

AIDA - CONGRESO DE RÍO DE JANEIRO 2018
LA OBLIGACIÓN DE REVELAR INFORMACIÓN EN EL SECTOR DE LOS
SEGUROS

Presidenta: Peggy SHARON

Por favor conteste a las preguntas y aclare si sus repuestas se basan en legislación, decisiones judiciales o directivas de una autoridad reguladora o supervisora.

Por último, se apreciarán observaciones y comentarios desde su punto de vista.

CUESTIONARIO

Diligenciado por Nicolás Uribe Lozada, Secretario Ejecutivo de Acoldece – Sección Colombiana de AIDA.

1. La obligación de revelar información sobre el asegurado antes del contrato

Es importante previo a dar respuesta a las preguntas formuladas en el primer punto del cuestionario, indicar que el deber de declaración sincera sobre el estado del riesgo por parte del candidato a tomador del seguro ante el asegurador se encuentra regulado en extenso por el artículo 1058 del Código de Comercio, norma que es aplicable, tanto a los seguros de daños como a los seguros de personas.

Dice el artículo en mención:

“Art. 1058.- El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

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

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

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

De tal suerte, la legislación colombiana impone en cabeza del candidato a tomador del seguro el deber de declarar sinceramente sobre el estado del riesgo, previo a la celebración del contrato de seguro. Dicha declaración puede ser dirigida (cuando la compañía de seguros ha suministrado un cuestionario) o puede ser espontánea cuando simplemente no se entrega ninguna guía al tomador para que este declare sobre el estado del riesgo del objeto o sujeto que se desea proteger.

a) Interpretación jurisprudencial clásica del artículo 1058 del Código de Comercio

El artículo 1058 ha sido objeto de control constitucional por parte de nuestro Máximo Tribunal (Corte Constitucional), quien en fallo C-232 de 1997¹ declaró su exequibilidad plena por cuanto indicó que los deberes y cargas impuestos por parte del legislador al candidato a tomador del seguro no son desproporcionados ni cercenan el derecho a la igualdad, sino por el contrario buscan proteger la actividad aseguradora entendida como un todo y, muy especialmente, al fondo común creado con los aportes (primas) de los asegurados, que tiene por misión atender el pago de futuros siniestros².

Siendo la actividad aseguradora una operación económica que se desarrolla en forma masiva es indispensable realzar el principio de la buena fe, que para el seguro debe ser máximo, catalogado como ubérrimo, y permitir de esa manera, que la compañía de seguros pueda suscribir contratos simplemente confiando en la palabra de sus clientes, por cuanto, resulta materialmente imposible la inspección previa de todas y cada uno de los objetos o sujetos asegurables (riesgos) previo a la contratación de cada seguro.

Con base en lo anterior, resulta totalmente proporcionado que la reticencia e inexactitud culpable en la que incurra el candidato a tomador en la declaración del estado del riesgo sea sancionada con nulidad relativa del contrato de seguro (con efectos retroactivos o ex tunc), para aquellos eventos en los cuales de haber conocido el real alcance del riesgo la compañía de seguro se hubiera abstenido de celebrar el contrato o lo hubiera hecho en condiciones más onerosas.

En ese mismo fallo la Corte Constitucional, afirmó que, siendo el vicio del consentimiento generado al momento de la contratación misma del seguro, momento en el que se rompe la proporción o ecuación prima: riesgo (condiciones económicas del contrato y el real estado del riesgo), resulta indiferente si a la postre existe un nexo causal o alguna relación o vinculación entre la reticencia o inexactitud incurrida por el tomador y la causa que dio origen al siniestro. Dado que la nulidad se produce desde el inicio y bien puede ser declarada judicialmente a petición de parte, incluso antes de que se hubiera producido siniestro alguno.

De otra parte, es pertinente mencionar que a pesar de las críticas suscitadas entre los doctrinantes patrios, en alguna ocasión la Corte Suprema de Justicia³, manifestó que es posible que, a pesar de la existencia del deber de declarar el estado del riesgo por parte del tomador, la compañía de seguros exima de dicha carga al tomador y decida

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-232 de 1997. Fallo del 15 de mayo de 1997. MP Jorge Arango Mejía.

² Es importante mencionar que previo a proferir el fallo de la referencia, la Corte Constitucional, solicitó a Acoldece, que emitiera su concepto en torno a la exequibilidad o no del artículo en mención. La Asociación respondió oportunamente dicha invitación mediante un escrito que fue elaborado por el entonces Presidente Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, cuya intervención escrita fue publica íntegramente en la revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 11. Pontificia Universidad Javeriana. 1998. Págs. 273 y ss.

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil sentencia del 19 de mayo de 1999 exp 4923. Publicada en el Informativo Jurídico de Fasecolda, N° 121. Pág 19.

contratar sin haber recibido ninguna declaración sobre el estado del riesgo, razón por la que posteriormente no podrá buscar la nulidad del contrato alegando la falta de declaración sincera del estado del riesgo por cuanto renunció a ella.

Dicho punto no ha sido pacífico, porque el artículo 1058 en Colombia es una norma imperativa que no puede pactarse en contrario (salvo lo que se encuentra dispuesto en el inciso tercero, que puede ser modificado en favor del asegurado), sin embargo, siendo la compañía de seguros un profesional en la asunción de riesgos no parece razonable que a pesar de incurrir en una ligereza pueda posteriormente, alegar para su beneficio su propia culpa o negligencia.⁴

Al respecto, el profesor Torres Fernández de Castro manifestó⁵:

“Cabe preguntarse qué ocurre en los casos en que, simplemente, no hay declaración, es decir, que el asegurador no indagó sobre el estado del riesgo. Sobre el particular se pronunció la Corte Suprema de Justicia, la cual expresó que en este caso “debe entenderse la manifestación tácita de la aseguradora de asumir el riesgo, cualquiera que sea la probabilidad de daño que gravite sobre el interés asegurado. En otras palabras, en tal evento no se puede predicar nulidad por reticencia, ni mucho menos por inexactitud, ni tampoco es posible la reducción de la prestación a cargo del asegurador. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil sentencia del 19 de mayo de 1999 exp 4923. Publicada en el Informativo Jurídico de Fasecolda, N° 121. Pág 19). (...)

Si el deber del tomador, concretado en los incisos 1°, 2° y 4°, es inmodificable, parecería que no le es dado al asegurador prescindir de la exigencia de la declaración, que está establecida en su interés, que apunta a la defensa de la actividad aseguradora. Pero sí prescinde de ella, ¿cómo puede luego prevalecerse de haber renunciado a informarse? Y ¿qué ocurriría en la eventualidad de que el asegurador concluya el seguro y permite al tomador cumplir posteriormente con el deber de declarar, si es que aún le interesa que se cumpla?

El régimen de protección al asegurador, derivado de la reticencia o la inexactitud, que presuponen declaración, es más severo cuando existe cuestionario que cuando no media. Al no haberla, por su propia decisión, lo lógico es que asuma las consecuencias de su accionar porque a él le asiste la carga -ahí sí- de indagar sobre el estado del riesgo. Cuando renuncia a informarse está asumiendo el riesgo tal cual esté, se está allanando a lo que exista, con el riesgo de desquiciar su operación, pero es su decisión. La restricción mencionada acerca de la imposibilidad de modificar el artículo en los tres incisos apunta a no hacer más gravosa la posición del candidato a tomador como pudiera ser pactar que cualquier reticencia o inexactitud derivara en nulidad o en reducción de la prestación, sin importar si hubiera o no retraído al asegurador de celebrar el contrato, si provenía de culpa, etc., y apunta también a la defensa de la institución aseguradora. Pero no puede implicar protección para el asegurador cuando éste obra negligentemente al no requerir la declaración.”

