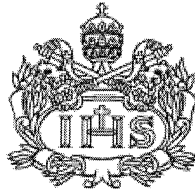


**NULIDAD RELATIVA POR RETICENCIA Y PRUEBA DEL CONTRATO DE
SEGURO**



AUTOR:

Henry Esteban Mejía Gómez

**Trabajo para optar al título de Especialista
en Derecho de Seguros.**

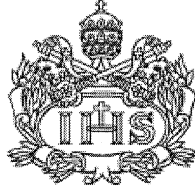
DIRECTOR DEL PROGRAMA:

Ricardo Vélez Ochoa

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ, D.C.**

2017

**NULIDAD RELATIVA POR RETICENCIA Y PRUEBA DEL CONTRATO DE
SEGURO**



AUTOR:

Henry Esteban Mejía Gómez

**Trabajo para optar al título de Especialista
en Derecho de Seguros.**

DIRECTOR DEL PROGRAMA:

Ricardo Vélez Ochoa

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
BOGOTÁ, D.C.**

2017

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO

1. RESEÑA SENTENCIA 19 DE MAYO DE 1999.....	10
1.1. Hechos.....	10
1.2. Problema jurídico.....	11
1.3. Decisión de primera instancia.....	11
1.4. Decisión y consideraciones del fallo de segunda instancia.....	12
1.5. Demanda de casación.....	13
1.6. Consideraciones de la Corte.....	15
1.7. Decisión de la Corte.....	17
1.8. Evaluación Crítica.....	17
2. RESEÑA SENTENCIA 16 DE NOVIEMBRE DE 2005	28
2.1. Hechos.....	28
2.2. Problema jurídico.....	29
2.3. Decisión de primera instancia.....	29
2.4. Decisión y consideraciones del fallo de segunda instancia....	29
2.5. Demanda de casación.....	30
2.6. Consideraciones de la Corte.....	31
2.7. Decisión de la Corte.....	32
2.8. Evaluación Crítica.....	32
3. RESEÑA SENTENCIA 26 DE ABRIL DE 2007.....	43
3.1. Hechos.....	43
3.2. Problema jurídico.....	44
3.3. Decisión de primera instancia.....	44
3.4. Decisión y consideraciones del fallo de segunda instancia....	44
3.5. Demanda de casación.....	45
3.6. Consideraciones de la Corte.....	47
3.7. Decisión de la Corte.....	48
3.8. Evaluación Crítica.....	48

RESEÑA

1. SENTENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA CIVIL Y AGRARIA

MAYO 19 DE 1999

Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez

Expediente: 4923.

CORPORACIÓN FINANCIERA DE SANTANDER S.A CORFINANSA VS. SEGUROS LA UNIÓN S.A.

1.1. HECHOS:

1. Contrato de seguro de crédito a la exportación expedido el 23 de noviembre de 1983, por parte de Seguros la Unión, actuando como tomador FERITEX LTDA, y como beneficiario CORPORACIÓN FINANCIERA DE SANTANDER S.A CORFINANSA, con valor asegurado de US\$150.000.
2. El seguro tenía el fin de amparar las operaciones de crédito realizadas entre la tomadora (vendedor nacional) y la COMPAÑÍA HISPANOAMERICANA DE INVERSIONES S.A de Panamá respecto del suministro de ropa, y en caso de insolvencia de esta última como importadora extranjera y deudora.
3. Para el pago de la obligación crediticia, COMPAÑÍA HISPANOAMERICANA DE INVERSIONES S.A, expiden títulos valores, entre ellos letras y cheques (casualmente girados por uno de los socios mayoritarios de FERITEX), los cuales no logran ser efectivos por cuanto no existían fondos, y son endosados a CORFINANSA, quien sin poder lograr su pago por parte de la deudora, ni de las obligaciones por parte de FERITEX, debió presentar reclamación ante SEGUROS LA UNION, con fundamento en la póliza de seguro de crédito.

4. La reclamación fue objetada, argumentándose que no habían sido acreditadas las circunstancias que configuran el riesgo asegurado, pues no existía prueba del despacho de la mercancía hacia Panamá.
5. La beneficiaria del contrato de seguro demanda a la compañía aseguradora. Entre las excepciones propuestas se invocó "nulidad o inexistencia del contrato de seguro, inexistencia de la obligación y el cobro de lo no debido, por cuanto Feritex omitió declarar hechos que de haber conocido la aseguradora la habrían llevado a no celebrar el contrato, como la íntima relación que se descubrió entre ésta y la COMPAÑÍA HISPANOAMERICANA DE INVERSIONES S.A, pero además el contrato suponía el suministro de mercancía, lo cual no se llevó a cabo, pues la exportación fue ficticia.

1.2. PROBLEMA JURÍDICO:

Tomando en consideración que el contrato de seguro es un negocio de ubérrima buena fe bilateral, y que el asegurador es experto en la evaluación de riesgos, siempre deberá dársele aplicación a la consecuencia jurídica consagrada en el artículo 1058 del Código de Comercio, en cuanto a la nulidad relativa del contrato de seguro cuando el tomador ha encubierto circunstancias que conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, y a pesar de que el beneficiario no intervino en tal declaración de asegurabilidad?

1.3. PRIMERA INSTANCIA: Accedió a las pretensiones de la parte actora y declaró imprósperas las excepciones propuestas, condenando al pago de US\$150.000.

1.4. SEGUNDA INSTANCIA: Revoca la decisión y absuelve declarando probadas la excepción de nulidad relativa del contrato e inexistencia de la obligación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL:

Estudia el tema de la reticencia de la siguiente manera:

1. Al beneficiario del seguro le son oponibles las mismas excepciones que se le pueden proponer al tomador o al asegurado, cuando son distintos de aquel en los términos del artículo 1044 del Co de co, pues de sustraerse el beneficiario de los vicios que afecten el contrato, la actividad aseguradora se vería fuertemente afectada, al tener que pagar en cualquier evento, incluso teniendo que indemnizar la culpa grave, el dolo, y los actos meramente potestativos del tomador. El beneficiario aunque no sea parte del contrato de seguro está atado a su suerte, tanto así, que el contrato se puede revocar sin la aquiescencia del beneficiario según lo dispone el artículo 1071 del co de co.
2. El beneficiario no puede alegar su buena fe de cara al contrato de seguro, cuando el tomador ha faltado a tal deber, pues la buena fe del beneficiario atañe al otorgamiento del crédito y no al contrato de seguro, toda vez que, no es parte del mismo.
3. Cuando la mala fe del tomador supera los controles de la firma aseguradora, no puede imputársele algún grado de responsabilidad respecto del siniestro, pues el tomador está obligado a declarar sinceramente el estado del riesgo y sin reticencia, lo cual releva a la aseguradora de realizar investigación sobre el estado del riesgo. Ahora bien, si la aseguradora realizó investigación como medida de prudencia adicional al deber de sinceridad del tomador y a pesar

de ello la intención fraudulenta logra el acaecimiento del siniestro, no puede existir consecuencias adversas para el asegurador.

4. La demandante como entidad financiera tenía el deber de verificar la solidez financiera del tomador del seguro, y al no hacerlo actuó con culpa; por su parte, el tomador del seguro, incurrió en reticencia pues ocultó las relaciones e intereses que existían entre vendedor nacional y comprador extranjero, situaciones que de haber sido conocidas por la aseguradora la habrían retraído de contratar.
5. En virtud de la íntima relación entre vendedor y comprador, se puede pensar que hubo una inexistencia de la operación amparada por el seguro, que además de una reticencia, configura una de las exclusiones del contrato de seguro, de acuerdo a la declaración de la testigo MARIA CRISTINA VALENZUELA DE ESPINOZA.

1.5. DEMANDA DE CASACIÓN: Casacionista: Demandante

Causal Primera:

1. Se acusó la sentencia de violar de modo indirecto la ley sustancial, como consecuencia de la materialización de errores manifiestos de hecho en la apreciación de las pruebas. La violación, según el recurrente, recae en las siguientes normas: del Código de Comercio, los artículos 1, 2, 822, 835, 863, 871, 874 inciso segundo, 900, 1036, 1041, 1044, 1045, 1046, 1047, 1048, 1049, 1054, 1055, 1057, 1058 incisos primero, segundo y cuarto, 1072, 1075, 1077, 1078 inciso segundo, 1079, 1080, 1083, 1086, 1088, y 1089 inciso primero; del Código Civil, los artículos 63 inciso sexto, 1508, 1516, 1602, 1603, 1604, 1608, 1615, 1616, 1618, 1740, 1743, y 1746; artículos 8 y 38

inciso primero de la ley 153 de 1887; artículos 5, 192 y 246 del decreto ley 444 de 1967; artículos 1, 2 y 4, inciso segundo del decreto 3053 de 1968; artículo 28 de la ley 9 de 1991 y artículo 95, párrafo primero de la resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Respecto al único cargo, señaló el casacionista lo siguiente:

1. El deber de vigilancia y estudio de los clientes propuesto por el asegurado recaía en SEGUROS LA UNION. Es decir, la intervención de la aseguradora en el estudio del riesgo durante el desarrollo del contrato de seguro era fundamental.
2. La aseguradora conoció o debió conocer el riesgo antes del otorgamiento del seguro, a través de la documentación aportada por el tomador, donde se obtenía conocimiento sobre la clase de clientes y el tipo de operaciones comerciales que pretendía realizar.
3. La aseguradora debió conocer el estado del riesgo con posterioridad a la celebración del contrato de seguro, a través de la clasificación de clientes y la verificación de facturas mes a mes. Era una obligación y no solo una actividad adicional o accidental.
4. La aseguradora conoció desde antes de la ocurrencia del siniestro, pero con posterioridad a la celebración del contrato de seguro, sobre la existencia de la operación comercial mediante los documentos que la sustentaban, como la aprobación y prorroga del crédito concedido a Feritex.

