus recursos escasos a mejorar su condición de vida.”* (Sentencia T-282 , 2016)

#### **7.4 Estado de indefensión de los particulares.**

Conforme a los criterios de la Corte Constitucional, la acción de tutela procede cuando las personas se encuentran en un evidente estado de indefensión, lo cual significa que están una frente a otra en situación de dominación por una de las partes contratantes y que la misma proviene de una situación de hecho.

Para el caso, indica la jurisprudencia de la Corte Constitucional que las entidades aseguradoras gozan de una posición dominante en el mercado frente a los usuarios, caso en el cual las personas se encuentra en un estado de debilidad manifiesta que no les permite defender sus derechos frente a la agresión de las cuales son objeto, porque estos sujetos no tienen la potestad de negociar y de actuar en condiciones de igualdad frente a las referidas sociedades por estar sometidos a contratos de adhesión y que, por lo mismo, es imposible protegerlos de manera efectiva a través de las vías judiciales ordinarias con que puedan contar en ese momento. (Zarante B., 2016)

Sobre este particular se pronunció en los siguientes términos:

*“la relación jurídica surgida de este tipo de contrato es consecuencia de una relativa igualdad entre las partes, (...). La indefensión hace referencia a la situación en la que una persona ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales. En otras palabras, no tiene posibilidades jurídicas ni fácticas para reaccionar defendiendo sus intereses. En cada caso, el juez debe realizar un análisis relacional con la finalidad de determinar el estado de indefensión en la que se encuentra la persona.”* (Sentencia T-490, 2009)

Respecto de las personas con discapacidad, se hallan en ostensible estado de indefensión en el contrato de seguro, porque al elaborar la reclamación para el pago de la prestación derivada del amparo por incapacidad total permanente, contratado mediante el seguro de vida grupo y serle negada, se configura una dominación de la aseguradora proveniente de una situación de hecho, frente a la cual el accionante afectado no puede oponerse de manera efectiva, viendo drásticamente afectados sus derechos fundamentales. (Sentencia T-832, 2010)

### **7.5 Principio de subsidiariedad.**

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6° del Decreto 2591 de 1992, la acción de tutela es un mecanismo judicial establecido para la protección inmediata de los derechos fundamentales que opera con carácter subsidiario, es decir, actúa siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos. Así el amparo constitucional procede como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La Corte Constitucional ha precisado que la acción de tutela debe ser utilizada de manera excepcional y no como mecanismo de uso común u ordinario, ya que el ordenamiento jurídico tiene un sistema de competencias previsto para que sea en primer lugar el juez ordinario quien dirima los conflictos entre particulares, por lo cual se busca que este mecanismo no sea utilizado como una vía paralela a la ordinaria, sino que sea el último recurso para defender los derechos fundamentales de las personas.

Sobre el particular estableció la Corte Constitucional:

*“Ahora bien, el análisis de subsidiariedad no se agota en examinar la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, por el contrario, es necesario verificar si este es eficaz e idóneo para garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales al igual que la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. Entonces, se requiere que el juez constitucional, en cada caso concreto haga un análisis de los recursos judiciales con los que cuenta el accionante, con el fin de que se compruebe que el mecanismo de defensa ofrece el mismo nivel de protección que el amparo constitucional.”* (Sentencia T-406, 2005)

Dentro de las discusiones que generan los contratos de seguros entre las partes, la Corte ha indicado que solo se cumple el requisito de subsidiariedad para acceder directamente a la acción de tutela cuando *“el medio de defensa judicial común no es eficaz, idóneo o expedito para lograr la protección y ésta llegaría tarde, encontrándose la persona en una circunstancia de debilidad manifiesta, o en insubsanable apremio en su mínimo vital”*. ( Sentencia T-136 , 2013)

## **7.6 Principio de autonomía de la voluntad**

Este principio establece que toda persona sólo puede obligarse en virtud de su propio querer libremente manifestado, lo que significa que los particulares son libres y autónomos en determinar las cláusulas que rigen sus relaciones contractuales.

Frente a este principio la jurisprudencia nacional ha establecido que esta autonomía tiene límites acorde con lo establecido en la Constitución Política, debido a que debe

existir un equilibrio de la autonomía privada, el interés público y los valores superiores previstos en la Carta Magna, para que no haya actos de arbitrariedad y si se evidencian estos actos en la celebración del negocio jurídico, la acción de tutela tendrá procedencia.

A este respecto en (Sentencia T-490, 2009) indicó:

*“Es evidente que la propia Constitución prevé que la ley señale un régimen que sea compatible con la autonomía de la voluntad privada y el interés público proclamado, régimen que no puede anular la iniciativa de las entidades encargadas de tales actividades y naturalmente en contrapartida ha de reconocerse a estas una discrecionalidad en el recto sentido de la expresión, es decir, sin que los actos de tales entidades puedan responder a la simple arbitrariedad.*

*(...).Para la Sala resulta claro que la jurisprudencia constitucional permite establecer límites a la libertad de contratación en materias declaradas constitucionalmente como de interés público y por tanto, no es aceptable, a la luz de los derechos fundamentales de mínimo vital y vida en condiciones dignas, que la negativa al reconocimiento y pago de una prestación derivada de un riesgo asegurado por incapacidad total permanente, se fundamente exclusivamente en la libertad de contratar y en una interpretación netamente legal del clausulado contractual. Nótese que la libertad contractual si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad esté gobernada por el marco axiológico de la Constitución que incorpora como principio fundamental el de la solidaridad social y la prevalencia del interés general.*

*La jurisprudencia constitucional permite establecer entonces unos límites a las actividades financiera y aseguradora que por mandato constitucional fueron declaradas de interés público. En esa medida, gozan de libertad contractual y autonomía privada, pero, deben desarrollarse en observancia de los valores y principios consagradas en la Constitución”.*

**8. ANÁLISIS DE EXEQUIBILIDAD DEL ARTÍCULO 1058 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, (SENTENCIA C-232, 1997) CORTE CONSTITUCIONAL – SALA DE REVISIÓN; SENTENCIA DEL 15 DE MAYO DE 1997; EXPEDIENTE D-1485.M.P. DR. JORGE ARANGO MEJÍA.**

**Antecedentes:**

El 3 de octubre de 1996, tres ciudadanos en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6. 241, numeral 5. y 242, numeral 1. de la Constitución, demandaron parcialmente el artículo 1058 del Código de Comercio en el siguiente aparte: *“La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro y pretendieron que se declarara la inconstitucionalidad o, en su defecto, se decrete su constitucionalidad condicionada, entendiéndola “en el sentido de que la nulidad relativa del contrato de seguro y la rebaja proporcional de la obligación a cargo del asegurador, sólo se presentarán en caso de que el hecho materia de la reticencia tenga relación directa y eficiente con el siniestro ocurrido.”*

Sus argumentos para que se declarara la inconstitucionalidad consistieron que frente a las reticencias que ocurren en la contratación de seguros, *“la norma establece una ventaja indebida, exagerada, en favor de las aseguradoras, tanto respecto de los tomadores, como en relación con todas las personas que tienen la calidad de partes en contratos distintos al de seguro”*. Según su criterio, a diferencia de lo que acontece en la generalidad de los

contratos, en el de seguro las reticencias del tomador, concretamente aquellas que para nada influyen en la producción del siniestro, se castigan con la nulidad relativa y con la pérdida de la totalidad de la prima a título de pena.