⁴ Sobre sus reservas en relación con la premisa planteada por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 19 de mayo de 1999, pueden consultarse. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés E. “Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro, y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro”. En: Estudios de Seguros. Universidad Externado de Colombia. 2012. Pág. 136; y NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual en la actividad aseguradora”. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. N° 19. Pontificia Universidad Javeriana. 2003. Págs. 125 y ss.

⁵ TORRES FERNÁNDEZ DE CASTRO, José Fernando. Deberes de información en la etapa precontractual a cargo del asegurador y del candidato a tomador. En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros N° 19. Pontificia Universidad Javeriana. 2003. Págs. 187 y ss.

b) Recientes tendencias de interpretación jurisprudencial constitucional del artículo 1058 del Código de Comercio

No obstante, la exequibilidad constitucional del art. 1058, en fallos posteriores en sede de acciones de tutela (recurso de amparo constitucional para la protección excepcional de derechos fundamentales), las Salas de Revisión de la Corte Constitucional, en casos específicos relacionados con seguros de salud y de vida grupo deudores, en los cuales se alegaba la vulneración por conexidad del derecho a la vida, vivienda digna y mínimo vital, dieron un giro en la interpretación y aplicación de dicho artículo 1058 del Código de Comercio.

Ha habido algunos fallos de tutela en los cuales se han protegido los derechos fundamentales a la vida y mínimo vital,⁶ en los que se ha afirmado que para que proceda la nulidad relativa del contrato de seguro de vida grupo deudores, en razón a una reticencia o inexactitud por parte del tomador/asegurado, no basta con que el asegurador haya demostrado que dicha falencia en la declaración sincera del estado del riesgo efectivamente se produjo, sino que es necesario, además, que acredite la mala fe del tomador/asegurado para que sea procedente la nulidad. Exigencia este de que no está expresamente prevista en el artículo 1058 del Código de Comercio, que sólo exige la presencia de un error culpable por parte del candidato a tomador, pero en ningún caso la acreditación de la intención de engañar a la compañía de seguros por parte del tomador.

El anterior criterio jurisprudencial de las Salas de Revisión de la Corte Constitucional se aparta del tenor literal del artículo 1058 del Código de Comercio, dado que la nulidad relativa del contrato por inexactitud o reticencia del tomador, sólo cabría en aquellos eventos en los que se verificara el dolo en cabeza del tomador (es decir cuando tiene la manifiesta intención de engañar o defraudar a la compañía de seguros). Bajo este mismo esquema de interpretación, los jueces en fallos de tutela igualmente dejan sin aplicación lo previsto en el tercer inciso del artículo 1058, porque las omisiones o defectos inculpables en la declaración del riesgo incurridos por parte del tomador no recibirían sanción alguna.

Dijo la Corte Constitucional en la sentencia T-222 de 2014⁷:

“En síntesis, la reticencia significa la inexactitud en la información entregada por el tomador del seguro a la hora de celebrar el contrato. Esta figura es castigada con la nulidad relativa. En otros términos, sanciona la mala fe en el comportamiento del declarante. Ello implica que, (i) no necesariamente los casos de preexistencias son sinónimo de reticencia. El primer evento es objetivo mientras que el segundo es subjetivo. Por tal motivo, (ii) es deber de la aseguradora probar la mala fe en los casos de preexistencias, pues solo ella es la única que sabe si ese hecho la haría desistir de la celebración del contrato o hacerlo más oneroso. En todo caso (iii), no será sancionada si el asegurador conocía o podía conocer los hechos que dan lugar a la supuesta reticencia.”

Como puede apreciarse la Corte no sólo integra en uno solo, dos conceptos diferentes: los de reticencia e inexactitud⁸, sino que adicionalmente se aparta del

⁶ Se pueden mencionar los siguientes fallos de tutela: T-832 de 2010; T-1018 de 2010; T-751 de 2012; T-342 de 2013, T-222 de 2014; T-393 de 2015; T- 240 de 2016 y T-282 de 2016

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2014 del 2 de abril de 2014. MP. Luis Ernesto Vargas Silva

⁸ En efecto los vocablos reticencia e inexactitud no son sinónimos. Al respecto el maestro J. Efrén Ossa en su obra sobre el contrato de seguro indicó: “La inexactitud presupone una conducta activa del tomador e implica discordancia objetiva entre la declaración expresada (la absolución afirmativa o negativa de una

contenido del literal del artículo 1058 del C. de Co., el cual incorporaba una misma sanción cuando la indebida declaración del estado del riesgo se hubiera producido por dolo (mala fe) o simplemente por culpa no excusable del tomador.

De otra parte, en recientes fallos de tutela proferidos por la Salas de Revisión de la Corte Constitucional⁹, apartándose igualmente de lo dicho en la sentencia C-232 de 1997 y del tenor literal del artículo 1058 del Código de Comercio, se ha indicado que, para que sea aplicable la sanción por nulidad relativa en caso de reticencia o inexactitud, debe existir un vínculo de causalidad entre la información no declarada o declarada inexactamente a la compañía de seguros y la causa que produjo el siniestro. De tal suerte que, si una persona fue reticente o imprecisa al momento de declarar su condición física y de salud al contratar el seguro, pero muere por causa accidental y no por razón de la patología que no reveló, no sería procedente al momento del siniestro que la compañía de seguros niegue el pago de la indemnización alegando la nulidad relativa del contrato seguro en razón de la reticencia en la declaración del estado del riesgo.

Al respecto, se indicó en la sentencia T-282 de 2016¹⁰:

“Es por esto que, en caso de que la aseguradora alegue la existencia de la figura de la “reticencia”, deberá demostrar el nexo de causalidad entre la preexistencia aludida y la condición médica que dio origen al siniestro, de forma clara y razonada, y con fundamento en las pruebas aportadas en el expediente. De esta manera, la aseguradora es la parte contractual que tiene la carga de probar dicho elemento objetivo para efectos de exonerarse de su responsabilidad en el pago de la indemnización.

El hecho de que la carga de la prueba de la relación de causalidad entre la preexistencia alegada y la ocurrencia del siniestro recaiga en la aseguradora previene que los usuarios reciban objeciones por razón de preexistencias que en nada inciden con la ocurrencia del siniestro. Esta medida tiene como propósito evitar que las aseguradoras adopten una posición ventajosa y potencialmente atentatoria de los derechos fundamentales de los tomadores, los cuales se encuentran en una especial situación de indefensión en virtud de la suscripción de contratos de adhesión.