5. La aseguradora no podía oponerse al pago de la reclamación sustentado en la ausencia de prueba sobre el despacho de la mercancía hacia Panamá, pues tuvo un comportamiento permisivo y negligente tanto en el momento de otorgamiento del seguro como en la vigilancia sobre el estado del riesgo, teniendo a la vista documentación que le permitían identificar plenamente el riesgo.
6. La aseguradora no conoció el riesgo por su negligencia al no precisar la magnitud del riesgo que se proponía asegurar, a pesar de que la naturaleza del seguro le imponía la obligación de conocerlo.
7. La póliza 0368 de Seguro de Crédito a la Exportación, responde a una naturaleza especial que hace de ella una verdadera garantía de las operaciones de exportación, razón por la cual al beneficiario del seguro no le son oponibles las retenciones en que hubiere incurrido el tomador, ni las exclusiones que aparecen en el contrato. Siendo su obligación únicamente la de acreditar el siniestro para obtener el pago del seguro, esto es, la insolvencia del importador panameño Hispanoamericana de Inversiones S.A.
8. No podía decretarse la nulidad ni la inexistencia del contrato, toda vez que, la aseguradora pudo o ha debido conocer los vicios de que adolecían tanto el contrato de seguro como la operación comercial que amparaba.

1.6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La aseguradora puede oponer al beneficiario las mismas excepciones que le hubiere podido proponer al asegurado o tomador de la póliza, según lo establecido en el artículo 1044 del co de co. Por lo tanto, si existe retención

por parte del tomador, la nulidad relativa que de allí se desprende produce los mismos efectos de cara al beneficiario o asegurado.

2. Debe diferenciarse sobre lo que implica la declaración del riesgo como deber de información precontractual (artículo 1058 co de co) y la conservación del estado del riesgo como deber de conducta durante la vigencia del contrato (artículo 1060 co de co.), acarreando efectos disímiles.
3. La declaración de asegurabilidad dirigida o espontánea, puede ser complementada con una inspección directa del riesgo, pero de allí no se puede colegir que la compañía conozca a plenitud el riesgo, ni que el tomador quede liberado de las consecuencias adversas por su inexactitud o reticencia. Por lo tanto, el conocimiento presuntivo del riesgo de que trata el último inciso del artículo 1058 del co de co, no puede entenderse total.
4. La inspección del riesgo supone el conocimiento de aquellas circunstancias que un asegurador diligente habría percibido con las verificaciones o reconocimientos realizados en el caso concreto. Por lo que el asegurador determina el alcance de su conocimiento por vía de inspección o percepción directa, y en relación con ese alcance se aplica el conocimiento presuntivo.
5. Para hacer referencia a la expresión "debido conocer", es importante la actuación diligente del asegurador, que como profesional en la materia, debe guiar a su cliente para que exprese las circunstancias relevantes para la determinación del estado del riesgo. Si el tomador a su turno, por su especialidad, conoce circunstancias relevantes que ayuden a determinar el estado del riesgo, el deber de información y asesoría por parte de la aseguradora se reduce.

6. En el seguro de crédito a la exportación no se requiere que el asegurador averigüe la realidad de la negociación y de la remisión de las mercancías, pues se presupone que en este evento se ha realizado la exportación, de lo contrario, no existiría riesgo y por lo tanto, el seguro sería inexistente. Luego entonces, cuando el tomador engaña a la aseguradora, tratando de asegurar un riesgo inexistente, no se puede afirmar que ésta pudo o debió conocer la inexistencia del riesgo de haber obrado diligentemente, ya que su obligación de vigilancia y prudencia es respecto a la medición propia del riesgo y no en el plano de su inexistencia.
7. Las expresiones "conocer", "deber conocer", y "poder conocer", el riesgo de cara al contrato de seguro, tienen implicaciones cuyos supuestos no pueden ser abordados de manera indistinta.

1.7. DECISION:

No Casa la sentencia.

1.8. EVALUACIÓN CRÍTICA:

La sentencia, es acorde y adecuada con la normatividad que regula el caso concreto, pues en los diferentes temas abordados en ella, sin mayor dificultad reafirmó lo consagrado en el artículo 1044 del Co de Co, en el sentido de que efectivamente al beneficiario del seguro se le pueden invocar las mismas excepciones que al tomador y asegurado, dado que se debe mantener un equilibrio entre el riesgo que asume el asegurador y la contraprestación a cargo del tomador. Por lo tanto, en ese punto fue despachado sin mayor dificultad el reproche realizado por el casacionista.

Ahora bien, en lo tocante al tema de la inaplicación de la sanción que consagra el último inciso del artículo 1058 del Co de Co, vale la pena resaltar que el recurrente en Casación, tratando de realizar una nueva interpretación de las pruebas y no demostrando el error en la apreciación, no supo distinguir ni explicar para el caso concreto, las circunstancias que deben presentarse para que la reticencia o la inexactitud no operen con sus efectos, tal como lo tiene definido la Jurisprudencia Nacional, vale decir:

*"a) Cuando la aseguradora ha conocido o debido conocer antes de celebrarse el contrato los hechos o circunstancias que versen sobre los vicios de la declaración, caso en el cual no puede alegar la nulidad relativa del contrato como tampoco pretender la reducción de su obligación, porque si la aseguradora ha conocido la realidad y acepta asumir el riesgo, no ha sufrido engaño. Y si por la naturaleza del riesgo solicitado para que sea asegurado y por la información conocida y dada por el tomador, la compañía aseguradora de acuerdo con su experiencia e iniciativa diligente, pudo y debió conocer la situación real de los riesgos y vicios de la declaración, mas sin embargo no alcanza a conocerla por su culpa lógico es que dicha entidad corra con las consecuencias derivadas de su falta de previsión, de su negligencia para salir de la ignorancia o del error inicialmente padecido; y b) cuando después de celebrado el contrato, la aseguradora tiene conocimiento de la reticencia o la inexactitud en que incurrió el tomador y guarda silencio, se entiende que lo allana, lo acepta, pues lo lógico es que tan pronto conozca las circunstancias que la indujeron al error no esté dispuesta a mantener el contrato y tome las medidas del caso, pero no que nada diga y se espere a que se dé e siniestro para alegar la reticencia o la inexactitud, porque como quedó dicho, con su silencio allanó el vicio."*¹

¹ Corte Suprema de Justicia – Sala Civil. Sentencia Octubre 18 de 1995. M.P Pedro Lafont Pianetta.

Y al no lograrse probar el error en la sentencia del Tribunal, en uno de los aspectos antes señalados, evidentemente se daría al traste con sus pretensiones, que incluso de la manera en que fueron presentados los argumentos en el recurso de casación, lo que se podía concluir era una contradicción en los mismos, cuando en algunas oportunidades se señalaba que la aseguradora conoció, pudo conocer o debió conocer los hechos que fueron motivo de objeción, echando de menos que cada uno de estas situaciones conlleva consecuencias jurídicas disimiles, como viene de explicarse.

Ahora bien, en el contrato de seguro la buena fe debe manifestarse tanto por parte del asegurador como por parte del tomador, ya que este último debe dar una información exacta y precisa del estado del riesgo, además de no permitir que su conducta dolosa o culposa dé lugar a la realización del mismo. En este aspecto cabe citar como importante antecedente la sentencia C 232 de 1997, que sostuvo que la naturaleza del contrato de seguro exige la presencia de una buena fe "ubérrima", debido al riesgo que el asegurador asume, sin que tenga que llegarse a un examen minucioso y detallado de cada uno de los riesgos que contrata. En este mismo sentido el profesor Hernán Fabio López Blanco señaló: "El contrato de seguro, como contrato de ubérrima buena fe, no puede partir de la base errada de que es necesario verificar hasta la saciedad lo que el tomador afirma antes de contratar, porque jamás puede suponerse que él miente."²

Pero en esa doble vía de la relación, no puede recaer la defensa de la buena fe, únicamente en cabeza del tomador, sino que también el asegurador tiene ciertos deberes durante toda la etapa precontractual y contractual del seguro. Así entonces,

² LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro, Segunda Edición. Bogotá: Dupré Editores, 1993. P 118.

se puede observar cómo en la sentencia del 02 de Agosto de 2001 con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, se estableció que el asegurador no puede mantener una posición pasiva frente a la declaración del riesgo que va a asumir, concretamente: "debe informarse de manera complementaria y directa, según sea el caso, en vías de obtener una más completa y depurada información que le permita desarrollar adecuada y profesionalmente su objeto social."³

Luego entonces, es también carga del asegurador, obtener su propia información de los hechos que le están siendo informados, dentro de las posibilidades que su profesión le brinda para obtenerla, como más adelante se reitera.