De esta manera, “*se sanciona la mala fe del tomador más allá de los límites de su propia conducta reticente, y se premia sin razón alguna a la compañía de seguros con una ganancia carente de causa: retener la prima, liberándola del pago del siniestro*”. Y se vulneran los principios constitucionales del equilibrio y la igualdad y se quebrantan los postulados de justicia y equidad del preámbulo de la Constitución, así como el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta.

El problema jurídico dilucidado en el fallo fue el siguiente:

¿Al establecerse en el artículo 1058 del código de Comercio la nulidad del contrato de seguro por cualquier tipo de reticencia por parte del Tomador, se vulnera el postulado de justicia y de equidad consagrados en la Constitución Política?

Las consideraciones de la Corte Constitucional en la (Sentencia c-232, 1997) al respecto fueron:

La razón de ser del régimen rescisorio del contrato de seguro, según se prevé en los dos primeros incisos del artículo 1058 del Código de Comercio, se funda en la naturaleza misma de la actividad aseguradora (contratación en masa) que exige la presencia de una buena fe calificada o *uberrimae bonae fidei*.

Respecto de la contratación en masa, indicó ese Tribunal que:

*“la empresa aseguradora, para no caer en un negocio aleatorio absoluto, requiere de una producción masiva la cual, fuera de nutrir el capital con el que se pagarán los siniestros, posibilita el funcionamiento del cálculo de probabilidades y de la ley de los grandes números. Así, el asegurador desplazará el ámbito del azar de la totalidad de un ramo determinado, a cada uno de los riesgos asumidos, individualmente considerados. Eso supone la multiplicidad de contratos como condición sine qua non para que, en los diferentes ramos, la siniestralidad real se aproxime a la esperada. Es lógico que ese cúmulo de responsabilidades implique la consecuencia de que al asegurador no se le pueda exigir el examen detallado de los elementos constitutivos de todos los riesgos que está por asegurar. Así, el Código de Comercio, a pesar de no prohibirla, se abstuvo de consagrar la inspección del riesgo como una obligación a cargo del asegurador, puesto que a éste no se le puede obligar a cumplir tareas físicamente imposibles, respetando el criterio de que no es propio del derecho ir en contra de la realidad o hacer exigencias desproporcionadas en relación con los fines.”*

Y la Corte sostiene que:

*“como al asegurador no se le puede exigir que inspeccione toda la masa de riesgos que contractualmente asume, debe reconocerse que él contrae sus obligaciones, en la mayoría de los casos, solamente con base en el dicho del tomador. Esta particular situación, consistente en quedar a la merced de la declaración de la contraparte y contratar, generalmente, en virtud de su sola palabra, es especial y distinta de la que se da en otros tipos contractuales, y origina una de las características clásicas del seguro: la de ser un contrato de uberrima buena fe”.*

Establece la Corte que la aplicación del principio *uberrimae bona fidei contractus*:

*“significa, ni más ni menos, sostener que no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo por lo que*

*las nulidades relativas del artículo 1058 del Código de Comercio renuevan un equilibrio roto.*

*En efecto, cuando, a pesar de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen el estado del riesgo, de buena fe se le ha expedido una póliza de seguro, la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico.”*

La Corte 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.*

*Esta solución es equitativa y razonable, pues se inspira en la necesidad de sancionar en forma distinta y más leve, una conducta que, a su turno, es de menor entidad que la prevista para los eventos de la nulidad relativa del contrato, pero que, técnicamente considerada, de todas maneras conduce a una tarifación menor e inapropiada para el asegurador, que objetivamente introduce un factor de desequilibrio entre los contratantes.*

*Sin embargo, cabe recordar que esta sanción, en beneficio de tomadores y asegurados, puede reducirse y aún suprimirse contractualmente, con arreglo a lo dispuesto por la segunda frase del artículo 1162 del Código de Comercio. Pero, puesto que está*

*enderezada, como la nulidad relativa, a restablecer el equilibrio contractual, es una figura razonable que no desborda las facultades del legislador, no constituye agravio al derecho fundamental a la igualdad y no tiene por qué depender de una relación de causalidad entre lo inexacto u omitido y el siniestro efectivamente causado. En consecuencia, tampoco viola la Constitución”.*

Con base en estas consideraciones la Corte en esta sentencia, determinó la exequibilidad de la norma del artículo 1058 del Código de Comercio demandada sobre nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia, porque reconoce que su naturaleza es de ser un contrato de ubérrima buena fe y en este sentido reafirma el tratamiento de este principio que tuvo en cuenta el legislador al momento de expedir el estatuto mercantil.

Aquí, a diferencia de las últimas sentencias proferidas por parte de ese Tribunal, en materia de seguros el concepto de reticencia e inexactitud busca restablecer el equilibrio en materia contractual, ya que con base en la declaración que hace el tomador, el asegurador puede determinar si celebra o no el contrato de seguro, estando en cabeza del tomador la responsabilidad la declaración sincera del estado del riesgo.

Reconoció la Corte que al asegurador le resulta prácticamente imposible efectuar un inspección de cada uno de los riesgos que se le ponen de presente para la celebración del contrato de seguro, esto en relación a la naturaleza de su negocio y, por lo tanto, puede alegar la reticencia e inexactitud, a diferencia de lo establecido en las sentencias de tutela en materia de seguros de personas, que se estudiarán más adelante en este trabajo, ya que la jurisprudencia nacional establece como deber de la aseguradora para alegar la reticencia e inexactitud la demostración de la mala fe del tomador.

Al efectuar el estudio de la constitucionalidad de la nulidad del contrato de seguro por reticencia en que incurre el tomador, la Corte en esta sentencia no estableció requisitos adicionales para su alegación, a diferencia de las sentencias de tutela en las cuales obliga a la entidades aseguradoras en materia de seguros de personas, en particular en los seguros de vida grupo deudores, a cumplir deberes y cargas adicionales, los cuales no se encuentran legalmente consagrados.

## **9. INTERPRETACIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN ACCIONES DE TUTELA EN MATERIA DE SEGURO DE VIDA RELACIONADO CON EL CONCEPTO DE RETICENCIA.**

### **9.1 Antecedentes de procedencia de acciones de tutela en los seguros de salud y medicina prepagada.**

Los contratos de medicina prepagada y las pólizas de salud, son planes adicionales de salud, (PAS) que, de acuerdo con el Decreto 806 de 1998, consisten en “*un conjunto de beneficios opcionales contratados de manera voluntaria, que garantizan la atención de actividades, procedimientos o intervenciones en salud adicionales al POS*”. Estos servicios son prestados por particulares que, si bien se encargan de garantizar el servicio público de salud, no se financian con los recursos del sistema y rigen sus relaciones contractuales por el derecho privado.