*Ahora bien, la Sala resalta que, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la aseguradora que alega reticencia, además de probar este elemento objetivo: a saber, el nexo de causalidad entre la preexistencia alegada y la ocurrencia del siniestro, tiene la obligación de probar el elemento subjetivo, esto es, la mala fe del tomador. **En consecuencia, la aseguradora tiene una doble carga: i) por un lado, probar que existe una relación inescindible entre la condición médica preexistente y el siniestro acaecido, y ii) por otro, demostrar que el tomador actuó de mala fe, y que voluntariamente omitió la comunicación de dicha condición.**” (Se resalta fuera del texto original)*

pregunta, la afirmación o negación espontáneas de un hecho) y la realidad del hecho o circunstancias sobre que ella recae. La reticencia, en cambio, entraña, por definición, una conducta pasiva: es el silencio, es la omisión, el encubrimiento de un hecho o circunstancia sobre los cuales se ha reclamado la atención del tomador o cuya importancia ha debido motivar su declaración espontánea.” OSSA GÓMEZ, J. Efrén. Teoría General del Seguro – El Contrato. Ed. Temis. 1991. Pág. 330.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 2016 del 16 de mayo de 2016. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Sentencia T-282 de 2016 del 1 de junio de 2.016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-282 de 2016 del 1 de junio de 2.016. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Así las cosas, en materia de seguros de personas: de vida, accidentes personales, incapacidad total y permanente y, salud, especialmente en aquellos seguros colectivos contratados mediante la participación de una entidad financiera para proteger las acreencias a su favor (seguros de vida deudores), cuando se consideran vulnerados derechos fundamentales a la vida, la igualdad, la vivienda digna, el mínimo vital, de manera excepcional se ha consolidado una reciente línea jurisprudencial en la cual la Corte Constitucional no aplica en forma literal el artículo 1058 del Código de Comercio, sino que se inclina por la protección del consumidor de seguros quien se desconsidera la parte débil y en desventaja que debe ser protegida por la administración de justicia.

Esta misma corriente jurisprudencial ha tenido marcados efectos en lo que respecta a la exigencia de un deber de comprobación o verificación por parte de la compañía de seguros del real estado del riesgo en este tipo de amparos y coberturas, lo cual es una exigencia que no se encontraba originalmente consignada en las leyes colombianas, tal y como se indicará más adelante¹¹.

a. ¿La legislación nacional de su país impone la obligación de responder a las preguntas formuladas al solicitante del seguro/asegurado por el asegurador?

Sí, conforme el artículo 1058 del Código de Comercio, el candidato a tomador del seguro (quien puede ser el mismo asegurado o un sujeto diferente cuando se trata de un seguro tomado por cuenta de un tercero) debe declarar en forma sincera el estado del riesgo. Como se indicó atrás dicha declaración puede hacer en forma dirigida (cuando la aseguradora provee un formulario de preguntas) o de manera espontánea cuando no se entregue el mismo por parte de la compañía de seguros.

El hecho de que la aseguradora haya suministrado un cuestionario que debe ser respondido por parte del candidato a tomador, genera unos efectos prácticos importantes que procedemos a destacar:

- Se presume (sin perjuicio de que pudiera probarse en contrario por parte del tomador y/o asegurado y/o beneficiario) que las preguntas que se incluyen en el cuestionario son determinantes para efectos de que la compañía de seguros forme su juicio en torno a la celebración o no del contrato de seguro o su celebración en condiciones más gravosas.

Es decir, se presume que las preguntas se refieren a hechos determinantes para la expresión y formación del consentimiento por parte de la compañía de seguros, de manera que probada la reticencia en las respuestas o la inexactitud culpable por parte del tomador al dar respuesta a las mismas, se entendería que de haber conocido la realidad la aseguradora se hubiera abstenido de contratar o lo hubiera hecho en condiciones económicas más gravosas y por consiguiente sería procedente la declaración de nulidad relativa del contrato de seguros con efectos retroactivos al momento de la celebración del contrato.

- El cuestionario puede contener preguntas referentes a aspectos objetivos o aspectos subjetivos o morales del riesgo. Existiendo omisión de información sobre alguno de esos hechos objetivos o subjetivos o una información imprecisa o inexacta sobre los mismos, se viciaría el consentimiento de la compañía de seguros. Cuando no se provee cuestionario y la declaración es libre y espontánea

¹¹ Artículo 1158 del C. de Co. Art. 1158.- *"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".*

únicamente viciaría el contrato aquellas reticencias o inexactitudes incurridas por el tomador referentes a aquellos aspectos que impliquen una agravación objetiva del estado del riesgo.

Es decir, existiendo un cuestionario sería relevante, para efectos de viciar el contrato, que el tomador hubiera contestado faltando a la verdad por ejemplo que en el pasado sí le habían negado reclamaciones y siniestros presentados, mientras que siendo espontánea la declaración el simple hecho de haber omitido dicha circunstancia no tendría la entidad para que la compañía de seguros pudiera pedir la nulidad relativa del contrato celebrado, así hubiere constatado dicha pretermisión de información, por tratarse meramente de un aspecto subjetivo ligado al riesgo moral del candidato a asegurado el cual sólo debe declararse cuando se incluya dicha cuestión en un formulario de preguntas elaborado por el asegurador.

En resumen, la respuesta es afirmativa, el candidato a tomador está obligado a responder sinceramente el cuestionario que le facilite la compañía de seguros previo a la celebración del contrato.

b. ¿La legislación nacional de su país impone al solicitante del seguro/asegurado la obligación de revelar información por su propia iniciativa? Si es así, ¿en qué circunstancias?

Sí, conforme el artículo 1058 transcrito, el hecho de que la compañía de seguros no haya dispuesto un formulario de declaración del riesgo no exime de responsabilidad al candidato a tomador del seguro para declarar en forma sincera sobre el estado del riesgo. Según indica el inciso segundo del artículo 1058 del Código de Comercio, atrás transcrito: *“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 tal manera, el tomador siempre estará obligado a declarar sobre el estado del riesgo y deberá hacerlo en forma espontánea si la compañía de seguros no le ha suministrado un formulario o cuestionario determinado. Sin embargo, no habiendo un cuestionario sólo serán considerados como hechos y circunstancias relevantes para invalidar el contrato de seguros aquellos que culpable o inexcusablemente el tomador haya omitido revelar o lo haya hecho en forma inexacta siempre que se refieran a aspectos que impliquen una agravación objetiva del riesgo.

De tal manera, cualquier aspecto subjetivo, referente como tal al riesgo moral, que sea omitido o declarado inexactamente no dará pie a la declaración de nulidad del contrato celebrado pues la declaración espontánea del riesgo por parte del tomador se limita a aspecto objetivos relacionados con el riesgo que pretender amparar y no con aquellos referentes a aspectos subjetivos o reputacionales sobre los cuales no debe referirse, salvo que le hubieren sido expresamente cuestionados.¹²

Todo lo anterior, sin perjuicio de lo ya dicho líneas atrás cuando se indicó que la posición jurisprudencial del país es que es posible que la compañía de seguros exima al asegurado/tomador del deber de declarar sinceramente sobre el estado del riesgo y proceda a la suscripción y celebración del contrato de seguro, así no se le hubiere suministrado ninguna información por parte del candidato a tomador, lo cual equivaldría una decisión autónoma, libre y espontánea por parte de la compañía de seguros, que posteriormente, no podrá ser alegada a su favor.

¹² Al respecto ver. OSSA GÓMEZ J. Efrén. Op. Cit. Págs. 329 - 330

2. Alcance de la obligación del solicitante del seguro de revelar información – ¿subjetivo u objetivo?

¿La obligación del solicitante del seguro de revelar información está limitada al conocimiento real del solicitante o incluye también información de la que el (la) solicitante debería haber tenido conocimiento?

La referencia a hechos que conoció o ha debido conocer sólo se realiza en el inciso final del artículo 1058, para referirse al saneamiento de una declaración reticente o inexacta del riesgo por parte del tomador, cuando la compañía de seguros, previo a la celebración del contrato, conoció o ha debido conocer dichos hechos y circunstancias y a pesar de dicho real o presunto conocimiento, sin manifestar objeción alguna, continúa o prosigue con la celebración del contrato haciendo que las sanciones previstas en el artículo 1058 no sean aplicables.