Al observar el último inciso del artículo 1058 de Código de Comercio resulta importante analizar, cuál es el alcance de la obligación de conocer el real estado del riesgo, ya que si bien es cierto que la aseguradora debe obrar con alto grado de diligencia profesional, también es necesario resaltar, el postulado de la ubérrima buena fe aplicable al concepto de seguros. También es importante establecer hasta dónde debe llegar la obligación de la aseguradora de obrar con diligencia, si se contrapone con la obligación que también le asiste al tomador, de obrar de buena fe, específicamente en la declaración de asegurabilidad.

Para lo anterior, es importante distinguir el significado de "conocer" (conocimiento real y el "debido conocer") conocimiento presunto, ya que con esa diferenciación se puede trazar el límite de la obligación del asegurador de conocer el verdadero estado del riesgo. Tenemos entonces que:

³ Corte Suprema de Justicia – Sala Civil. Sentencia 02 de Agosto de 2001, M.P Carlos Ignacio Jaramillo. Exp.6146.

"Si el asegurador conoció – conocimiento real y efectivo, no importa cómo – previamente a la celebración del contrato, la reticencia o la inexactitud y, no obstante, lo celebra, mal podría posteriormente alegar la nulidad por cuanto ello implicaría, como lo señala la Corte Suprema de Justicia desde antaño, obrar de mala fe, dolosamente, lo que no puede ser permitido por la ley... Expresado de otra manera, la compañía aseguradora, bien por acción, bien por omisión, estaría removiendo cualquier vicisitud con potencialidad de nublar su asentimiento, de tal suerte que la protección brindada por la ley...perdería su razón de ser... no podría enrostrarse la consolidación de un engaño o la alteración de la realidad factual."⁴

De acuerdo a lo anterior, vemos en este punto que el asegurador que haya conocido los hechos sobre los que recae la reticencia a través de diversos medios y a pesar de esto consiente en contratar, se entiende que el vicio ha sido subsanado, ya que esa aceptación representa que el asegurador no considera relevantes las inexactitudes o reticencias en las que ha incurrido el tomador en su declaración. Este conocimiento real y efectivo, no ofrece mayor dificultad, sin embargo, la interpretación de la expresión "debido conocer", es mucho más compleja toda vez que, de ahí se desprende el alcance de la obligación de conocer el estado del riesgo para el asegurador.

Al respecto, el profesor Torres Fernando de Castro, nos enseña:

"La expresión "debido conocer", no se trata, evidentemente, de los hechos o circunstancias que el asegurador "hubiese podido conocer" puesto que esta

⁴ TORRES FERNANDO DE CASTRO, Jose Fernando. Deberes de información en la etapa precontractual a cargo del asegurador y candidato a tomador. En: Revista Ibero-latinoamericana de seguros. N° 19. Abril 2003.

última expresión dice relación a lo que aquel hubiera podido hacer para completar su conocimiento acerca del estado del riesgo o, simplemente, para conocerlo. El legislador no se refirió a estos hechos. El asegurador no tiene obligación de verificar el estado del riesgo sino que le es facultativo hacerlo, de acuerdo con su leal y saber entender, luego no tendría sentido alguno que se le castigara por no hacer ejercicio de una mera facultad... "debido conocer" importa en el asegurador un grado de diligencia que excluye la culpa simplemente o, si se estima que se trata de responsabilidad contractual, la leve. No la levísima porque ésta extrema diligencia y cuidado no se le impone al asegurador".

Y sobre el deber de inspección señala:

"La inspección del estado del riesgo debe practicarse con la debida diligencia y, practicada de esa manera, no detectada la reticencia o la inexactitud, no puede entenderse que el asegurador "ha debido" conocer el estado del riesgo. Un asegurador diligente debería preguntar sobre el estado del riesgo si pretende actuar como un verdadero profesional de su actividad pero, en principio, no deja de ser diligente por el hecho de no practicar una inspección. Practicada esta, ella no exime al candidato a tomador de declarar el estado del riesgo. El asegurador si practica la inspección, debe obrar con la debida diligencia pues habrá de entenderse que, como consecuencia de la inspección, adquirió el conocimiento que con dicha diligencia se derive de esa inspección. Se trata de in 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..."⁵

⁵ Ibídem

Por su parte, en la sentencia del 28 de julio de 1976, con ponencia del Magistrado Jose María Guerra Samper, se observa que: *"La ley no se refiere a aquéllos hechos o circunstancias que ha podido conocer. Los primeros (los que ha debido conocer) son los hechos o circunstancias en que intervino o participó el mismo asegurador y que por éste motivo necesariamente los conoce, respecto de los cuales basta con que el asegurado demuestre que el asegurador participó en ellos, lo cual significa que debía conocerlos"*.

Sobre el tema, el profesor J. Efrén Ossa Gómez, concluye, en su obra "Teoría General del Seguro. El contrato", Editorial Temis Bogotá, 1984, página 312, lo siguiente:

"Es que, en síntesis, existen diferencias sustanciales entre conocer, deber conocer y poder conocer. El inc. 4 del art. 1058 circunscribe la órbita de su aplicación a las dos primeras hipótesis, más no a la tercera que el intérprete no puede, por lo tanto, incorporarle so pena de desbordar la intención de la ley claramente manifestada. Es que "el poder conocer encierra un concepto más exigente que "el deber conocer". Presupone un grado de diligencia más alto, una mayor penetración en el análisis del riesgo, así en su aspecto físico como en su aspecto moral. Con lo cual- dicho sea de paso- se entorpecería onerosa e innecesariamente la celeridad comercial de la actividad aseguradora".

Para el momento en que es proferida la sentencia objeto de análisis existía un criterio unánime respecto a cuál debía ser el alcance de la obligación del asegurador de conocer el estado del riesgo, teniendo en consideración el postulado de la ubérrima buena fe en la declaración de asegurabilidad y sobre el obrar diligente y cuidadoso del asegurador como profesional sobre el conocimiento del riesgo sin que ello represente que sus verificaciones vayan más allá de sus posibilidades haciendo más

oneroso su actividad afectando la celeridad del contrato y el equilibrio que en él debe existir.

No obstante, vale la pena resaltar el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 de agosto del 2001 con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo, donde a partir de los antecedentes que ya referimos, se amplió el análisis sobre los alcances de los deberes de información a cargo de las partes en el contrato de seguro. Veamos textualmente lo allí manifestado:

"Por su relevancia funcional, a la vez que por su íntima conexidad con el sub lite, cumple relieves que el conocimiento del asegurador al que se ha aludido no sólo es el real -o efectivo-, esto es el directo y consciente, como a primera vista pudiera parecer, sino también el presunto, vale decir el que emerge, ministerio legis, como corolario de la falta de diligencia radicada en cabeza de un profesional en el riesgo, predicable de ciertos y determinados hechos que, por su connotación, podían haber servido para elucidar las circunstancias fidedignas que signaban al riesgo, en su estado primigenio, según se pinceló. Por ello es por lo que el prealudido inciso, en lo pertinente, dispone que la nulidad no tendrá lugar "(...) si el asegurador, antes de celebrar el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración (...)", tal y como acontece, lato sensu, en tratándose de otras figuras prototípicas del seguro, por vía de ejemplo con la agravación del estado del riesgo (art. 1060 C. de Co.), o con la "prescripción de las acciones que derivan del contrato" objeto de examen (art. 1081 C. de Co.), en las que tampoco se torna extraño el apellidado conocimiento presunto, en prueba fehaciente de su cabida y aceptación explícita en la legislación nacional".

Y más adelante complementa:

"El aducido deber -o carga, preferiblemente- de información que cobija al asegurador, no borra -o diluye- la obligación precontractual de declarar el "verdadero" estado del riesgo que, por excelencia, le incumbe al candidato a tomador, por manera que, a pretexto del mismo, no es lícito reducir su radio de acción y menos su vigencia general, puesto que la diligencia del empresario, exigible por tratarse de un profesional familiarizado con el manejo del riesgo, como se anotó, no puede llevarse hasta el extremo de hacer nugatorio, en sí, el mecanismo correctivo en cita".

Finalmente, sobre el alcance de la obligación del asegurador de conocer el estado del riesgo la citada sentencia concluye:

"En este específico sentido, es importante agregar que, en materia informativa, como secuela de la buena fe y, en particular, del postulado de la cooperación negocial, el límite o el confín de la carga de informar al otro radica, precisamente, en el deber de informarse a sí mismo, en la medida de lo posible, y de las circunstancias que rodean cada asunto, observación que coincide con la opinión expresada por los juristas Galos Gerard Cas y Didier Ferrier, según la cual existe claramente "(...) una relación dialéctica entre la obligación de información, de una parte y, de la otra, el deber de informarse" 8, el que a juicio de un sector de la dogmática jurídica, como ya se ha referido, está enclavado en otro deber, aún de mayor espectro: el de cooperación, signado por un criterio de reciprocidad negocial, tan propio de la ratio contractual.

Recapitulando, en apretada síntesis, conclúyase que le corresponde al intérprete del seguro, en particular al juzgador del contrato, evaluar

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

Con lo anterior, queda asentado entonces, que existe el deber por parte del tomador de informar sinceramente el estado del riesgo y que la carga de diligencia del asegurador apunta a un deber de buscar información sobre el estado del riesgo, pero en la medida de lo posible y de las circunstancias que rodea cada asunto, sin que se pueda justificar en ningún momento las falsas declaraciones, y sin hacer mucho más cuantioso y dispendiosa la actividad aseguradora.