El artículo 1º del Decreto 1486 de 1994 define la medicina prepagada como “*el sistema organizado y establecido por entidades autorizadas conforme al presente decreto, para la gestión de la atención médica y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender directa o indirectamente estos servicios, incluidos en un plan de salud preestablecido, mediante el cobro de un precio regular previamente acordado*”.

Los contratos de medicina prepagada, hacen parte del sistema de seguridad social en salud y benefician a quienes se encuentran en el régimen contributivo, ofreciendo una mayor cobertura y/o calidad, respecto del plan obligatorio de salud.

Además se rigen por las normas del Código Civil y del Código de Comercio y, como lo señala el Decreto 1468 de 1994, parten del supuesto de que la compañía prestadora del servicio cubrirá, a partir de su celebración o de la fecha que acuerden las partes, los riesgos relativos a la salud del contratante y de las personas que sean señaladas por él como beneficiarias.

En (Sentencia T-875, 2006) de acuerdo con la Corte Constitucional es una actividad donde, además de captar recursos del público, se está prestando un servicio público y se ven involucrados derechos fundamentales como la vida, la integridad física y la salud, por lo cual la intervención y vigilancia del Estado es imperativa.

Ese Tribunal en los fallos mencionados, ha destacado que la medicina prepagada se funda en dos supuestos fundamentales: (1) El ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada dentro del marco constitucional y legal; y (2) la prestación del servicio público de salud. Esto significa que a pesar de que estos contratos se enmarcan en la prestación del servicio público de salud, su naturaleza es contractual y los contratos de medicina prepagada se rigen por las normas de derecho privado, especialmente aquellas que obligan a las partes ligadas por el contrato, a ejecutarlo atendiendo los postulados de la buena fe.

En lo que a preexistencias se refiere, la Corte Constitucional determinó en primer lugar que su definición es entendida como aquella *“enfermedad o afección que ya venía aquejando al paciente al momento de suscribir el contrato y que no queda incluida como objeto de los servicios,* (sentencia T-875, 2006) y señaló que solo pueden alegarse las

preexistencias que se encuentren indicadas en las cláusulas y sus anexos, que sean parte de sus contratos, siempre que sean considerados como tales, ya que el contrato de medicina prepagada se entiende celebrado para la prestación de servicios integrales que, como el adjetivo lo indica, pretenden una cobertura total para la salud del usuario.

En la referida sentencia, la Corte Constitucional encontró que la actuación por parte de las empresas de medicina prepagada de negar a sus usuarios la atención de enfermedades preexistentes a la celebración del contrato, desconoce el principio de la buena fe. Agrega que en tales casos debe prevalecer el concepto de servicio público y negarse a autorizar el servicio atenta contra los derechos fundamentales de las personas porque pone en peligro la salud y la vida de los usuarios: “ *la prestación de servicios, la práctica de operaciones y la ejecución de tratamientos y terapias referentes a enfermedades no incluidas en la enunciación de la referencia dada la unilateralidad de la decisión—, quedan totalmente a merced de la compañía con la cual ha contratado*”

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional estableció que frente a entidades de medicina prepagada desde el mismo momento de la celebración del contrato se debe dejar expresa constancia, en el mismo texto o en los anexos que incorporen a él, sobre las enfermedades, padecimientos, dolencias y quebrantos de salud que ya venían sufriendo los beneficiarios del servicio, que por ser preexistencias no se encuentran amparados dentro del contrato. Así la Compañía de medicina prepagada puede establecer las preexistencias, efectuando exámenes médicos previamente a quienes pretenden ser afiliados, por cuanto “*cuenta con el personal y los equipos necesarios, tiene la obligación de practicar a los futuros usuarios los exámenes correspondientes, para determinar con claridad las*

*enfermedades o dolencias de éstos, que por ser preexistentes serían excluidas del contrato.” (Sentencia T-875, 2006)*

Frente a la situación de salud vigente a la fecha del contrato en lo que respecta a cada uno de los beneficiarios, se deben consignar de manera expresa y taxativa las preexistencias, de modo que las enfermedades y afecciones no comprendidas en dicha enunciación deben ser asumidas por la entidad de medicina prepagada con cargo al correspondiente acuerdo contractual.

Otro punto importante que estableció la Corte Constitucional fue el de indicar que en materia de preexistencias respecto a su cobertura no pueden estar señaladas en forma genérica, como excluir “*todas las enfermedades congénitas o todas las preexistencias*”, pues la compañía de medicina prepagada tiene la obligación de determinar, por medio del examen previo a la suscripción del contrato, cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario”.

En este sentido en la sentencia a la que hemos hecho referencia se indicó:

*“... la entidad de medicina prepagada, durante el desarrollo del contrato, no está facultada para definir de manera unilateral que determinada patología, a pesar de no haberse excluido expresamente al momento de suscribir el contrato, se había venido desarrollando desde antes de la celebración de aquel y, en consecuencia, debe considerarse excluida. En tal evento, se entiende que si la compañía omitió su obligación de realizar el examen médico previo o si, a pesar de hacerlo, éste fue insuficiente para detectar las posibles enfermedades del usuario, no puede negarse a prestar determinados*

*servicios médicos requeridos por el paciente bajo el argumento de que se trata de una preexistencia o enfermedad congénita”.*

En lo que respecta a los contratos de seguro de salud, la Corte Constitucional en (Sentencia T-428 ,2015) estableció que están determinados por la legislación comercial y encuentran su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad privada.

Como bien lo manifestó ese Tribunal, los contratos de seguro, a diferencia de los contratos de medicina prepagada, *“no suponen la prestación de los servicios de salud, sino que, de acuerdo a las normas previstas en el Código de Comercio, parten del aseguramiento de un riesgo que, en caso de concretarse, dan lugar al reembolso de la suma de dinero correspondiente.”* (Sentencia T-428, 2015)

Además en la misma jurisprudencia se determinó que los contratos de seguros médicos pueden influir sobre los derechos fundamentales y *“están sujetos, mutatis mutandi, a las mismas pautas interpretativas de los contratos de medicina prepagada”*. Ello teniendo en cuenta que ambos tienen como objeto la protección del derecho a la salud de los beneficiarios y son contratos de adhesión en los cuales la parte asegurada en el contrato de seguros o el tomador en el contrato de medicina prepagada, adhieren a unas cláusulas previamente elaboradas y establecidas por la entidad aseguradora.