En lo que respecta al candidato a tomador del seguro, en cuanto a si el alcance de su declaración se limita a su conocimiento real o a su conocimiento presunto, es un punto que sólo ha sido tangencialmente abordado por la jurisprudencia y la doctrina nacional, pero sin que se indique expresamente en el artículo 1058 del Código de Comercio, que el tomador deba revelar aquellos hechos que efectivamente conozca y los que hubiera debido conocer.

El hecho de un conocimiento real o presunto por parte del tomador resulta relevante, en nuestro ordenamiento jurídico, a efectos de determinar la sanción procedente, dado que una reticencia o inexactitud culpable del tomador en la declaración del estado del riesgo daría lugar a la nulidad del contrato de seguro, mientras que una omisión o imprecisión inculpable o excusable del tomador en la declaración del estado del riesgo, no sería viciada con una sanción de nulidad. En dicho caso, el contrato sería plenamente válido y sólo habría sanción contra el tomador y/o asegurado en caso de se produjera un siniestro, pues conforme el inciso tercero del art. 1058 del Código de Comercio: *“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...”*

De tal manera, siendo inculpable la reticencia o inexactitud del tomador, el contrato sería plenamente válido y en caso de siniestro se aplicaría una sanción similar a la regla proporcional aplicable en caso de infraseguro “average”.

Ahora bien, volviendo al tópico objeto de la pregunta en cuanto a si el conocimiento del tomador para efectos de determinar si su omisión o inexactitud en la declaración fue culpable o inculpable, debe ser real o presunto, debemos mencionar que en la sentencia C-232 de 1997¹³, la Corte Constitucional, siguiendo la opinión expresada por el maestro J. Efrén Ossa, indicó:

“(...) en este orden de ideas no es razonable sancionar con igual drasticidad los actos intencional o culposos – que bien merecen la nulidad – y los que, como fruto de la buena fe exenta de culpa, de errores inculpables, bien pueden calificarse como moralmente inocentes aunque, por superiores conveniencias técnico jurídicas, no puede escapar totalmente al rigor de las leyes.”

¹³ Corte Constitucional. Op. Cit.

En ese mismo sentido el profesor José Fernando Torres, indica que:

“La norma no distingue según que exista o no cuestionario. El error inculpable es lo que importa para que se descarte la nulidad relativa y, en su lugar, se aplique la reducción de la prestación asegurada. El error excusable a estos efectos – o no culposos, no atribuible a culpa del tomador – supone que el tomador haya obrado sin negligencia o descuido como cuando ignora circunstancias que razonablemente no está obligado a conocer, o cuando es obra de un tercero. Si la ignorancia es inexcusable se entenderá culposa.”

Esta posición doctrinal y jurisprudencial coincide con lo previsto en el artículo 863 del Código de Comercio¹⁴, norma general aplicable a todos los contratos mercantiles, en la cual se manifiesta que las partes contratantes deben concurrir a la celebración de sus negocios jurídicos actuando de buena fe exenta de culpa, es decir actuando con una probidad objetiva, lo que necesariamente debería conducir a pensar, que bajo nuestro ordenamiento jurídico, en forma unitaria no sólo es relevante lo que el tomador o asegurado efectivamente conozca, sino lo que ha debido objetivamente conocer si su comportamiento hubiera sido exento de culpa.

3. Las obligaciones del asegurador antes del contrato

a. ¿La legislación de su país impone al asegurador la obligación precontractual de investigar los asuntos del solicitante del seguro para obtener la información pertinente?

No existe una norma específica que imponga al asegurador la obligación precontractual de investigar los asuntos que mencione el solicitante del seguro. De hecho, en materia de seguros de vida 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”*.

Lo cual, no sólo resalta que es potestativo de la compañía de seguros determinar si inspecciona, previo a la celebración del contrato, los riesgos que le son propuestos para su aseguramiento, sino que adicionalmente el hecho de que prescinda de dicha potestad no exime al tomador del deber de declarar en forma sincera el estado del riesgo y las sanciones que de dicha omisión se desprendieran.

La ausencia legislativa de un deber de constatación, verificación o confirmación por parte de la compañía de seguros, ha sido en cierta medida atemperado por la jurisprudencia nacional, quien siempre ha mencionado que el comportamiento de la compañía de seguros debe ser en todo caso diligente, de manera que la misma no puede ser un convidado de piedra al momento de la celebración del contrato, debiendo en todo caso ser su comportamiento diligente, especialmente, si previo al perfeccionamiento del contrato de seguro, encuentra indicios o pistas que le hagan pensar al asegurador, que bien pudiera ser necesario indagar más sobre el estado del riesgo o reconfirmar la información que declaró el candidato a tomador en razón a ciertas inconsistencias o contradicciones en sus afirmaciones.

¹⁴ ARTÍCULO 863. BUENA FE EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.

Al respecto el profesor Carlos Ignacio Jaramillo,¹⁵ siguiendo la jurisprudencia patria, ha indicado que:

“(...) si bien el asegurador es sujeto posible de intensa y plausible protección de cara al fraude, a la deformación consciente de la realidad, o a la mera inexactitud patrocinados por determinados e inescrupulosos candidatos a tomadores que socavan el acrisolado postulado de la buena fe, aquel no puede asumir invariable e irrestrictamente una actitud rayana en la pasividad, más propia de espectadores que de partícipes en una relación comercial, así sea en potencia, a fortiori cuando sobre él gravita, como acontece en general con todo extremo de un acuerdo volitivo, un correlativo deber de colaboración que, desde un ángulo más solidario – bien entendido –, se orienta a la satisfacción del interés de su co-contratante, lo que específicamente supone, según reconocida doctrina jiusprivatista, una dinámica cooperación en beneficio ajeno, vivida explicitación de una de las múltiples aplicaciones del consabido postulado de conformidad con un criterio de reciprocidad, referido a la buena fe objetiva, continente de los – llamados– deberes instrumentales o secundarios alusivos al comportamiento interpartes, incluido el precontractual.

Es en torno a este puntual aspecto, aconsejable memorar que la Sala, en pretérita ocasión, indicó que la expresión:

“Ha debido conocer, que es término utilizado por el art. 1058, hace referencia a que el actuar de la aseguradora al momento de determinar el estado del resgo, debe ser diligente, o sea que no es de su arbitrio exigir del tomador una cualquier prueba o declaración, descartando o guardando silencio sobre aspectos relevantes, y mucho menos dejando a su sola voluntad las manifestaciones o pruebas para la determinación del verdadero estado del riesgo, sin que, se repite, debe asumir un comportamiento condigno con su actividad, dado su profesionalismo en tal clase de contratación. En vía de principio general lo que la norma reclama es lealtad y buena fe, pues este es un postulado de doble vía en esta materia que se expresa en una información recíproca...” (Sentencia del 19 de abril de 1999, exp. 4923)

La anterior posición es refrendada por los doctores Torres Fernandez¹⁶ y Ordóñez¹⁷ quienes en palabras similares sostienen que el asegurador cuando usa la facultad de inspeccionar el riesgo lo debe hacer en forma diligente de manera que se entiende que ha debido conocer todas las circunstancias que normalmente se observan cuando se practican esos tipos de actuaciones, pero sin llegar al extremo de imponer a cargo de

¹⁵ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. 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– En: Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros. N° 16. Pontificia Universidad Javeriana. 2001. Pág. 83 - 84

¹⁶ TORRES FERNÁNDEZ DE CASTRO Op. Cit. Pág. 212 *“El asegurador si practica la inspección, debe obrar con la debida diligencia, pues se habrá de entenderse que, como consecuencia de la inspección, adquirió el conocimiento que con dicha diligencia se derive de esa inspección. Se trata de un conocimiento que “ha debido adquirir” en tal caso y si por su obrar culposo no lo adquirió, no habrá lugar a la sanción de nulidad y tampoco a la de reducción de la prestación asegurada. (...) Preguntar sobre el estado del riesgo, que es a lo que atienden el cuestionario y la declaración espontánea, y una elemental diligencia del asegurador, que es lo que recoge el código, es bien distinto de confrontar la veracidad de la información. El planteamiento del deber de información a cargo del asegurador, como lo contempla nuestra legislación, ha de estar enmarcado en torno al significado de la expresión “ha debido conocer”, y por ende, el análisis de tal hipótesis, en rigor, no debe estar fundado en la creación de exigencias o de obligaciones distintas a las que emanan de la aludida expresión.”*

¹⁷ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. E. Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro. Universidad Externado de Colombia pág. 41 y ss.

la compañía de seguros un deber de confirmación o verificación de todo lo afirmado por el candidato a tomador.