Ahora bien, no se puede perder de vista en cuanto a uno de los argumentos planteados en la sentencia, que aunque allí de manera fugaz se aborda, toca un tema de mucha relevancia, esto es, la inexistencia del riesgo, y por ende inexistencia

del contrato que opera de pleno derecho sin necesidad de ser declarado judicialmente.

Es que en el caso que corresponde a la sentencia objeto de este análisis, no hubo interés ni riesgo que asegurar, porque desde que el tomador contrató la póliza, sabía que a través de su artificio, de comprar mercancías a través de una compañía con la que tenía íntima relación, podía incumplir la obligación de pago, para que la aseguradora terminara pagando una obligación por una operación ficticia. Y la aseguradora efectivamente pudo conocer la íntima relación que había entre dichas compañías, e incluso tolerarlo, pero lo que no podía tolerar era la intención de realizar una operación ficticia, pues allí no estaría asegurando riesgo alguno. Es que recuérdese que ni siquiera existió prueba de la remisión de la mercancía, y tampoco hubo intención de pago de la compradora al expedir cheques sin fondos y letras que no serían pagadas.

Así las cosas, resulta aún mucho más defendible el razonamiento aplicado en la sentencia que ocupó este análisis, en el sentido de que no puede medirse el nivel de diligencia del asegurador respecto de un riesgo inexistente, pues este se aplica para los casos en los cuales efectivamente el riesgo existe, y en un contrato de seguro como el de exportación, se presupone que existe la negociación, de lo contrario, no puede hablarse de la inspección de un riesgo inexistente, y esto quedaría probado cuando se observa el momento en que el recurrente en casación plantea que fue posible para la aseguradora verificar las circunstancias que constituyen la reticencia o inexactitud, es decir, que sí existieron tales reticencias e inexactitudes, de manera intencional por parte de la demandante.

RESEÑA

2. SENTENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN CIVIL NOVIEMBRE 16 DE 2005

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Fernando Trejos Bueno

Expediente: 09539-01.

FLOTA CHIA LIMITADA VS. ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.

2.1. HECHOS:

1. FLOTA CHIA LTDA, con el fin de asegurar el vehículo de placa SKI-740, frente a pérdida total por hurto, acude a su intermediario de seguros, quien autorizado por la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A, ordena la inspecciona del referido vehículo a través de Colserauto Ltda, el día 19 de julio de 1999.
2. Otros dos vehículos relacionados con la demandante, fueron llevados a ser inspeccionados en Colserautos Ltda, y frente a estos, ASEGURADORA COLSEGUROS S.A expidió las respectivas pólizas al momento de la inspección en noviembre de 1999.
3. El vehículo de placas SKI-740 fue hurtado con violencia el 30 julio 1999 sin que se hubiese expedido la respectiva póliza, de lo cual se dio cuenta oportuna a la aseguradora y al representate legal de la agencia intermediaria seguros.
4. FLOTA CHIA LTDA, sin contar con la póliza del vehículo de placas SKI -740, tuvo que acudir a la superintendencia bancaria "para que por intermedio de

ella se pudiera formalizar la presentación de la reclamación”, pues la aseguradora se negó a recibir la misma.

5. FLOTA CHIA LTDA, presenta demanda en contra de la aseguradora, solicitando la indemnización por la pérdida del vehículo, donde la demandada se opuso a las pretensiones argumentando que el contrato de seguros nunca se perfeccionó, no resultando vinculada para ese efecto por la inspección que se hizo al vehículo.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO:

Es posible acreditar la existencia del contrato de seguro con otro medio de prueba diferente al establecido por la ley 389 de 1997, y esta solemnidad ad probationem, se extiende igualmente para demostrar las condiciones de dicho contrato?

2.3. PRIMERA INSTANCIA: Accedió a las pretensiones de la parte actora condenando a la demandada a pagar la suma de \$61.500.000, más intereses de mora.

2.4. SEGUNDA INSTANCIA: Revoca la decisión y absuelve.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL:

Estudia el tema de la prueba del contrato de la siguiente manera:

1. La prueba del contrato de seguro, ante la duda de su existencia, se debe abordar en los términos del artículo 1 de la ley 389 de 1997.

2. No puede tenerse como base para deducirse la existencia del contrato de seguro, la expedición de pólizas para vehículos que fueron inspeccionados con posterioridad al siniestro que se discute.
3. No existe confesión del representante legal de la aseguradora sobre la existencia del contrato de seguro, pues de ella se desprende que la inspección realizada sobre el vehículo sirve para aceptar o para rechazar el seguro, sin que con ello se produzca una cobertura inmediata. El representante legal, solo aceptó la existencia del contrato para dos automotores que no son objeto del proceso.
4. De las demás pruebas practicadas en el proceso, no se desprende la celebración del contrato de seguro.

2.5. DEMANDA DE CASACIÓN: Casacionista: Demandante

Causal Primera:

1. Se acusó la sentencia por vía indirecta de haber quebrantado por falta de aplicación los artículos 1080, reformados por los artículos 111 de la ley 510 de 1999, 1045, 1046 reformando por el artículo 3 de la ley 389 de 1997, el párrafo del artículo 1047 reformado por el artículo 2 de la misma ley, 1088 y 1089 del Código de Comercio, y finalmente el artículo 177 del C.P.C., como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Respecto al único cargo, señaló el casacionista lo siguiente:

1. La declaración del representante legal de la aseguradora, se refería a la aceptación de la existencia del contrato de seguro sobre el vehículo de placas

SKI-740 que fue inspeccionado, y no solo respecto de los otros dos automotores, de igual manera se desprendía que la respectiva póliza sí fue expedida.

2. De la constancia de inspección del vehículo de placas SKI-740, se desprenden los elementos esenciales del contrato de seguro, que no encontró acreditados el Tribunal.
3. El representante legal de la compañía de seguros confesó que se había aceptado el riesgo, procediendo con la expedición de la póliza posteriormente, lo que implica el perfeccionamiento consensual del contrato sin necesidad de expedición de póliza.
4. La póliza fue expedida, pero fue retenida y no entregada por la aseguradora en contravía de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1046 del Co. de Co.
5. No se apreciaron las pruebas indirectas para acreditar las condiciones de la póliza, que ante su falta de entrega, debían tenerse en cuenta las depositadas en la Superintendencia Financiera.

2.6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Como excepción al principio de libertad probatoria de que trata el artículo 175 de CPC, el contrato de seguro en su carácter consensual se prueba por escrito o por confesión, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 1046 del Co de Co, lo que implica un formalismo ad probationem, pues el escrito no repercute en el perfeccionamiento, pero sí en la prueba del contrato;

ampliando igualmente el régimen a la confesión para establecer su existencia, los elementos esenciales y las condiciones del mismo.

2. El escrito no debe corresponder necesariamente a la póliza de seguros, sino a un documento lo suficientemente contundente para dar por acreditado la existencia del contrato con sus componentes, o en defecto de este, una confesión igualmente inequívoca al respecto.
3. La inspección del vehículo no crea vínculo jurídico entre el tomador y la aseguradora, por cuanto la misma no implica aceptación del riesgo, ni cobertura alguna, teniendo en cuenta la salvedad estipulada en la respectiva acta de inspección.
4. Cuando se carece de prueba documental sobre el seguro, debe brotar de la confesión el acuerdo de voluntades y los términos en que se convino el contrato.

2.7. DECISION:

No Casa la sentencia.

2.8. EVALUACIÓN CRÍTICA:

La sentencia, es acorde y adecuada con la normatividad que regula el caso concreto, en materia de seguros, en lo que tiene que ver con la prueba del contrato de seguro, de acuerdo a la normatividad y antecedentes invocados, deja en mi concepto un vacío en cuanto a la forma en que se prueban las condiciones del mismo.

Es bien sabido que con la reforma introducida por la ley 389 de 1997, a los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio, la regulación probatoria del contrato de seguro, dio un giro contundente, que no pocas discusiones ha generado. En este sentido y refiriéndonos al primero de los artículos, el contrato de seguro que antes era solemne, se convierte en consensual, y únicamente se perfeccionaba y probaba mediante el documento denominado póliza, para luego simplemente probarse por medio de confesión o por escrito, debido al carácter consensual. Dicha concepción del Código de Comercio, fue recogida por ejemplo en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 24 de Noviembre de 1989, con ponencia del Magistrado Dr. RAFAEL ROMERO SIERRA, donde se sostuvo:

"Es el de seguro un contrato solemne a términos del artículo 1036 del Código de Comercio. Para su perfeccionamiento no basta, pues, el simple acuerdo de voluntades que, por antonomasia, caracteriza el contrato en general, sino que es indispensable, además que se expida una póliza que ha de suscribir el asegurador, y solo a partir de entonces, tal como paladinamente lo establece el inciso 2º de la disposición en cita, ha de tenerse por perfeccionado el contrato. Y como es apenas obvio, esa misma solemnidad constituye la prueba del contrato, desde luego que siendo de aquellas que la doctrina le asigne el doble carácter de ad-sustantiam actus y ad-probationem, no de otra manera podría disponerlo al decir: "El documento por medio del cual se perfecciona y prueba el contrato de seguro se denomina póliza." (Artículo 1046 ejusdem)."