Para el Tribunal la *“oposición de preexistencias no contempladas previamente o la elusión de la responsabilidad de la compañía en este tipo de contratos, aunque no se traduzcan en la obligatoriedad de que esta preste servicios clínicos, médicos o quirúrgicos,*

*puede llevar a efectos similares a los que se ocasionan en contratos de medicina prepagada cuando no cubren lo que se han comprometido a cubrir, con el consiguiente perjuicio para la salud de los contratantes, y aun con riesgo para derechos fundamentales en conexión con ella”* (Sentencia T-428, 2015).

Sobre el deber en cabeza de las entidades aseguradoras de actuar bajo ciertos parámetros frente a las preexistencias, la Corte refirió los siguientes en Sentencia T-428 de julio 8 de 2015: (i) que la carga de la prueba en materia de preexistencias radica en cabeza de la aseguradora y no del tomador del seguro y (ii) que las aseguradoras no pueden alegar preexistencias si, teniendo las posibilidades para hacerlo no solicitan exámenes médicos a sus usuarios al momento de celebrar el contrato.

Al propio tiempo la Corte estableció los siguientes requisitos con el fin de establecer las preexistencias:

- 1) Realizar un examen médico que busca (i) detectar los padecimientos de salud que constituyan preexistencias; (ii) determinar su exclusión expresa de la cobertura del contrato; y, (iii) permitir que el usuario decida si bajo estas condiciones, es decir, la exclusión de las preexistencias del contrato, persiste su intención de celebrar el convenio.

En este sentido, las enfermedades que no sean diagnosticadas en los exámenes médicos de admisión, no podrán ser más adelante alegadas como preexistencia por la entidad que ofrece el Plan Adicional de Salud (PAS) para negar la prestación del servicio

de salud. Es decir que la finalidad de la realización de los exámenes médicos antes de la suscripción del contrato a criterio de la Corte es: i) indicar cuáles son las patologías que padece el solicitante; ii) estipular en el contrato de manera expresa las enfermedades y procedimientos que serán considerados como preexistencias, y por lo tanto, que serán excluidos del PAS; y iii) darle la oportunidad al interesado en suscribir un PAS, de decidir si aún sigue interesado en suscribir el contrato teniendo en cuenta las patologías que no le serán cubiertas al considerar que son preexistencias.

Al respecto la Corte Constitucional ha indicado que *“el juez constitucional habrá de adelantar la interpretación de las cláusulas del contrato dentro de la amplitud que a favor del usuario es posible predicar en razón de tratarse de un contrato de adhesión.”* (Sentencia T-428, 2015).

## **9.2 Procedencia de la acción de tutela en el seguro de vida grupo deudores.**

La Corte Constitucional ha propendido en sus sentencias de tutela por la protección de los derechos fundamentales de los asegurados en situación de vulnerabilidad, en especial de personas discapacitadas, en tratándose de litigios del ramo de vida grupo deudores y bajo la cobertura de Incapacidad Total y Permanente en los cuales, en criterio de esa

Corte, se ven involucrados los derechos fundamentales a la vida, mínimo vital y vivienda digna, entre otros.<sup>8</sup>

Ese Tribunal ha indicado que para la procedencia de la acción en los contratos de vida grupo deudores, el juez de tutela debe hacer un estudio particular en cada caso, para determinar si debido a la posible afectación a derechos fundamentales, se encuentra facultado para dirimir un conflicto derivado de la existencia de una póliza de seguro o si, por el contrario, debe reconocer y respetar la competencia prevalente que tiene el juez ordinario en estos asuntos.

En (Sentencia T-662, 2013), fijó los criterios para la procedencia de la acción en estos casos:

1. El interés del accionante no debe ser exclusivamente de carácter patrimonial. A este respecto manifestó la Corte:

*“En primer lugar (i) la Corte ha entendido que existe mayor probabilidad de vulnerar los derechos fundamentales cuando el interés del accionante no sea exclusivamente patrimonial. Para este tribunal, las razones que tuvo el tutelante para adquirir el crédito, tienen profunda importancia (...). Esta Sala considera que no es lo mismo tomar un crédito de consumo para utilizarlo en bienes de menor trascendencia, que adquirirlo para mantener a una familia”*

---

<sup>8</sup> Como por ejemplo las sentencias T-832/2010, T-751/12, T-136/13,, T-342/13, T-557/13, T-662/13, T-902/13, T-222/14, T- 268/13, T-245/14, T-398/14, T-830/14, T-007/15, T-316/15, T-370/15, T-393/15, T-408/15, T-058/16, T-227/16, T-240/16.

2. Que la persona que solicita el amparo se encuentre en situación de incapacidad superior al 50%, por cuanto se encuentra en mayor situación de debilidad frente a sus derechos fundamentales por cuanto le impide trabajar.

Al respecto ese tribunal manifestó:

*“si la persona que solicita el amparo se encuentra en condición de discapacidad superior al 50%, este tribunal ha considerado que existe un mayor riesgo de vulnerar sus derechos fundamentales. Un análisis riguroso de las sentencias, evidencia que ser sujeto de especial protección constitucional es una condición muy importante para que el juez de tutela tome la decisión. Sin embargo, la Corte ha aclarado que no siempre es suficiente para intervenir en esta clase de relaciones contractuales. Las sentencias analizadas muestran casos en los que personas en condición de invalidez han perdido en alto porcentaje las posibilidades de obtener recursos económicos para pagar las cuotas de sus créditos, precisamente, porque no pueden trabajar. En algunos casos la Corte ha constatado que a pesar de la imposibilidad para trabajar, la persona cuenta con otros ingresos que le permiten cumplir su obligación crediticia sin atentar contra su mínimo vital.”*

3. Que la persona carezca de recursos económicos para sufragar sus gastos.

*“En los casos en que la Corte negó el amparo, las personas que solicitaron la tutela contaban con los recursos que les permitía continuar con el pago del crédito y de la prima del seguro. En esas sentencias, la Corte entendió que no se afectaban sus derechos pues evidentemente, al no estar en riesgo su derecho al mínimo vital, podían acudir a vías ordinarias para debatir el pago de la indemnización”*

4. Se debe revisar situación de vulnerabilidad en el peticionario.

*“el juez debe verificar otros aspectos como las obligaciones familiares, o del grupo familiar del afectado, o la presencia de circunstancias adicionales de vulnerabilidad en el peticionario. Solo las circunstancias del caso concreto determinarán los aspectos relevantes a ser tenidos en cuenta por el juez, siempre con el propósito de evaluar si las cargas procesales son o no excesivas para el peticionario”.*

### **9.3 Inoponibilidad de preexistencias.**

En cuanto a la reticencia del tomador o del asegurado, en aquellos casos en que la aseguradora incumpla sus obligaciones mínimas, no podrá objetar el pago de la indemnización bajo el argumento de su configuración. De esta forma, la aseguradora deberá probar suficientemente el elemento subjetivo de la mala fe del tomador, es decir, la intención deliberada del tomador de ocultar su condición médica, por lo que resalta que no podrá efectuar oponibilidad de preexistencias, es decir que no podrá alegar preexistencias que no fueron planteadas en el contrato de seguro cuando no efectuó un examen al momento de la suscripción del contrato..