Es importante mencionar que en el año 2000, el máximo órgano constitucional resolviendo una acción constitucional de tutela¹⁸ (recurso de amparo para proteger derechos fundamentales) indicó que las compañías de seguros estaban obligadas a examinar a sus pacientes previo a la admisión de nuevos asegurados en pólizas de salud si es que querían posteriormente alegar enfermedades preexistentes para efectos de dejarlas desprovistas de cobertura o en su defecto consignar expresamente en las pólizas las enfermedades preexistentes que traía el paciente.

Con el correr de los años, la jurisprudencia constitucional mediante algunos fallos de tutelas ha venido acentuando dicho deber de confirmación y/o verificación a cargo de la aseguradora para seguros de personas, indicando en ocasiones que las compañías de seguro deben practicar exámenes médicos previos a la suscripción de seguros de vida y de salud, si desean alegar la existencia de enfermedades preexistentes o si desean en últimas poder acreditar la mala fe del tomador al momento de declarar el estado del riesgo¹⁹.

En efecto, en la sentencia T-222 de 2014, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente en relación con el deber de comprobación o verificación en cabeza de la compañía de seguros:

“En primer lugar, (i) carecer de recursos económicos. La Corte ha entendido que no basta ser un sujeto de especial protección constitucional para que pueda reclamarse el pago de la póliza. Efectivamente, la persona debe carecer de los recursos económicos necesarios para continuar pagando las cuotas del crédito. En segundo lugar (ii), que la familia del asegurado dependa económicamente de él. En efecto, el no pago de la póliza, en estos eventos, puede incluir la lesión y/o vulneración de los derechos fundamentales de todo un núcleo familiar. Si una persona no puede pagar la cuota de un crédito, muy probablemente esto tendrá efectos en su familia por los posibles cobros del banco. En tercer lugar (iii), la carga de declarar no puede convertirse en una carga excesiva para el tomador del seguro, pues existen casos en los que las cláusulas son tan ambíguas que no es posible, naturalmente, suministrar con toda certeza las calidades del asegurado. En cuarto lugar (iv), la carga de la prueba de la preexistencia radica en cabeza de la aseguradora. Finalmente, en quinto lugar (v), la aseguradora está en la obligación de pedir exámenes médicos previos a la celebración del contrato de seguro, pues de otra manera no podrá alegar preexistencia alguna en un futuro”. Se subraya por fuera del texto original.

En resumen, a pesar de que no existe ninguna consagración legal al respecto, la Corte Constitucional en algunos fallos ha impuesto dicha carga a las compañías de seguros, cuando se ampara la vida de deudores de entidades financieras o se quieren incluir preexistencias en un seguro de salud, en aquellos casos en los cuales se persigue de manera excepcional la protección de derechos fundamentales a la vida, la salud, vivienda digna y mínimo vital.

¹⁸ Corte Constitucional T-118 de 2000 del 10 de febrero de 2000. MP José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁹ Pueden consultarse los siguientes fallos de la Corte Constitucional que repetidamente han impuesto al asegurador la carga de comprobación o verificación del riesgo declarado por el tomador: T-152 de 2006; T-490 de 2009; T-832 de 2010; T-1018 de 2010; T-751 de 2012; T-342 de 2013, T-222 de 2014; T-393 de 2015; T- 240 de 2016 y T-282 de 2016, por mencionar tan sólo algunos de los fallos más destacados.

b. ¿La legislación de su país impone al asegurador la obligación de comprobar el entendimiento del asegurado del alcance del seguro, y señalar al asegurado las exclusiones y limitaciones?

Aunque no existe una norma específica que disponga que el asegurador debe comprobar el entendimiento del asegurado del alcance del seguro, sí existen algunas pautas legislativas de protección al consumidor que fueron consignadas en la Ley 1328 de 2009, para consumidores financieros y posteriormente, en forma genérica en la Ley 1480 de 2011 – Estatuto del Consumidor, en las cuales se imponen algunos deberes de información en cabeza de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, que fueron posteriormente desarrolladas y reglamentadas por la Circular Básica Jurídica 29 de 2014. Todas esas normas indican que se debe informar al cliente sobre el alcance de las coberturas adquiridas, sus limitaciones y exclusiones.

Entre las obligaciones de información a los clientes y consumidores, previstas en las mencionadas leyes, se destacan las siguientes normas:

I. Previstas en el Código de Comercio.

Nuestro Código de Comercio cuenta con cuatro artículos en los cuales se hace una incipiente referencia a deberes de información en cabeza de la compañía de seguros, sin embargo, en ninguno de dichas normas se indica que la aseguradora deba explicar el alcance de las coberturas otorgadas al tomador/asegurado y/o beneficiario ni muchísimo menos que deba constatar su entendimiento en torno a las coberturas y exclusiones acordadas.

- *ARTÍCULO 1046. <PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO - PÓLIZA>. <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 389 de 1997. El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador. La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero. PARÁGRAFO. El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza.*
- *ARTÍCULO 1047. <CONDICIONES DE LA PÓLIZA>. La póliza de seguro debe expresar además de las condiciones generales del contrato: 1) La razón o denominación social del asegurador; 2) El nombre del tomador; 3) Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador; 4) La calidad en que actúe el tomador del seguro; 5) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro; 6) La vigencia del contrato, con indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras; 7) La suma aseguradora o el modo de precisarla; 8) La prima o el modo de calcularla y la forma de su pago; 9) Los riesgos que el asegurador toma su cargo; 10) La fecha en que se extiende y la firma del asegurador, y 11) Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes.*

PARÁGRAFO. <Parágrafo subrogado por el artículo 2o. de la Ley 389 de 1997. En los casos en que no aparezca expresamente acordadas, se tendrán como

condiciones del contrato aquellas de la póliza o anexo que el asegurador haya depositado en la Superintendencia Bancaria para el mismo ramo, amparo, modalidad del contrato y tipo de riesgo.