Y en sentencia posterior, del 25 de Mayo de 1992, con ponencia del Magistrado Pedro Lafont Pianeta, la Corte reiteró:

"2. Consecuencia ineludible de la solemnidad exigida por el legislador para el perfeccionamiento del contrato de seguro, es que, sin ella, no nace a la vida jurídica, pues tal formalidad es un requisito ad substantiam actus, de cuya falencia deviene la inexistencia misma del contrato, así como la imposibilidad de su prueba por otros medios probatorios pues así lo ordena en forma categorica el Art.1046 del Código de Comercio. Ello significa, entonces, que en ausencia de la póliza no puede la jurisdicción dar por demostrado un contrato de seguro de ninguna clase, pues a ese tipo de contratos le es aplicable la doctrina de la Corte, según la cual "es principio indiscutible que el contrato solemne no tiene existencia jurídica sino desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección"..."

Con la citada reforma de 1997, en la actualidad tenemos que el contrato al ser consensual, su perfeccionamiento no se acredita con prueba solemne, como sí se hace necesario para la prueba de su existencia, ya sea un documento suficiente o la confesión al respecto (que demuestre los elementos esenciales del artículo 1045 co de co), es decir, en cuanto a la prueba del seguro se establece una solemnidad ad probationem, pero se reitera, hay libertad de medios probatorios para probar su perfeccionamiento, ya que finalmente aceptar el razonamiento de que sin la prueba de la expedición de la póliza no se obtiene la certeza del perfeccionamiento, nos pone en una encrucijada sin salida, pues precisamente el debate de la prueba del contrato surge cuando no existe póliza, y lo que se quiere es acreditar el acuerdo de voluntades en los términos del artículo 1036 del co de co, es decir, desde su carácter de consensual.

Ahora bien, cosa diferente es demostrar la existencia del mismo, que como ya se dijo debe ser mediante el documento o la confesión, y así lo ha sostenido la sentencia que ocupa el presente análisis, al señalar que: *"...Esa misma ley modificó el artículo*

1046 del C. de Co. y a partir del carácter consensual de dicho vínculo estableció, sin embargo, un régimen probatorio especial para demostrar su existencia, consistente en que "el contrato de seguro se probará por escrito o por confesión"; se consagró así una de las excepciones al principio general del derecho probatorio por el cual las partes pueden acudir a cualquier medio de convicción lícito para comprobar los hechos cuya verificación les interesa para defender sus derechos, tal como se desprende de lo dispuesto en el artículo 175 del C. de P. Civil."(Subrayas propias)

En igual medida, surge el interrogante en cuanto a la prueba de los términos o condiciones del contrato, siendo un tema de prueba que no requiere de las solemnidades antes estudiadas, pues no existe la prohibición de utilizar los demás medios probatorios establecidos en la ley para acreditarlos.

En el caso concreto, consideramos que si bien no existió la suficiente prueba para acreditar el perfeccionamiento o la existencia del contrato, es evidente que la conclusión de la Corte sobre la prueba de los términos por medio de la confesión no es del todo acertada, pues sobre dichos aspectos sí debe tenerse en cuenta los demás medios de prueba que consagra el legislador para acreditar supuestos de hecho. Por lo que en este caso, de haberse encontrado probado el perfeccionamiento del contrato y la existencia del mismo (que no implica la expedición de la póliza), los medios para acreditar los términos y condiciones, hubiesen podido ser perfectamente los anunciados por el recurrente en Casación, esto es, las condiciones depositadas por el asegurador en la Superintendencia bancaria

Obsérvese cómo al parecer la sentencia estudiada, trata de limitar la prueba de las condiciones, a lo que se puede o no escudriñar en el interrogatorio de parte:

"6. Por consiguiente, no surge el error manifiesto denunciado por el hecho de que el sentenciador no haya derivado de ese interrogatorio la prueba de la confesión inequívoca de la celebración del contrato de seguro; y aun suponiendo que de allí se puede extraer que medió el consentimiento para el aseguramiento del vehículo, lo cierto es que no arroja ninguna evidencia sobre los términos en que finalmente fue convenido; por ejemplo, no se deduce de las expresiones del confesante el término de vigencia y su iniciación, ni menos la cobertura o el alcance del seguro en materia de pérdida total o parcial del vehículo por hurto, ni la prima pactada."

Allí se alcanza a advertir entonces, el yerro que venimos de explicar, pues se insiste, una cosa es demostrar la existencia del contrato a través del documento o la confesión, y otra cosa, es que mediante la confesión también se deban demostrar las condiciones del seguro. Por lo que en el supuesto propuesto por la Corte, si del interrogatorio brotaba el consentimiento para el aseguramiento del vehículo, las condiciones del contrato podían ser probadas con libertad de medios probatorios, es decir, efectivamente se podía hacer uso de las condiciones depositadas ante la Superintendencia por parte del asegurador. De hecho vale la pena mencionar como el artículo 2 de la ley 389 del 1997, consagra:

"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."

No obstante, sobre la prueba de las condiciones del contrato de seguro, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto No. 2004000236-1 de Enero 8 de 2004, dijo lo siguiente:

"Por tanto, si nos referimos a la vigencia del seguro como una de las condiciones particulares de este, prevista en el numeral 6 del artículo 1047 del Código de Comercio, la póliza probará cuál fue el acuerdo de voluntades en relación con "(...) las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras".

En este orden de ideas, es factible que en la póliza de seguro la fecha de iniciación de vigencia del seguro sea anterior a la fecha de expedición de esta, toda vez que el acuerdo de voluntades o consentimiento de las partes precede al documento escrito y son las partes las llamadas a determinar cuándo el asegurador comienza a asumir los riesgos trasladados por el tomador, mientras que la fecha de expedición de la póliza indica cuándo se expidió el documento que prueba, entre otros, el contrato de seguro.

En efecto, según se desprende de lo señalado por el artículo 1046 del estatuto mercantil, aún en ausencia de la póliza de seguro es posible demostrar la existencia del contrato y, en su orden, las fechas de vigencia del mismo, mediante cualquier otro documento escrito que así lo permita establecer o incluso con la confesión del asegurador, que en los términos de lo establecido por el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, puede ser judicial o extrajudicial."

La Corte alinea su posición en sentencia del 24 de mayo de 2000, Expediente No. 5349, con ponencia del Magistrado Manuel Ardila Velásquez, y reiterada en Sentencia del 08 de agosto de 2007, con ponencia del Dr. CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE, expediente 08001-3103-004-2000-00326-01, cuando señala:

Se afirma, pues, que la parte actora no arrimó a los autos la póliza correspondiente, único medio apto conforme a la legislación vigente a la

sazón para perfeccionar y probar el contrato de seguro (Art. 1046 C. de Co.). Al respecto, se aduce que los documentos agregados a la demanda incoativa del proceso, contra lo que en dicho escrito se afirma y contra lo que entendió el tribunal, no constituye una póliza, habida cuenta de que en los mismos no aparecen las condiciones generales y particulares del contrato, cual lo requiere el precepto 1047 ibidem .

Ahora, comenzando para despachar la acusación con lo atinente a las cláusulas o condiciones particulares del contrato que enumeradas en la precitada norma deben expresarse en la póliza, cabe ante todo observar que mientras algunas de las allí contempladas, por su naturaleza misma deben necesariamente apuntarse en el susodicho documento, otras en cambio vienen a ser suplidas por la ley...

Y en lo concerniente a las llamadas condiciones generales, que también echa de menos el impugnante, cabe mencionar que el párrafo del artículo 1047, en la redacción vigente para la época del contrato, establecía que "se tendrán como condiciones generales del contrato, aunque no hayan sido consignadas por escrito, las aprobadas por la autoridad competente para el respectivo asegurador en relación con el seguro pactado, salvo las relativas a riesgos no asumidos".

Conforme a esa disposición, entonces, esas cláusulas generales que el asegurador debe hacer aprobar por la autoridad competente, esto es, la Superintendencia Bancaria - sin que por ende pueda hacer valer a su favor y en contra del asegurado su propia omisión al respecto-, hacen parte integrante del contrato así no se hayan consagrado por escrito, de manera

que mal puede aducirse la carencia de ellas para proclamar la ineficacia de la póliza."

En un pronunciamiento posterior, la Corte mediante sentencia del dieciséis (16) de diciembre de dos mil ocho (2008), expediente No. 76001 3103 001 2003 00505 01, Magistrado Ponente: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, permite advertir que las condiciones del contrato, pueden ser probadas por fuera de la confesión o la póliza misma, cuando señala:

"3.3. En todo caso, contrario a lo argüido por la censora, no es absurdo colegir que las partes sí convinieron la prima o costo del seguro, y tan cierto es lo anterior que el intermediario expidió el recibo de caja No. 500173 (folio 7 cuaderno No. 1), en donde se da cuenta de su establecimiento y cuantía. Súmase a ello, que el escrito obrante a folio 46 del cuaderno principal, allegado por la demandada, correspondiente al original de la solicitud/certificado, en él aparece con total claridad la indicación de dicho elemento esencial, o sea que sí hubo concertación sobre la prima y el valor de la misma. Debe resaltarse, a propósito del tema, que la suma a que alude el mentado recibo de caja que, por supuesto, es un escrito y en cuanto tal idóneo para aportar argumentos de convicción respecto de la existencia del seguro, coincide con el valor que en su momento el intermediario y el tomador convinieron; también, bueno es resaltarlo, que dicha coincidencia recae sobre el valor que la aseguradora devolvió a la cónyuge del tomador, bajo el supuesto de haberse rechazado la solicitud de aseguramiento.