Al respecto indicó:

*“Según la mencionada providencia, los límites de la potestad de la parte contratante, se concretan en la inoponibilidad de preexistencias que no fueron planteadas en el contrato de seguro, cuando la entidad aseguradora no efectuó un examen al momento de la suscripción del contrato. Es decir, si la aseguradora no realizó un examen médico de ingreso, no podrá, entonces, alegar ningún tipo de preexistencia en el futuro.”* (Sentencia T-662, 2013;

La Corte Constitucional en (Sentencia T-222, 2014), expresó varias consideraciones en relación con el concepto de reticencia y preexistencia.

Indicó en primer lugar que la preexistencia es un concepto objetivo, mientras que la reticencia es un concepto subjetivo y en ciertos eventos la preexistencia puede considerarse como una reticencia, como en aquellos en donde el tomador tiene conocimiento de hechos que pueden hacer más onerosa la póliza y en este sentido se abstiene de declararlos.

Además expuso que existen eventos en los que el tomador de la póliza no declara hechos preexistentes por no tener conocimiento de ellos, como aquellos relativos a enfermedades silenciosas o progresivas, en los que el adquirente no tenía posibilidad de tener pleno conocimiento de las circunstancias, caso en el cual el tomador no actuó de mala fe y por ello sería desproporcionado imponerle una carga que no puede cumplir, como sería informar sobre hechos desconocidos.

Ese Alto Tribunal estableció, además, que no se debe alegar la figura de la preexistencia cuando la aseguradora ha incumplido con los cuatro deberes que ha fijado en sus sentencias de tutela, frente a la carga de comprobación, esto es, la necesidad de verificar de lo señalado por el tomador o asegurado al momento de adquirir la póliza de seguros *en particular el deber de confirmación*.

Al respecto indicó:

*“Con base en las anteriores consideraciones, la Sala estima que carece de fundamento constitucional la objeción a una reclamación de reconocimiento de una póliza de seguro de vida grupo deudores o a una solicitud para hacer efectiva un amparo indemnizatorio, cuando el interesado padece una incapacidad permanente o se ha producido su muerte, bajo el argumento de que hubo reticencia en declarar una situación de salud consolidada con anterioridad a la vigencia del contrato, con fundamento en cláusulas genéricas y ambiguas que excluyen la cobertura de cualquier tipo de preexistencia, y cuando la empresa aseguradora ha incumplido los deberes correlativos con respecto al tomador, especialmente el de confirmación.” ( Sentencia T-024, 2016)*

En cuanto a las preexistencias, manifiesta ese Tribunal que las compañías de seguros actúan negligentemente si no realizan los exámenes médicos o exigen la entrega de unos recientes para así verificar el verdadero estado de salud del asegurado. En suma, a pesar de existir enfermedades previas a la celebración del contrato, no informan sobre aquellas no implica reticencia porque el deber de buena fe consistente haber indagado sobre ellas, estaría en cabeza de la compañía de seguros. Por esta razón en criterio de ese Tribunal, es claro que la preexistencia no siempre será sinónimo de reticencia:

*“En efecto, como se mencionó, la reticencia implica mala fe en la conducta del tomador del seguro. Eso es lo que se castiga. Por su parte, la preexistencia es un hecho objetivo. Se conoce sin que haya sido de mala fe. La preexistencia siempre será previa, la reticencia no” ( Sentencia T-670 , 2016)*

A modo de conclusión, la Corte ha establecido que la carga de la prueba de las preexistencias recae en cabeza de las aseguradoras, quienes no podrán alegarlas si no solicitaron un examen médico previo o si no cumplen con los deberes derivados de la carga de comprobación y no demuestran la mala fe de tomador por la omisión de información en que haya incurrido.

#### **9.4 Deberes de las compañías aseguradoras en relación con tomadores y asegurados al momento de suscripción del seguro.**

Como lo indica (Zarante B.,2016), en las sentencias en las cuales efectúa el análisis sobre la alegación de las preexistencias y reticencia en el contrato de vida grupo deudores, la Corte Constitucional *“impone una carga adicional, denominada “carga de comprobación”, en la cual las compañías se encuentran en la obligación de verificar lo señalado por el tomador o asegurado al momento de adquirir la póliza de seguros incluyendo la práctica de exámenes médicos o la exigencia de presentar unos recientes para certificar”*.

Dentro de esta carga ha establecido cuatro deberes a las compañías aseguradoras con miras a garantizar que se mantengan las condiciones inicialmente pactadas y que, en caso de duda, la interpretación de las cláusulas contractuales sea la más favorable al interesado. Estos deberes se resumen en: (i) claridad, (ii) información, (iii) confirmación y (iv) lealtad, que debe existir por parte de la aseguradora y del tomador en el momento de la suscripción de la póliza. Los deberes antes enunciados fueron establecidos y definidos en la (Sentencia T-316, 2015)

**Claridad:** hace referencia a las cláusulas contractuales. La póliza debe estar escrita en un lenguaje accesible para la parte interesada y contener conceptos precisos, para que no se presenten confusiones en la aplicación de sus cláusulas.

**Información:** la aseguradora debe suministrarle al tomador en forma completa las condiciones, coberturas y exclusiones del seguro. Este deber incluye la asesoría en todas las etapas del trámite, inclusive en la reclamación cuando se materializa el riesgo asegurado.

**Confirmación:** consiste en la necesidad de corroborar la información suministrada por el tomador del seguro, por medio de la realización de exámenes médicos o la exigencia de aportar su historia clínica o exámenes recientes sobre pruebas clínicas que considere necesarias.

**Lealtad:** se traduce en que en el marco de la relación contractual cada parte cumpla sus deberes conforme fueron pactados originalmente, sujetándose al principio de buena fe en las actuaciones que desplieguen, con miras a no afectar los derechos fundamentales de la contraparte.

### **9.5 Deber de practicar exámenes médicos por parte de entidades aseguradoras.**

Según criterio de la Corte Constitucional, las aseguradoras en los contratos de vida grupo deudores tienen la obligación de realizar exámenes médicos con anterioridad a la suscripción del contrato, con el objetivo de determinar de forma real y objetiva la situación de salud del tomador y en caso de que no se practiquen, la aseguradora tiene la obligación de probar la mala fe del tomador. Conforme a lo anterior, si el asegurador conocía, podía conocer o no demuestra los hechos que dan lugar a la supuesta reticencia, no podrá eximirse de la obligación del pago del seguro.