- *ARTÍCULO 1048. <DOCUMENTOS ADICIONALES QUE HACEN PARTE DE LA PÓLIZA>. Hacen parte de la póliza: 1) La solicitud de seguro firmada por el tomador, y 2) Los anexos que se emitan para adicionar, modificar, suspender, renovar o revocar la póliza.
PARÁGRAFO. El tomador podrá en cualquier tiempo exigir que, a su costa, el asegurador le dé copia debidamente autorizada de la solicitud y de sus anexos, así como de los documentos que den fe de la inspección del riesgo.*
- *ARTÍCULO 1049. <ANEXOS Y RENOVACIONES>. Los anexos deberán indicar la identidad precisa de la póliza a que acceden. Las renovaciones contendrán, además el término de ampliación de vigencia del contrato. En caso contrario, se entenderá que la ampliación se ha hecho por un término igual al del contrato original.*

II. Previstas en la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Además de las obligaciones generales que en materia de información corresponden a todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, las compañías de seguros deben de forma general, cerciorarse que los consumidores tengan acceso a los modelos de las pólizas que comercializan mediante la publicación en sus sitios web. También deberán suministrar a los consumidores mediante la publicación en un vínculo destacado en la página de inicio de su sitio web y en forma particular para cada producto comercializado, como mínimo, la siguiente información:

- Las coberturas básicas con sus exclusiones, valor de los deducibles, periodos de carencia o tiempos de permanencia mínimos antes de la cobertura, límites de edad, renovación automática, revocación unilateral y cualquier otra figura legal que limite el derecho a obtener una indemnización.
- Los trámites que se deben adelantar ante la aseguradora para obtener el pago del seguro de acuerdo con la clase de producto, indicando si este valor corresponde o no al valor real del interés asegurado en el momento del siniestro o al monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado.
- Los plazos y forma en que el asegurado debe acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida y los derechos que surgen en el evento en que la entidad aseguradora no pague la indemnización dentro del mes siguiente a dicha acreditación.
- Explicar de manera descriptiva las figuras de coaseguro, subrogación y transmisión del interés asegurado, con sus consecuencias.
- Informar el procedimiento para la devolución de primas en los casos de presentarse las figuras de sobreseguro, disminución del interés asegurado o revocatoria del seguro.
- Señalar de manera clara y sin que haya lugar a dudas, que corresponde al asegurado la obligación de declarar el estado del riesgo e informar acerca de las

situaciones que impliquen modificación al mismo, con la aclaración de las consecuencias de la reticencia e inexactitud.

- En aquellos eventos en que sea procedente la financiación de la prima se deben informar las condiciones del respectivo contrato de mutuo, el procedimiento a seguir por parte del consumidor financiero, así como las consecuencias que se generan respecto de la vigencia del contrato de seguro en caso de incumplimiento de una de las cuotas del préstamo otorgado.
- Si existen beneficios adicionales deberán indicarse los cargos que se generan por la utilización de los servicios de la compañía si los hay, los conceptos que se incluyen en la prima y si existen pagos adicionales por aspectos no contemplados de manera específica.
- Mantener a disposición de esta Superintendencia los soportes que sirvan de sustento al cumplimiento a las reglas de divulgación de información al consumidor y sobre la entrega de la totalidad de la información requerida al momento de la suscripción del contrato respectivo.

III. Previstas en la Ley 1480 (Estatuto de Protección al Consumidor).

1) Sobre contratos de adhesión

Obligaciones respecto de las condiciones negociales generales y de los contratos de adhesión. Requisitos mínimos que debe cumplir este tipo de contratos: Art.37.

- Haber informado suficiente, anticipada y expresamente al adherente sobre la existencia efectos y alcance de las condiciones generales.
- En los contratos se utilizará el idioma castellano.
- Las condiciones generales del contrato deben ser concretas, claras y completas.
- En los contratos escritos, los caracteres deberán ser legibles a simple vista y no incluir espacios en blanco.
- En los contratos de seguros, el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías. (Se resalta fuera del texto original)

Como puede apreciarse esta norma impone el deber de información y explicación de los productos a los consumidores, pero no llega al punto de exigir a la compañía de seguros que constante el efectivo entendimiento del alcance de las coberturas y exclusiones contratadas.

2) Normas especiales para Comercio Electrónico

Noción: se entenderá por comercio electrónico la realización de actos, negocios u operaciones mercantiles concertados a través del intercambio de mensajes de datos telemáticamente cursados entre proveedores y los consumidores para la comercialización de productos y servicios. Art. 49.

Obligaciones de información especiales. Art. 50. Entre otras obligaciones se destacan:

- Informar en todo momento de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada su identidad especificando su nombre o razón social, número de identificación tributaria (NIT), dirección de notificación judicial, teléfono, correo electrónico y demás datos de contacto.
- Suministrar en todo momento información cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto de los productos que ofrezcan. En especial, deberán indicar sus características y propiedades tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que está fabricado, su naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, independientemente que se acompañen de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto.
- Indicar el plazo de validez de la oferta y la disponibilidad del producto.
- En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar su duración mínima.
- Informar, en el medio de comercio electrónico utilizado, los medios de que disponen para realizar los pagos, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo, y cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido en error.
- Igualmente deberá informar el precio total del producto incluyendo todos los impuestos, costos y gastos que deba pagar el consumidor para adquirirlo. En caso de ser procedente, se debe informar adecuadamente y por separado los gastos de envío.
- Publicar en el mismo medio y en todo momento, las condiciones generales de sus contratos, que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, impresión y descarga, antes y después de realizada la transacción, así no se haya expresado la intención de contratar.
- Previamente a la finalización o terminación de cualquier transacción de comercio electrónico, presentar al consumidor un resumen del pedido de todos los bienes que pretende adquirir con su descripción completa, el precio individual de cada uno de ellos, el precio total de los bienes o servicios y, de ser aplicable, los costos y gastos adicionales que deba pagar por envío o por cualquier otro concepto y la sumatoria total que deba cancelar. Este resumen deberá estar disponible para su impresión y/o descarga.
- La aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. El consumidor debe tener el derecho de cancelar la transacción hasta antes de concluirla.

Prohibición especial Cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.

IV. Especiales previstas en la ley 1328 de 2009.

Finalmente, es pertinente mencionar que la Ley 1328 de 2009 estableció una serie de pautas generales que deben observar los consumidores financieros con el ánimo de proteger sus propios intereses. Es decir, unas pautas específicas de auto-información

que deben cumplir los usuarios del sistema financiero, bursátil y asegurado colombiano:

No con el carácter de obligaciones, este estatuto legal establece por primera vez lo que denominó "...prácticas de protección propia..." de los clientes o consumidores del sector financiero y asegurador. Art. 6, quienes deben:

- Cerciorarse de si la entidad con la cual desean contratar o utilizar los productos o servicios se encuentra autorizada y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Informarse sobre los productos o servicios que piensa adquirir o emplear, indagando sobre las condiciones generales de la operación; es decir, los derechos, obligaciones, costos, exclusiones y restricciones aplicables al producto o servicio, exigiendo las explicaciones verbales y escritas necesarias, precisas y suficientes que le posibiliten la toma de decisiones informadas.
- Observar las instrucciones y recomendaciones que imparta la entidad vigilada sobre el manejo de productos o servicios financieros.
- Revisar los términos y condiciones del respectivo contrato y sus anexos, así como conservar las copias que se le suministren de dichos documentos.
- Informarse sobre los órganos y medios de que dispone la entidad para presentar peticiones, solicitudes, quejas o reclamos.
- Obtener una respuesta oportuna a cada solicitud de producto o servicio.

El no ejercicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros no implica la pérdida o desconocimiento de los derechos que le son propios ante las entidades vigiladas y las autoridades competentes y tampoco exime a las entidades vigiladas de las obligaciones especiales consagradas en la presente ley respecto de los consumidores financieros.

Los consumidores financieros tendrán los deberes de:

- Suministrar información cierta, suficiente y oportuna a las entidades vigiladas y a las autoridades competentes en los eventos en que estas lo soliciten para el debido cumplimiento de sus deberes y de actualizar los datos que así lo requieran.
- Informar a la Superintendencia Financiera de Colombia y a las demás autoridades competentes sobre las entidades que suministran productos o servicios financieros sin estar legalmente autorizadas para ello.