Y en lo relacionado con la obligación condicional de la demandada, es preciso asentar las siguientes reflexiones: de un lado, que si el sentenciador supuso la prueba de un hecho, esa eventual incorrección debió denunciarse y

demostrarse como un yerro fáctico, no de derecho; de otro lado, y haciendo abstracción de la anotada deficiencia técnica de la acusación, lo cierto es que la recurrente se abstuvo de demostrar sus recriminaciones, pues se circunscribió a presentar su propia apreciación de los documentos. Igualmente que, como ya se dijera, el Juzgador, de la mano de las reglas que gobiernan la intermediación aseguradora, infirió que la intermediaria comprometió a la aseguradora, elucidación que se abstuvo de cuestionar. Por último, no puede olvidarse que la obligación condicional en este caso no puede ser otra que la vinculada con la vida del tomador, pues en ese sentido se gestionó el amparo. Prueba de ello está que la solicitud/certificado citada reiteradamente en ésta providencia, expresamente alude a que se trata de un seguro de vida.”

Ahora bien, en todo caso, no puede perderse de vista, que el contrato de seguro al ser reformado por la Ley 389 de 1997 fue concebido como un contrato consensual, con restricción probatoria. Sin embargo, el carácter ad probationem que tiene, permite probar su existencia por todos los medios consagrados en nuestro ordenamiento jurídico para tal fin, en el evento que haya sido imposible para las partes procurarse el documento por imposibilidad física o moral o siempre que se haya demostrado la destrucción o pérdida del escrito. Se podría decir incluso que no se restringe la prueba del contrato de seguro a sólo dos (escrito y confesión) ya que se desconocería la norma sustancial que propone un contrato consensual que se perfecciona y, por ende, nace a la vida jurídica con el solo acuerdo de voluntades entre asegurador y tomador, pero dicha teoría aún no tiene cabida en nuestro ordenamiento.

Es que obsérvese que la Corte Suprema de Justicia, a partir de la sentencia del 25 de marzo de 2009, cuya Magistrada Ponente fue la Dra. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA,

expediente No. 08001-3103-005-2003-00300-01, aplicó de manera acertada la normatividad vigente, pero sugiere incluso la posibilidad de que el seguro se pruebe por otros medios de prueba, veamos:

"5. El juicio valorativo que sobre los medios de convicción referenciados a lo largo de este capítulo realizó la Corporación en la sentencia impugnada, encaja dentro de la alternativa hermenéutica que la situación descrita permite o acepta, independientemente de que pudiera tener otras respuestas diferentes. Por contera, el reparo que hace el recurrente en la forma en que el sentenciador examinó los testimonios y dedujo de ellos la existencia del contrato de seguro, es un esfuerzo de exponer otra posibilidad, pero que no tiene entidad suficiente para quebrar el fallo combatido, porque la conclusión está dentro de lo lógico y razonable, motivo suficiente para mantenerlo en pie, toda vez que los supuestos errores en que se haya podido incurrir no serían ni manifiestos ni mucho menos trascendentes.

Finalmente en lo que atañe con los reproches que se le hacen a la prueba testimonial, en cuanto se dice fue omitida por el Tribunal, ha de observarse que lo vertido por los testigos, funcionarios de la intermediaria Aldima Ltda., se encuentra plasmado en una de las piezas documentales, valorada expresamente por el ad quem, junto con los demás aportados, y a través de la cual arribó a las determinaciones allí consignadas."

Con la sentencia que viene de referirse, podríamos concluir que la perfección del contrato se prueba por cualquier medio, la existencia del mismo se puede probar mediante un documento en el que se adviertan sus elementos esenciales (el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o pago del seguro y la obligación

condicional del asegurado), por lo que sus condiciones pueden ser demostradas con cualquier medio de prueba idóneo, sin limitarse al escrito o a la confesión.

No obstante, podemos concluir que es posible acreditar la existencia del contrato de seguro con otro medio de prueba diferente al establecido por la ley 389 de 1997, cuando sea imposible acompañar el documento (por destrucción ó pérdida) o no sea posible obtener la confesión, y en todo caso, las condiciones del contrato de seguro se prueban con cualquier medio probatorio, de los consagrados en el ordenamiento procesal civil vigente.

RESEÑA

3. SENTENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN CIVIL

ABRIL 26 DE 2007

Magistrado Ponente: Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez

Expediente: 11001-31-03-022-1997-04528-01

INÉS FERREIRA BERNAL VS. SEGUROS BOLIVAR S.A.

3.1. HECHOS:

1. La compañía de Seguros Bolivar S.A, expide a favor del señor Álvaro García Ordoñez, dos certificados individuales de seguro de vida adheridos a la póliza vida grupo GR5000 del Banco Davivienda, uno para el mes de septiembre de 1993 y el otro para marzo de 1994, diligenciándose la respectiva declaración de asegurabilidad.
2. Al momento de diligenciar la respectiva declaración de asegurabilidad, el asegurado omitió brindar información acerca de una enfermedad que padecía, de la cual tenía pleno conocimiento.
3. La empresa se limitó solo a lo que le correspondía, es decir, recibir la información del formulario según el cuestionario propuesto, sin realizar ningún examen médico para verificar el estado de salud del asegurado.
4. El señor García Ordoñez fallece en octubre de 1995, y la señora Inés Ferreira Bernal en calidad de beneficiaria presenta la correspondiente reclamación, la cual le es objetada con fundamento en que el asegurado ocultó su verdadero estado de salud en los seguros arriba mencionados.

5. Los certificados de seguro se renovaron de manera automática hasta el año 1995, sin que para ello hubiese mediado nueva declaración de asegurabilidad.
6. La aseguradora frente a la demanda interpuesta por la actora, manifestó que la renovación de los seguros, no comportan un nuevo contrato de seguro de vida, y por lo tanto el contrato es nulo por reticencia del tomador.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO:

De cara a lo consagrado en el artículo 1058 del Co de Co, cuáles son las consecuencias jurídicas a las cuales se debe acudir ante un acto de mala fe del asegurado en la declaración del estado del riesgo y la ausencia de verificación de dichas circunstancias por parte de la aseguradora, cuando en esta no ha mediado negligencia?

3.3. PRIMERA INSTANCIA: Se desestiman las pretensiones de la parte actora declarando la nulidad relativa del contrato de seguro.

3.4. SEGUNDA INSTANCIA: Revoca la decisión y acoge las pretensiones.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL:

Estudia el tema de la reticencia de la siguiente manera:

1. La sanción de la nulidad relativa por reticencia en los términos del artículo 1058 del Co de Co, no es aplicable cuando el asegurador antes de celebrarse el contrato ha conocido o ha debido conocer los hechos o circunstancias que

vician la declaración, así como tampoco, cuando luego de celebrado el contrato, conoce dichas circunstancias y las acepta al callar cualquier acción.

2. Dado que la empresa aseguradora no realizó los exámenes que serían pertinentes para verificar el estado de salud del tomador asegurado, no se concretó una conducta debida y exigida por el profesionalismo que le recae a la empresa aseguradora. La actitud negligente de la aseguradora frente al riesgo que va a asegurar impide la declaratoria de la nulidad relativa.
3. Cuando el tomador o asegurado expresa ciertas circunstancias inexactas que no están prevalidas de culpa por su parte, es decir, que esas afirmaciones las ha hecho porque las creyó pertinentes, no se puede pretender una declaración de nulidad del contrato, por cuanto la aseguradora es quien tiene la carga de facilitar los medios para obtener datos necesarios que conduzcan a un adecuado conocimiento sobre el estado del riesgo.
4. No se encuentra probado la medida en la cual pudo ser relevante o no la información sobre la enfermedad que padecía el asegurado, por lo tanto al no acreditar que de conocer la enfermedad hubiera decidido no contratar o hacerlo en condiciones más onerosas, no se puede aplicar la sanción de nulidad relativa.

3.5. DEMANDA DE CASACIÓN: Casacionista: Demandada

Respecto al primer cargo:

Con fundamento en la causal primera de casación, acusa la sentencia por violación directa de los artículos 1058 y 900 (inciso 1º) del código de comercio y 1508 y 1741 del código civil.

1. Estando probada la mala fe del tomador en la etapa precontractual al omitir deliberadamente su verdadero estado de salud, no se podía aplicar la excepción consagrada en el artículo 1058 del Co de Co, en cuanto a no declarar la nulidad relativa, fundamentado en poca diligencia de la aseguradora, cuando esta ni siquiera existe.
2. No es lo mismo asegurar un riesgo en una póliza de vida individual que en una póliza de seguro de vida grupo, resultando en el segundo caso mucho más oneroso y dispendioso verificar cada riesgo. Inspeccionar el riesgo en el caso concreto, es una carga que no contempla la norma.
3. La expresión "debido conocer", de que trata el artículo 1058 del Co de Co, es una carga para la aseguradora y no una obligación de inexcusable cumplimiento, donde no puede pasar a un segundo plano la mala fe, el engaño o el dolo del asegurado, por debajo de su obligación de declarar sinceramente el estado del riesgo atendiendo a la máxima buena del contrato.