A este respecto en (Sentencia T-832, 2010), la Corte Constitucional manifestó:

*“la autonomía contractual que rige las actividades económicas, no es absoluta, por lo cual debe desarrollarse en el respeto y dentro de los límites de los principios y valores constitucionales. Así, desconocerlos “supone la inobservancia del marco legal en el que las referidas condiciones contractuales pueden hacerse efectivas y trae como consecuencia privilegiar en su aplicación tales acuerdos de voluntades frente a los principios constitucionales, aún a costa de las garantías y respeto de los derechos fundamentales que puedan verse comprometidos. Esa situación a la luz de la Constitución resulta impropia, ya que el Estado debe proteger los derechos básicos de los individuos que conforman su conglomerado social.*

*En el caso objeto de estudio, la Sala de Revisión encuentra que Colseguros S.A. fue negligente al omitir realizar los respectivos exámenes médicos o exigir la entrega de unos recientes, para así determinar el estado de salud de la peticionaria. Por ese motivo, no es posible que ante la ocurrencia del riesgo asegurado, alegue que la enfermedad que lo ocasionó es anterior al ingreso de la señora Gloria Margoth Turriago Rojas a la póliza de vida grupo deudores.”<sup>9</sup>*

En este sentido se debe concluir que es necesario para probar la reticencia por parte de las aseguradoras y demostrar que el tomador actuó de mala fe al momento de suscribir el contrato de seguro de vida, en cuanto a las preexistencias se refiere, realizar los exámenes médicos o exigir la entrega de unos recientes, para así verificar el verdadero estado de salud del futuro asegurado.

---

<sup>9</sup> Posición que sido reiteradas en otras sentencias Corte Constitucional Sentencia T-830 /2014 – y T-393/2015 en la que las dos reglas aplicables en caso de reticencia:” i) en primer lugar, el deber de la aseguradora de practicar el examen médico de ingreso, y ii) la obligación de probar la mala fe del tomador respecto del supuesto ocultamiento de la información. Teniendo en cuenta que dichos elementos no fueron probados, la Sala resolvió conceder la protección de los derechos de la tutelante. (Sentencia T-393, 2015)

## 9.6. Principio Pro homine.

Este principio como la ha indicado la Corte Constitucional en su jurisprudencia *“impone la interpretación de las normas jurídicas que sea más favorable al hombre y sus derechos, esto es, la prevalencia de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales consagrados a nivel constitucional”* (Sentencia T-171, 2009)

La Corte Constitucional en (Sentencia T-751, 2012), refiere que en casos difíciles donde no está demostrada una negligencia por parte de quien toma el seguro, debe aplicarse el principio *pro homine* ante las dudas sobre las condiciones del contrato de seguro, en caso de preexistencia que involucran a personas con discapacidad o debilidad manifiesta. Así lo manifestó:

*“Ante la duda sobre el conocimiento de una preexistencia por parte de la peticionaria al momento de declarar, debe adoptarse la posibilidad hermenéutica de la situación fáctica que le conceda un mayor rango de eficacia a sus derechos (principio pro homine), especialmente si se toma en cuenta que el crédito que respalda la póliza de seguros en cuestión es de carácter hipotecario y que actualmente no cuenta con posibilidad de acceder a puestos de trabajo, en virtud de su discapacidad”*

### **9.7 Parámetros establecidos para la aplicación de exclusión de cobertura por enfermedades preexistentes por parte de las Entidades aseguradoras en los contratos de seguros de personas.**

Este punto fue tratado por la Corte Constitucional de manera especial en (Sentencia T-222, 2014), en la cual expresó varias consideraciones en relación con el concepto de reticencia y preexistencia.

Indicó en primer lugar que la preexistencia es un concepto objetivo, mientras que la reticencia es un concepto subjetivo y en ciertos eventos la preexistencia puede considerarse como una reticencia, como en aquellos en donde el tomador tiene conocimiento de hechos que pueden hacer más onerosa la póliza y en este sentido se abstiene de declararlos.

Además expuso que existen eventos en los que el tomador de la póliza no declara hechos preexistentes por no tener conocimiento de ellos, como aquellos relativos a enfermedades silenciosas o progresivas, en los que el adquirente no tenía posibilidad de tener pleno conocimiento de las circunstancias, caso en el cual el tomador no actuó de mala fe y por ello sería desproporcionado imponerle una carga que no puede cumplir, como sería informar sobre hechos desconocidos.

La Corte Constitucional estableció, además, que no se debe alegar la figura de la preexistencia cuando la aseguradora ha incumplido con los cuatro deberes que ha fijado en sus sentencias de tutela, frente a la carga de comprobación, esto es, la necesidad de

verificar de lo señalado por el tomador o asegurado al momento de adquirir la póliza de seguros en particular el deber de confirmación.

Al respecto indicó:

*“Con base en las anteriores consideraciones, la Sala estima que carece de fundamento constitucional la objeción a una reclamación de reconocimiento de una póliza de seguro de vida grupo deudores o a una solicitud para hacer efectiva un amparo indemnizatorio, cuando el interesado padece una incapacidad permanente o se ha producido su muerte, bajo el argumento de que hubo reticencia en declarar una situación de salud consolidada con anterioridad a la vigencia del contrato, con fundamento en cláusulas genéricas y ambiguas que excluyen la cobertura de cualquier tipo de preexistencia, y cuando la empresa aseguradora ha incumplido los deberes correlativos con respecto al tomador, especialmente el de confirmación.” ( Sentencia T-024, 2016)*

En cuanto a las preexistencias, manifiesta ese Tribunal que las compañías de seguros actúan negligentemente si no realizan los exámenes médicos o exigen la entrega de unos recientes para así verificar el verdadero estado de salud del asegurado. En suma, a pesar de existir enfermedades previas a la celebración del contrato, no informan sobre aquellas no implica reticencia porque el deber de buena fe consistente haber indagado sobre ellas, estaría en cabeza de la compañía de seguros. Por esta razón en criterio de ese Tribunal, es claro que la preexistencia no siempre será sinónimo de reticencia:

*“En efecto, como se mencionó, la reticencia implica mala fe en la conducta del tomador del seguro. Eso es lo que se castiga. Por su parte, la preexistencia es un hecho objetivo. Se conoce sin que haya sido de mala fe. La preexistencia siempre será previa, la reticencia no” ( Sentencia T-670 , 2016)*

A modo de conclusión, la Corte ha establecido que la carga de la prueba de las preexistencias recae en cabeza de las aseguradoras, quienes no podrán alegarlas si no solicitaron un examen médico previo o si no cumplen con los deberes derivados de la carga de comprobación y no demuestran la mala fe de tomador por la omisión de información en que haya incurrido.

## CONCLUSIONES.

De acuerdo con el legislador colombiano, el artículo 1058 del Código de Comercio establece que la declaración del estado del riesgo es una “obligación” de carácter precontractual que se encuentra a cargo del futuro asegurado en el contrato de seguro, si bien es más preciso hablar de “carga” por cuanto su cumplimiento no puede exigirse coercitivamente, la cual tiene como propósito que el asegurador conozca de manera fidedigna el estado del riesgo con base en la declaración que le brinda el tomador para decidir con base en ello si acepta celebrar o no el contrato de seguro.