V. La obligación del asegurado a revelar información después del contrato

a. ¿Tiene un asegurado el deber de notificar al asegurador de un cambio material en el riesgo? Si es así, ¿cuál es el alcance de esta obligación?

Sí, conforme el artículo 1060 del Código de Comercio el asegurado tiene el deber de informar sobre una agravación del riesgo o un cambio o variación en su identidad local.

“Art. 1060.- El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso primero del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.”

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella.”

Sobre el deber de notificar sobre la variación del estado del riesgo y la variación de su identidad local es importante mencionar que por mandato legal no opera para el seguro de vida. Así mismo, existe debate a si debe operar para el seguro de cumplimiento que bajo nuestra legislación es una forma de garantía (bond o fianza), sin embargo, hay fallos de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil en los cuales se ha dado aplicación de dicha norma para los seguros de cumplimiento²⁰.

Del presente artículo, es importante resaltar que lo esencial más que conservar el estado del riesgo es dar aviso o notificación por escrito de su variación, específicamente se su agravación por parte del asegurado. Cuando la agravación dependa de la voluntad del asegurado la notificación al asegurador deberá hacerse de manera previa, con una antelación de diez días hábiles a la fecha en que se producirá dicha variación. (i.e. cambio de actividad económica o destinación de un bien inmueble asegurado).

Cuando la modificación del riesgo dependa de un hecho ajeno a la voluntad del asegurado, la notificación deberá producirse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha que el asegurado ha conocido o debido conocer dicha circunstancia, conocimiento que se presumirá tiene el asegurado trascurridos treinta días desde que se produjo dicha variación.

b. ¿Cuál es la definición de cambio material en su jurisdicción?

No existe una definición de cambio material del riesgo en nuestra legislación, sin embargo, tomando el criterio de lo dispuesto en el artículo 1060 del Código de

²⁰ Sobre el particular se pueden consultar: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2007 MP Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Sentencia del 3 de marzo de 2009, MP Pedro Octavio Munar Cadena.

Comercio, implicaría agravación del riesgo únicamente aquellas circunstancias imprevisibles y sobrevinientes a la celebración del contrato (futuras) que conocidas por la compañía de seguros la hagan querer haberse retraído de celebrar el contrato de seguro o celebrarlo en condiciones económicas más onerosas (mayores deducibles y/ primas).

En relación con las características que deben tener las circunstancias que impliquen agravación la Corte Suprema de Justicia²¹ indicó:

“El deber de comunicación en cuestión, conforme quedó dicho, recae sobre hechos y circunstancias que no eran previsibles en el momento en que se ajustó el seguro y de tal entidad que si el asegurador los hubiere conocido no lo habría celebrado, o lo hubiese concluido en condiciones más onerosas para el tomador del mismo; por tanto, de lo que se trata es de denunciar la agravación del riesgo, entendida ésta como el aumento de la probabilidad de realización del siniestro o de la magnitud de sus posibles consecuencias dañosas.

Pero las referidas circunstancias, además de agravar “el estado del riesgo”, deben ser imprevisibles, haber sobrevenido a la celebración del contrato y conocerlas el tomador o el asegurado. Esas características permiten diferenciarlas de otros supuestos que no pocas veces pueden confundirse con ellas; así, no son condiciones que agraven el riesgo, las siguientes: a) Cuando el tomador o asegurador no cumple cabalmente con la declaración precontractual del estado del mismo, ya que ese deber alude a la situación existente en el momento previo a la conclusión del contrato, mientras que la agravación ha de referirse a hechos nuevos que alteran las circunstancias que sirvieron de base a la misma; b) La exclusión del riesgo, hipótesis que, conforme a la delimitación efectuada en el seguro, está fuera de la cobertura; c) El aumento del valor de las cosas aseguradas, pues éste lo que produce es el incremento del interés asegurado, que será relevante para calcular la indemnización a cargo del asegurador, la cual, en todo caso, tendrá por límite el monto asegurado; d) La provocación del siniestro por culpa grave o dolo del asegurado, por cuanto estaría excluida de la cobertura del asegurador mediante la delimitación causal del riesgo.

Según lo indica el profesor J. Efrén Ossa Gómez²² los hechos y circunstancias agravantes del riesgo, que son aquellas que conocidos harían que la compañía de seguros deseara no celebrar el contrato o hacerlo bajo condiciones más onerosas, deben reunir las siguientes características: a) No pueden ser previsibles; b) Deben ser posteriores a la celebración del contrato o subsiguientes; c) Deben ser conocidas por el asegurado, bien sea real o presuntamente y d) Deben ser agravantes del estado del riesgo originalmente declarado, es decir deben representar un aumento de probabilidad o de la intensidad del riesgo.

Por su parte, en lo que respecta a la variación de la identidad local del riesgo a la que hace igualmente referencia el artículo 1060, la misma implica simplemente a una modificación de la ubicación física del bien o sujeto de cobertura del contrato de seguro, la cual tomando en consideración la técnica del seguro, resulta per sé, relevante para la compañía de seguros independientemente de que realmente dicha variación local implique un aumento de probabilidad de que se produzca un siniestro.

En relación con este aspecto indicó el profesor Ossa en su obra²³:

²¹ Corte Suprema de Justicia. Op. Cit. Sentencia del 3 de marzo de 2009

²² OSSA GÓMEZ. Op. Cit. Pág. 371

²³ Ibid. Pág. 372.

“El asegurado no está en capacidad de apreciar estos factores. Ni puede juzgar cuándo la variación del lugar puede ser más o menos azarosa para el empresario de sus riesgos. De ahí que toda alteración de lugar, en lo que atañe a determinadas formas de cobertura, tenga la misma significación jurídica que la agravación de las circunstancias en que el asegurado “tuvo en vista” al estimar el riesgo.”

VI. La obligación del asegurador después del contrato

¿La legislación de su país impone al asegurador la obligación de revelar información después de que haya ocurrido un evento asegurado? Por ejemplo, la obligación a proveer por escrito durante un periodo limitado el alcance de una cobertura, la obligación a relevar todas las razones por las que se ha denegado una reclamación, etc.

La legislación colombiana tiene previsto una serie de deberes de información precontractual que debe cumplir el asegurador. Que incluyen información sobre el alcance de las coberturas y la forma cómo se debe hacer el trámite de un siniestro. (Ley 1328 de 2009 y 1480 de 2011), tal y como fue indicado líneas atrás.

No existe en todo caso alguna norma que indique el asegurador debe asesorar o aclarar el alcance de una cobertura al asegurado cuando se haya verificado un evento asegurado, ni tampoco se ha producido un fallo judicial en el cual se reconozca la existencia de dicha carga en cabeza de la compañía de seguros. No obstante, lo anterior algún sector de la doctrina colombiana (el profesor Andrés Ordóñez²⁴) ha indicado que en desarrollo del deber secundario de conducta de información la compañía de seguros debe ofrecer dicha información al asegurado una vez se haya producido el siniestro.

Finalmente, en relación con la obligación de revelar todas las razones por las que la aseguradora ha denegado la reclamación, aunque si bien no existe una norma que específicamente imponga una carga con dicha extensión en cabeza de la compañía de seguros, sí es claro de lo que se desprende del contenido de los artículos 1053, 1077 y 1080 del Código de Comercio que la aseguradora contará con el plazo de un mes contado a partir del momento en que reciba la reclamación formal por parte del asegurado (en la que acredite la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida), para bien: a) Proceder al pago de la indemnización reclamada so pena de pagar intereses de mora por su retraso en la ejecución del pago debido o b) para objetar dentro de ese término la reclamación presentada acreditando las razones por las cuales considera que no sería responsable del pago de lo pretendido por el asegurado.