Respecto al segundo cargo:

Con fundamento en la causal primera de casación, acusa la sentencia por quebrantamiento indirecto de los artículos 900 y 1058 del código de comercio y 1508 y 1741 del código civil, a causa de error de hecho en la contemplación de las pruebas.

1. El sentenciador no apreció las solicitudes del seguro, donde el asegurado había faltado a la verdad de manera intencional, lo único que le importó fue si la aseguradora verificó o no la información suministrada.

2. La aseguradora cumplió con su carga y la diligencia que le impone la norma de interrogar sobre la enfermedad concreta, pero no se le podía exigir que ante cada respuesta negativa del asegurado, debía proceder a realizar exámenes para verificar dicha información, presumiendo la mala fe del mismo.

3.6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. El contrato de seguro es un negocio jurídico de ubérrima buena fe, el cual ambas partes deben observarla. La buena fe debe estar presente en todas las fases del negocio jurídico, y no se puede clasificar, esta sólo existe o no existe.
2. La declaración de asegurabilidad no es un límite ni circunstancial ni temporal sobre la sinceridad que debe tener el tomador, es el camino por medio del cual se allega conocimiento al asegurador sobre el riesgo, por ello debe obedecer a una información fidedigna y un actuar intachable del asegurado.
3. No todas las reticencias o inexactitudes generan la nulidad relativa del contrato de seguro, y ello ocurre cuando el asegurador ha conocido o debido conocer la reticencia o inexactitud. En este sentido el asegurador debe ser diligente y asesorar o informar al tomador de todas las circunstancias que conoce dado su profesionalismo y que ayuden a determinar el riesgo.
4. El asegurador si bien es profesional del riesgo, no tiene la obligación, sino la posibilidad o potestad de realizar investigaciones tendientes a determinar el verdadero estado del riesgo, pues si el asegurado oculta la verdad mediante la declaración de asegurabilidad, a la aseguradora le queda muy difícil dudar

de dicha información y proceder a investigar, ya que no es una conducta que se compadezca con el principio de la buena fe.

5. Para la aseguradora era de tal importancia la enfermedad ocultada por el asegurado que precisamente en el cuestionario interrogó por ella.

3.7. DECISIÓN:

Casa la sentencia y se profiere sentencia sustitutiva donde se confirma el fallo de primera instancia declarando la nulidad relativa del contrato.

3.8. EVALUACIÓN CRÍTICA:

La sentencia, es acorde y adecuada con la normatividad que regula el caso concreto, toda vez que, no existió una evidente falta de diligencia por parte de la aseguradora en la evaluación del estado del riesgo, que permitiera aplicar la excepción a la sanción de nulidad relativa.

La aseguradora demostró la diligencia debida, esta no debía hacer algo distinto a recibir el formulario presentado por el tomador del seguro en la etapa pre contractual, confiando en el presupuesto de la buena fe solo debía esperar a que las condiciones fueran de la manera en la cual él lo precisó. En la segunda instancia se le exige a la empresa aseguradora una conducta que la norma no prevé, la cual fue objeto de discusión, como ya se hizo mención anteriormente con los exámenes médicos no realizados, en este caso se le impuso a la empresa una carga extra que no es objeto de obligación.

Con los argumentos que ofrece la Corte para darle solución al conflicto se puede entender plenamente la interpretación del artículo 1058 del Código de comercio,

donde el tomador está obligado a brindar información fidedigna, veraz y oportuna, para que de esta manera en el contrato no se presente ningún vicio y por su parte la aseguradora teniendo conocimiento real del estado de riesgo puede tener una concepción distinta al momento de atenerse a la obligación de asumir el mismo, ya que de haber conocido la enfermedad del asegurado, hubiese tenido la opción de no asegurar o en su defecto asumir el riesgo con una prima mayor a la que se contrató.

La Corte en su línea argumentativa señala, con apoyo de una de las sentencias que cita, concretamente la del 2 de agosto de 2001: *"en primer lugar, si en efecto el tomador quebrantó la carga de declarar fidedignamente los hechos o circunstancias determinantes del estado de riesgo y en segundo término, solo en caso de que sea conducente, si no obstante existir un vicio en la declaración de asegurabilidad, el asegurador conoció o debió conocer –por su calificado oficio- los hechos que le sirvieron de apoyatura, todo sin perjuicio del tópico de la carga de la prueba, hipótesis de esta que para su comprobación reclaman buen juicio y sindéresis, muy especialmente con la última de las mencionadas, dado el conocido grado de subjetivismo que la escolta, el que aconseja prudencia en orden a no restarle sin fundamento atendible y razonable, fuerza jurídica a las –relevantes- reticencias e inexactitudes que, sin ambages, erosionan el axioma de la buena fe y que contaminan de paso, el proceso volitivo en cabeza de la entidad aseguradora, materia de esmerada atención universal por parte de los ordenamientos vigilantes de la preservación del equilibrio contractual"*.

Con esto la Corte entiende que las cargas que se desglosan de la obligación al querer buscar la consecución del contrato de seguro las podemos encontrar de ambas partes, en caso de que sea relevante la aseguradora tendría que verificar el estado de salud del asegurado, teniendo así de manera acertada el estado del riesgo del

que busca tomar el seguro, pero se aclara que esto no es una obligación completamente necesaria o una carga que la entidad aseguradora tenga que agotar en todos los casos, ya que primeramente se le impone la obligación al tomador del seguro, en la etapa pre contractual, de diligenciar de manera sincera, fidedigna y exacta el formulario que se le propone, para que así la aseguradora pueda tasar la prima con la que considere que puede asumir el traslado de ese riesgo. En el caso de que la empresa aseguradora sí notara el cambio del estado del riesgo, o verifique que este al momento de la diligencia del formulario es erróneo y no ejercita ninguna acción para que verifique el mismo, no se podría alegar la nulidad del contrato de seguro por reticencia o inexactitud.

Vale la pena resaltar respecto de la sentencia del 2 de agosto de 2001, el parámetro que estableció sobre cuál debe ser el límite de la obligación a cargo del asegurador, de cómo su responsabilidad sólo debía llegar a la culpa leve y que en ningún momento podía llegar a exigírsele a la aseguradora que verificara todas y cada una de las declaraciones hechas por el tomador, ya que este está obligado a declarar sinceramente el estado del riesgo y de hacerse una exigencia de tal magnitud a la aseguradora, se estaría dejando de un lado la importante carga del tomador y por tanto, vulnerando el principio de la buena fe, además de incurrir en un desequilibrio contractual, no obstante, con dicho fallo se respaldó la conclusión del Tribunal de instancia en el sentido de que no se configuró la nulidad del contrato de seguro, imponiendo a mi modo de ver una peligrosa interpretación sobre la atención que debe tener el asegurador en el riesgo, pues de lo contrario, el engaño o el fraude de los tomadores rendirá frutos si la aseguradora cae en el engaño o no estuvo atento al engaño.

En este orden de ideas, la sentencia del 2 de agosto de 2001, que sirve de base o de antecedente para tomar la decisión que se analiza, realiza importantes aportes a

la carga de la declaración del estado del riesgo, pero merece reparos en torno a una excesiva carga para el asegurador, pues en presencia de una reticencia consciente del tomador, intencional y dolosa, sobre un hecho que resultaba relevante respecto del estado del riesgo, la conducta contraria a la buena fe pudo superar la conducta o pasividad del tomador frente al riesgo a asegurar, es decir, con independencia de esa mala fe del tomador, el asegurador que no obró de manera diligente, no puede valerse de la excepción de nulidad relativa. Porque una cosa es que el tomador no haya actuado de mala fe o sin intención de incurrir en la reticencia para favorecerse del seguro, y que el asegurador no se haya percatado de dicha situación estando en la posición de hacerlo (caso en el cual comparto el criterio de no aplicar la sanción de la nulidad relativa), y otra bien diferente es, que a pesar de la mala fe del tomador, y la negligencia del asegurador, triunfe la primera, y no haya lugar a que se apliquen los efectos de la nulidad relativa, es decir, se envían un mensaje equivocado que podría incitar el ánimo fraudulento de algunos asegurados que llevando a la aseguradora al engaño podrían obtener un provecho indebido del seguro.

Al respecto, resulta importante resaltar la consideración que tuvo el Tribunal Superior de Bogotá, que desde la sentencia del 16 de diciembre de 1993, que luego fue respaldada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de mayo de 1999, cuando señaló que: "Cuando la mala fe del tomador supera los controles de la firma aseguradora, no puede imputársele algún grado de responsabilidad respecto del siniestro, pues el tomador está obligado a declarar sinceramente el estado del riesgo y sin reticencia, lo cual releva a la aseguradora de realizar investigación sobre el estado del riesgo. Ahora bien, si la aseguradora realizó investigación como medida de prudencia adicional al deber de sinceridad del tomador y a pesar de ello la intención fraudulenta logra el acaecimiento del siniestro, no puede existir consecuencias adversas para el asegurador".