La obligación de declarar sinceramente el estado del riesgo se aplica con mayor exigencia en el contrato de seguro que en otros contratos, por cuanto el asegurador forma su consentimiento para la celebración del contrato con la información que efectúa el futuro asegurado o tomador.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1058 del Código de Comercio, no toda reticencia e inexactitud es sancionada con la nulidad relativa del contrato de seguro, sino solo aquella que sea relevante, es decir, que verse sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas.

La declaración del estado del riesgo al asegurador puede darse a través de cuestionario o de manera espontánea por parte del tomador del seguro. En caso de que el

asegurador no haya propuesto un cuestionario será más difícil probar la mala fe del tomador y por lo tanto alegar la nulidad del contrato de seguro.

En materia de seguro de personas existen excepciones frente a las sanciones previstas por el legislador en el artículo 1058 del Código de Comercio, que se predicen ya sea frente a la severidad de la sanción prevista en la norma o delimitan su temporalidad las cuales corresponden a la irreductibilidad del seguro y a la inexactitud respecto de la edad.

La Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha condicionado la aplicación de la figura de la nulidad del contrato de seguro consagrada en el artículo 1058 del Código de Comercio, desconociendo el espíritu del legislador y de lo establecido por ese mismo tribunal en su sentencia C-232-97, con fundamento en que la alegación de la reticencia e inexactitud constituye *“una agravación objetiva del riesgo, sin que se haga alusión en aquella norma a que dicha omisión en el suministro de información, deba tener relación de causalidad alguna frente a lo que más adelante configure el siniestro”* (Zarante B., Constitucionalización y protección de derechos fundamentales en el contrato de seguro: Análisis jurisprudencial-Corte Constitucional de Colombia., 2016, pág. 249)

El legislador de acuerdo a lo consignado en el artículo 1158 del código de Comercio, estableció que a pesar de no existir un examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las sanciones del artículo 1058 del código de comercio. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha modificado el sentido de esta norma por cuanto ha trasladado al asegurador la verificación del estado del riesgo y exigido la práctica de exámenes médicos previos a la expedición del seguro. .

La Corte Constitucional ha señalado en sus sentencias de tutela que la buena fe en el contrato de seguro no solo se predica del tomador o asegurado sino de las dos partes del contrato, ya que al ser un contrato de adhesión la aseguradora tiene la carga de consignar en el texto de la póliza, de manera clara y expresa, las exclusiones o preexistencias, entendidas como aquellas enfermedades o afecciones que ya venían aquejando al paciente al momento de suscribir el contrato, respecto de las cuales no se daría cubrimiento alguno.

Conforme a los criterios de la Corte Constitucional, la acción de tutela es procedente en materia de seguros de personas cuando existe vulneración de derechos fundamentales a la vida, mínimo vital, vivienda digna, igualdad, debido proceso y seguridad social.

La acción de tutela es un mecanismo constitucional de protección de derechos fundamentales subsidiario a los medios ordinarios de defensa judicial, el cual puede ser interpuesto por sujetos de especial protección constitucional en situación de discapacidad, siempre que tengan una discapacidad superior al 50%, cuyo fin no sea de interés patrimonial y carezcan de recursos económicos para sufragar sus gastos.

La exigencia de la Corte Constitucional a las Compañías aseguradoras de realizar exámenes médicos a todas las personas que pretender adquirir seguros de vida para conocer su verdadero estado de salud, pues de lo contrario no podrán alegar que hubo

reticencia, desconoce la dinámica de expedición de los contratos de seguro que frecuentemente se realiza de modo masivo.

La Corte Constitucional, a través de sus sentencias ha constitucionalizado y establecido deberes y cargas que no fueron establecidos por el legislador en su espíritu original respecto a la figura de la reticencia e inexactitud.

Coincidimos con la Profesora Gabriela Zarante en que las decisiones de la Corte *contradicen los principios fundamentales del contrato de seguro, pues se termina en últimas otorgando cobertura a hechos ciertos, que por lo tanto desmaterializan el hecho de que exista una obligación condicional, la cual no es otra que asegurar la eventual ocurrencia de un riesgo futuro e incierto en cabeza del asegurador*” (Zarante B., 2016, pág. 248)

De acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional, para poder alegar la exclusión de enfermedades preexistentes indicadas en los condicionados del contrato de seguro, debe probarse mala fe por parte del tomador y así mismo debe haberle realizado exámenes médicos al ingreso al seguro al futuro asegurado o exigirle la entrega de unos recientes.

## BIBLIOGRAFÍA

- Barrera, T. C. (1995). *Las obligaciones en el derecho moderno*,. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Bustamante, F. J., & Uribe, O. A. (1998). *Principios Jurídicos Del Seguro*. . Colombo Editores.
- Diccionario de la Real Academia Española. (s.f). Recuperado el 9 de enero de 2014, de <http://lema.rae.es/drae/?val=motivar>>.
- Hinestrosa, F. (2002). *Tratado de las obligaciones , Universidad Externado de Colombia*.pp. 42. Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, F. (2007). El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo. *Revista Ibero-Latinoamericana de seguros*,
- Jaramillo J., C. I. (2001). Configuración de la reticencia y de la inexactitud en la declaración del estado del Riesgo - somero examen de los presupuestos esenciales exigidos por la legislación colombiana. *Revista Ibero Latinoamericana de seguros*, 68-88.
- Jaramillo, J C. I. (2012). *Derecho de Seguros, Temis* , Bogotá: Temis.
- Jaramillo, J. C.I (2013). *Derecho de Seguros*. Bogotá: Editorial Temis.
- Londoño, B. A. (1980). *La nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia o inexactitud (Tesis de Pregrado)*. . Universidad Externado de Colombia. .
- Lopez Blanco, H. F. (2010). *Comentarios al contrato de Seguro*. Dupre Editores.
- Lopez, B. F. (2004). *Comentarios al contrato de Seguro*. Dupre Editores.
- Medina, M. S., & Reina, P. W. (2004). *Reticencia e inexactitud en el contrato de Seguro (Tesis de Pregrado)*. . Pontificia Universidad Javeriana. .
- Navia, A. F. (2009). *La reticencia como forma de dolo-vicio de la voluntad (Tesis de doctorado)* . Universidad Externado de Colombia.
- Ordoñez, O. A. (2005). El tratamiento civil de la mala fe del asegurado en el contrato de seguro\*. *REVISTA@ e - Mercatoria*, 4(2).
- Ordoñez, O. A. (2008). *Las obligaciones y Cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ortiz, M. A. (2007). *Manual de Obligaciones*. Temis.