El artículo 1053 anterior hablaba de la obligación en cabeza de la compañía de seguros de objetar en forma seria y fundada la reclamación presentada. Dicho aparte,

²⁴ ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Op. Cit. 124 – 125. “ Pero en general, es razonable considerar que el asegurador tiene un deber de información que le impone el principio general de buena fe, posteriormente a la celebración del contrato en lo que se refiere a: A. A una adecuada orientación de su asegurado en el proceso de reclamación en caso de siniestro, que se hace particularmente importante en un medio como el nuestro en que es notorio que las aseguradoras son proclives a volver interminables los trámites de reclamación (...) B. A una igualmente adecuada información al asegurado, en caso de seguros múltiples o en caso de existencia de varios seguros cubriendo riesgos similares, acerca de cuál es la cobertura aplicable al siniestro ocurrido y la que de manera más cabal cubre el interés asegurable. (...) c. A una información adecuada sobre los términos en que puede producirse la renovación del contrato, para el caso frecuente en que el asegurado requiera mantener la cobertura hacia futuro.”

fue derogado por el Código General del Proceso, de manera que ahora ya no se califica qué características debe tener la objeción que presente la compañía de seguros para efectos de impedir que la póliza de seguros pueda prestar mérito ejecutivo en contra del asegurador.

VII. Medidas en caso de incumplimiento de la obligación de informar por parte del asegurado

a. ¿Qué medidas toma el asegurador en caso de que un asegurado incumpla la obligación precontractual de revelar información? ¿La regla del “todo o nada”, o extinción parcial?

La sanción en caso de reticencia o inexactitud culpable del candidato a tomador es sancionada por la ley colombiana con la nulidad relativa. Cuando dicha reticencia o inexactitud es inculpable por parte del candidato a tomador la sanción es que en caso de siniestro se hará una reducción proporcional del mismo conforme a la adecuada relación entre el estado del riesgo y la tarifa pagada por el tomador, pero no se viciará de nulidad el vínculo jurídico y el asegurador estará obligado a satisfacer la prestación indemnizatoria.

Normalmente cuando la revelación de información es insuficiente procede anular la totalidad del contrato, bajo el entendido que se trata de un único vínculo jurídico. Sin embargo, nada impediría que en un seguro multirriesgo pueda en aras del principio de conservación de los actos jurídicos concluirse que sólo existe una nulidad parcial del vínculo jurídico ligada con aquella porción del riesgo para la cual se omitió revelar información o se hizo en forma errada o inexacta. En efecto, el artículo 902²⁵ del Código de Comercio, permite hablar de nulidad parcial en los negocios mercantiles.

En materia de seguros colectivos o de grupo el artículo 1064²⁶ del Código de Comercio, permite que únicamente se vea afectado aquel vínculo contractual correspondiente al asegurado que incurrió en reticencia o inexactitud y no el vínculo de los demás que no participaron en dicha infracción. Igual podría pasar cuando se aseguren múltiples bienes bajo una misma póliza y la inexactitud o reticencia sólo tenga que ver con algunos de ellos, salvo que, como indica la norma se considere como un único riesgo bajo la técnica aseguradora.

Cuando ha habido mala fe por parte del tomador al momento de declarar el estado del riesgo y procede la nulidad relativa del contrato, la compañía de seguros tendrá derecho a retener a título de pena la totalidad de la prima pagada. (art. 1059).

b. ¿Qué medidas toma el asegurador en caso de que un asegurado incumpla la obligación poscontractual de revelar información? ¿La regla del “todo o nada”, o extinción parcial?

²⁵ Código de Comercio. “ARTÍCULO 902. <NULIDAD PARCIAL>. La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad.”

²⁶ Código de Comercio. “ARTÍCULO 1064. <SEGURO COLECTIVO>. Si, por ser colectivo, el seguro versa sobre un conjunto de personas o intereses debidamente identificados, el contrato subsiste, con todos sus efectos, respecto de las personas o intereses extraños a la infracción. Pero si entre las personas o intereses sobre que versa el seguro existe una comunidad tal que permita considerarlos como un solo riesgo a la luz de la técnica aseguradora, las sanciones de que tratan los artículos 1058 y 1060 inciden sobre todo el contrato.”

En materia de agravación del estado del riesgo, la ley obliga al asegurado a informar sobre dicha variación al asegurador dentro de unos plazos precisos, como fue visto anteriormente, siendo claro que la omisión por parte del asegurado en notificar dicha variación al asegurador causará la terminación automática del contrato desde el momento en que se debió informar oportunamente dicha variación o en los eventos en que la modificación del estado del riesgo depende, de la voluntad del asegurado a partir de que la misma tenga efecto, siempre y cuando el asegurado no haya dado aviso previo y oportuno a la compañía de seguros.

Notificado el asegurador sobre la agravación del estado del riesgo podrá a su elección, proceder a revocar unilateralmente (cancelar) el contrato de seguro dando aviso con suficiente antelación al asegurado²⁷ o podrá igualmente proponer a éste continuar con el contrato, pero ajustando la prima cobrada conforme al nuevo estado del riesgo. En caso de no aceptar las nuevas condiciones propuestas el asegurado el contrato se entenderá terminado de mutuo acuerdo el contrato a partir del momento en que manifiesta su negativa de aceptar dicho aumento en la prima, que sólo será efectivo y aplicado una vez haya sido expresa o tácitamente aceptado por el asegurado y, sin que, en ningún caso, a pesar de la aceptación previa del asegurado, pueda tener efectos dicho incremento de prima antes de que se haya efectivamente modificado riesgo.²⁸

Una vez finalizado el contrato, (bien fuere por terminación automática, revocación unilateral o terminación de mutuo acuerdo por no aceptar el incremento de la prima) la compañía de seguros tendrá la obligación de devolver al asegurado la prima no devengada, salvo que haya mediado mala fe del asegurado en la omisión de notificar sobre la agravación del estado del riesgo, evento en el cual podrá retener la totalidad de la prima a título de sanción.

Por último, debe agregarse que tratándose de seguros colectivos o de multiplicidad de riesgos bajo un mismo contrato, igualmente tendría aplicación lo previsto en el artículo 1064 del C. de Co., bajo las precisas condiciones a las que se hizo referencia líneas atrás.

²⁷ Bajo la legislación colombiana debe darse aviso de revocación por parte del asegurador con una antelación de 10 días hábiles salvo que se haya pactado un plazo superior. Código de Comercio "ARTÍCULO 1071. <REVOCACIÓN>. El contrato de seguro podrá ser revocado unilateralmente por los contratantes. Por el asegurador, mediante noticia escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida, con no menos de diez días de antelación, contados a partir de la fecha del envío; por el asegurado, en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador. En el primer caso la revocación da derecho al asegurado a recuperar la prima no devengada, o sea la que corresponde al lapso comprendido entre la fecha en que comienza a surtir efectos la revocación y la de vencimiento del contrato. La devolución se computará de igual modo, si la revocación resulta del mutuo acuerdo de las partes. En el segundo caso, el importe de la prima devengada y el de la devolución se calcularán tomando en cuenta la tarifa de seguros a corto plazo. Serán también revocables la póliza flotante y la automática a que se refiere el artículo 1050."

²⁸ Al respecto se puede consultar OSSA GÓMEZ, J. Efrén. Op. Cit. 375 y 376.