Con la sentencia que ocupa este análisis, considero que sí se aplicó en debida forma, los efectos del artículo 1058 del Código de Comercio, por cuanto evidentemente la aseguradora no puede presumir la mala fe del tomador, contrariando el postulado de la ubérrima buena fe en materia de seguros, y esta mala fe de uno de los contratantes es la que rompe el equilibrio contractual, con independencia de si el asegurador pudo o debió conocer las circunstancias de inexactitud o reticencia, pues la mala fe no se clasifica en menor o mayor grado, simplemente existe o no.

Es que si el tomador informa que no padece ninguna enfermedad y no otorga otro tipo de información que permita deducir lo contrario, jamás puede ser carga del asegurador averiguar sobre un estado de salud contrario a lo informado por el tomador, caso diferente es cuando a pesar de los exámenes médicos el asegurador obtenga un conocimiento presuntivo del riesgo y decida contratar. Por lo que una conducta diligente del asegurador al momento de contratar se limita a creer basado en el principio de la buena fe, la información brindada por el tomador, sin presumir su mala fe, máxime cuando se contrata en masa y el asegurador no tiene esa obligación de analizar cada riesgo, pues su actividad se convertiría en excesivamente onerosa.

La posición de la Corte, fue siendo aplicada en una medida mucho más razonable como se puede observar en la sentencia del 11 de abril de 2002, expediente 6825, con ponencia del Magistrado Jorge Santos Ballesteros, quien además de citar la sentencia del 02 de agosto de 2001, dijo lo siguiente:

"Así las cosas, esa reticencia acreditada en el proceso—reticencia que de otra parte no tiene porqué ser la causa del siniestro, dado que tal exigencia no la contempla ley- de conformidad con el artículo 1058 del Código de Comercio,

debió conducir a que el Tribunal declarara la nulidad relativa del contrato de seguro, sobre todo porque del acervo probatorio recaudado aflora que la compañía de seguros no tenía motivo alguno que le generara desconfianza y le impusiera el deber profesional de auscultar el estado del riesgo aún más de lo que hizo, que fue examinar el estado de salud del futuro asegurado y exigir el concepto profesional del asesor y del gerente de la agencia o sucursal de la aseguradora, víctima por tanto de un engaño que le asaltó su buena fe. Por consiguiente, demostrado el error del Tribunal al no apreciar las inexactitudes, y verificado que la aseguradora no conocía ni debía conocerlas, resulta claro que la sentencia deba casarse para en su lugar declarar, en sede de instancia, la nulidad relativa del contrato de seguro, sin que por lo demás, no deje la Corte pasar la ocasión para ahondar más en aspectos que no fueron dilucidados en las instancias y que aquilatan la decisión a la que se llega. En efecto, tal como se señaló líneas arriba, la conducta procesal de la demandante, completamente desentendida de la suerte del litigio -dado que no asistió a la audiencia de conciliación, no presentó excusa alguna por tal omisión, no fue hallada para que absolviera un interrogatorio de parte propuesto por la demandada, ni adelantó gestión alguna en el trámite de las instancias, distinta de la presentación de la demanda y algunos trámites subsiguientes- aunada al hecho de que el cadáver del asegurado fuese enterrado en fosa común y paradójicamente la beneficiaria del seguro -la "compañera" de asegurado, según la solicitud- sí estuviese presta a reclamar el pago del mismo seguro con la presentación del certificado de defunción, todos esos hechos, se repite, extienden un manto de duda en la presunta buena fe del tomador de este seguro, por no decir que inclinan a considerar que el asegurado fue suplantado, aún en el examen médico (a fl. 34 del cdno ppal se indica que quien se presentó al examen no se identificó ante el médico con la cédula de ciudadanía sino con un certificado de notaría), como lo

aseveran los oficios de la Juez de Instrucción Criminal de Pereira, quien da esa información que no le fue pedida, con ocasión de una solicitud reiterada que ella hubo de hacer para la investigación que adelantaba, información aquella que ni siquiera impulsó al juez a verificar por el conducto procesal adecuado –el decreto y práctica de la prueba de oficio- ese aspecto medular del proceso (la formación del contrato de seguro), en cuyo eje se nota sin mucho esfuerzo el deseo de lucro por encima de la vida humana, última ratio de la labor judicial.”

Por su parte en sentencia del 19 de diciembre de 2005, expediente No.5665, la Corte sostuvo:

“Así las cosas, en el contrato de seguro la exigencia de ubérrima buena fe aumenta en grado superlativo, pues como ha dicho la Corte, en materia de este negocio jurídico, la protección de las partes que concurren requiere el máximo de transparencia posible, 'de modo que las decisiones se tomen con plenitud de información relevante. De esta manera, un contratante no puede quebrar la igualdad, ni tomar ventaja de la ignorancia del otro, especialmente si la ausencia de información de uno de ellos está originada en el silencio del otro que oculta información disponible, información que por ser esencial debe brindarse oportuna y cumplidamente. En la etapa importantísima de formación del contrato de seguro, cuando el asegurador se apresta a brindar la protección, está a merced del asegurado, pues normalmente para estimar el estado de riesgo, aquel requiere de información de ordinario reservada, puesto que la salud personal [...] viene a estar asociada a la intimidad del asegurado'. (Sent. cas. civ. de 19 de diciembre de 2005, exp. No. 566501).

Ahora bien, es evidente que la actitud de la aseguradora y de tomador deben ser analizadas en cada caso concreto, pues solo del análisis de las particularidades de los hechos se puede abordar el tema con mayor precisión, pues a modo de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de Julio de 2006, M.P SILVIO FERNANDO TREJOS BUENO, Expediente No. 01177-00, señaló lo siguiente:

"Por consiguiente, el esfuerzo que hace el impugnante en orden a resaltar ahora la mala fe de Acevedo Rojas resulta infructuoso, puesto que esa irregular conducta no quedó plenamente demostrada en el trámite ordinario, tanto más si no se puede dejar de observar el deber y la capacidad profesional que habilita legalmente a la demandada para asumir riesgos (art. 1037 C. de Comercio), quien definitivamente soslayó la información significativa que tenía a su alcance para verificar el estado del riesgo, o que de algún modo contribuyó a acentuarlo, como sucedió cuando indicó como causal de exclusión el hecho de que se dejara sola la residencia donde estaban los objetos asegurados, por más de ocho días, pero no si lo fuera por un tiempo inferior; en esas condiciones se comprometió a pagar el seguro, renunciando de paso a efectuar valoraciones que, intrínsecamente, lucían aconsejables para los efectos de ponderar el riesgo protegido, una vez fue enterado de posibles anomalías; o, en fin, dejó de auscultar, pudiendo hacerlo, circunstancias tan particulares y necesarias como la autenticidad de un cuadro u obra de arte, no pudiendo capitalizar a la hora de las definiciones judiciales tales aspectos en su favor, y menos si los que corresponden a las adulteraciones no alcanzaron en su totalidad una entera comprobación, habida cuenta de que la tacha de falsedad de algunos documentos y la acción penal incoada en contra del demandante resultaron frustráneas, quedando tales aspectos en la penumbra.

6. *En torno a este puntual aspecto, es 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 riesgo, debe ser diligente, o sea que no es de su arbitrio exigir del tomador una cualquiera prueba o declaración, descartando o guardando silencio sobre aspectos relevantes, y mucho menos dejando a su sola voluntad las manifestaciones o pruebas para la determinación del verdadero estado del riesgo, sino que, se repite, debe asumir un comportamiento condigno con su actividad, dado su profesionalismo en tal clase de contratación. En vía de 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 1.999, expediente 4923)."*

Pero en Sentencia del 1 de junio de 2007, M.P. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, expediente 2004-00179-01, la Corte analizando puntualiza:

"4.2. No importan, por tanto, los motivos que hayan movido al adquirente para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando se le ha inquirido para que dé informaciones objetivas y de suficiente entidad que le permitan a ésta medir el verdadero estado del riesgo; sea cual haya sido la razón de su proceder, con intención o con culpa; lo cierto es que la consecuencia de su actuar afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz.

4.3. Es palmario que el legislador quiso arropar la falta de sinceridad del contratante y su obrar contrario a la buena fe, bajo la sanción de la nulidad relativa, con lo cual, en ejercicio de una actividad que le es propia y para la

cual se halla facultado, construyó un régimen particular que inclusive alcanza a superar en sus efectos el ordenamiento común de los vicios del consentimiento, frente al que, tal como fue instituido en el citado artículo 1058, no puede el intérprete hacer distinciones, observándose que el vicio se genera independientemente de que el siniestro finalmente no se produzca como consecuencia de los hechos significativos, negados u ocultados por quien tomó el seguro.”

Consideraciones que vinieron a ser recogidas en la sentencia del 25 de Mayo de 2012, M.P. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA, expediente -2006-00038-01, donde actuando en sede de segunda instancia, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín y se confirma el fallo de 21 de agosto de 2009 dictado por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín, declarando la nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia, pudiéndose concluir entonces, de lo antes estudiado a través de los diferentes pronunciamientos del máximo órgano de cierre, que de cara a lo consagrado en el artículo 1058 del Co de Co, ante un acto de mala fe del asegurado en la declaración del estado del riesgo, y cuando la aseguradora ha obrado con diligencia, aún sin mediar la inspección directa del riesgo, debe aplicarse la sanción de nulidad relativa por reticencia, siendo necesario obviamente el estudio de cada caso en concreto.