- Ossa G, J. E. (1984). *Teoría general del Seguro*. Temis.
- Ossa, E. (1963). *Tratado elemental de seguros*,. Bogotá: Ediciones Lerner.
- Palacio, S. F. (2012). *El seguro causas y soluciones de los conflictos entre asegurados y aseguradores con ocasión del siniestro*. . Grupo Editorial Ibañez.
- Pineda Calle, F. E. (2013). *La transgresión del deber de buena fe del tomador del seguro en la declaración del estado del riesgo Su incidencia en la validez del contrato y en el nacimiento de una obligación indemnizatoria*. Bogotá: Universidad Externado.
- Proyecto de Reforma al código de comercio Bogotá, (Ministerio de Justicia 1958).
- Zarante B., G. (2016). Constitucionalización y protección de derechos fundamentales en el contrato de seguro: Análisis jurisprudencial-Corte Constitucional de Colombia,. *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, 45, 237.

### ***Jurisprudencia***

- Sentencia T-832, expediente T-2704588 (Corte Constitucional; M.P. Nilson Pinilla Pinilla 21 de octubre de 2010).
- Sentencia T-834, Expediente T-4395453 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio 11 de noviembre de 2011).
- Sentencia T-875, expediente T-1388926 (Corte Constitucional, M.P. Nilson Pinilla Pinilla 26 de octubre de 2006).
- Sentencia de mayo 19, Expediente 4923 (Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente Dr. José Fernando Ramírez. 1999).
- Sentencia del 3 de mayo de 2000. (Corte Suprema De Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Magistrado Ponente Dr. Nicolás Bechara Simancas 2000).
- Sentencia T 086, Expedientes T-3.185.418, T-3.191.366 y T-3.205.706 (acumulados) (Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto 16 de febrero de 2012).
- Sentencia T-024, Expedientes acumulados T-5158888, T-5109049, T-5189828, T-5201723 y T-5201786, (Corte Constitucional. Sala primera de revisión, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa 2 de febrero de 2016).
- Sentencia T-136 , Expediente T- 3.686.439, (Corte Constitucional.Sala quinta de revisión, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. 13 de marzo de 2013).

- Sentencia T-167, Expedientes T-2813791 y T-2843743 (Corte Constitucional, M.P. Dr. Juan Carlos Henao Pérez 11 de marzo de 2011).
- Sentencia T-589 , Expedientes T-2958719, T-3022936, T-3027110. (Corte Constitucional. Sala Novena De Revisión, M.P.Dr. Luis Ernesto Vargas Silva 4 de agosto de 2011).
- Sentencia T-670 , Expedientes T- 5.695.293 y T-5.697.685 (acumulados), (Corte Constitucional. Sala sexta de revisión, M.P.-. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. 30 de noviembre de 2016).
- Sentencia T-832, Expediente T-2704588, (Corte Constitucional. Sala sexta de revisión. M.P. Nilson Pinilla Pinilla 21 de octubre de 2010).
- Sentencia T-875, Expediente T-1388926 (Corte constitucional. Sala segunda de revisión,, M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla 26 de octubre de 2006).
- Sentencia C-232, expediente 1485 (Corte Constitucional, M.P. Jorge Arango Mejia 15 de mayo de 1997).
- Sentencia C-640 (Corte Constitucional, M.P. Dr. Mauricio Gonzalez Cuervo 18 de agosto de 2010).
- Sentencia de 19 de abril de 1990, Expediente 4923 (Corte Suprema De Justicia 19 de abril de 1990).
- Sentencia T - 770, expediente T-5.089.723 AC. (Corte Constitucional, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub 16 de diciembre de 2015).
- Sentencia T -222, Expedientes T-4143382, T-4148791, 4143384 (Corte Constitucional, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva 2 de abril de 2014).
- Sentencia T 770 -2015 , Expediente T-5.089.723 (Corte Constitucion. IM.P.Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. 2015).
- Sentencia T-171, Expediente T-2.029.353 (Corte Constitucional. Sala octava de revisión,, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. 18 de marzo de 2009).
- Sentencia T-222, Expedientes T-4143382, T-4148791, T-4143384 (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. 2 de Abril de 2014).
- Sentencia T-222, expedientes T-4143382, T-4148791, T-4143384. (Corte Constitucional, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 2 de abril de 2014).
- Sentencia T-282 , Expediente T-5357716 M. P (Corte Constitucional. Sala quinta de revisión, Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado 1 de junio de 2016).
- Sentencia T-316, Expedientes T-4698859, T-4712587, T-4707706, T-4708930, (Corte Constitucional. Sala primera de revisión, M.P. Maria Victoria Calle Correa. 22 de mayo de 2015).

- Sentencia T-316, expedientes T-4698859, T-4712587, T-4707706 y T-4708930. (Corte Constitucional, M.P. Maria Victoria Calle Correa 22 de mayo de 2015).
- Sentencia T-393, Expediente T-4364909 (Corte Constitucional. Sala novena de revisión,, M.P. Myriam Ávila Roldán. 30 de junio de 2015).
- Sentencia T-406, Expediente T-999473, (Corte Constitucional. Sala cuarta de revisión, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño 15 de abril de 2005).
- Sentencia T-428, Expediente T-4.824.806. (Corte Constitucional. Sala segunda de revisión. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo 8 de julio de 2015).
- Sentencia T-490, Expediente T-2222600 (Corte Constitucional. Sala tercera de revisión. M.P Luis Ernesto Vargas Silva. 23 de julio de 2009).
- Sentencia T-490, Expediente T-2222600 (Corte constitucional,M.P. Luis Ernesto Vargas Silva 23 de julio de 2009).
- Sentencia T-517 (Corte Constitucional, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo. julio de 2006).
- Sentencia T-517, T-1308125 (Corte Constitucional, M.P: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra 2006 de julio de 2006).
- Sentencia T-651, Expediente T-2303380 (Corte Constitucional. Sala Tercera De Revisión. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. 17 de septiembre de 2009).
- Sentencia T-662, Expediente T-3.921.594 (Corte Constitucional. Sala novena de revisión. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva 23 de septiembre de 2013).
- Sentencia T-662, Expediente T-3.921.594 (Corte Constitucional, M.P. Luis ernesto Vargas Silva 23 de septiembre de 2013).
- Sentencia T-668, Expediente T-1545105 (Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. M.P Dra. Clara Inés Vargas Hernández. 30 de agosto de 2007).
- Sentencia T-738, Expediente T-3.072.198 (Corte constitucional. Sala segunda de revisión, . M.P: Dr. Mauricio González Cuervo septiembre de 29 de 2011).
- Sentencia T-738, Expediente T-3.072.198 (Corte Constitucional, M.P. Dr. Mauricio Gonzalez Cuervo 29 de septiembre de 2011).
- Sentencia T-751, Expedientes T-3464362 y T-3478279, (Corte Constitucional. Sala primera de revisión. M.P. María Victoria Calle Correa. 26 de septiembre de 2012).
- Sentencia T-751, expedientes T-3464362 y T-3478279 (Acumulados) (Corte Constitucional, M.P. Maria Victoria Calle Correa 26 de septiembre de 2012).

Sentencia T-832, Expediente T-2704588 (Corte Constitucional. Sala sexta de revisión, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. 21 de octubre de 2010).