



La ubérrima buena fe de las aseguradoras en el contrato de seguro en Colombia

Suli Miranda Herrera.

Director: dr. Rodrigo Giraldo Quintero



UNIVERSIDAD DE
MANIZALES

**LA UBÉRRIMA BUENA FE DE LAS ASEGURADORAS EN EL
CONTRATO DE SEGURO EN COLOMBIA**

Suli Miranda Herrera

Director: Dr. Rodrigo Giraldo Quintero

**Universidad de Manizales
Facultad de Ciencias Jurídicas
Maestría en Derecho**

Manizales, mayo de 2016

Dedico este trabajo a mi madre,
quien me enseñó que los logros son el
resultado del esfuerzo diario

CONTENIDO

La buena fe en el contrato de seguro fundamentos teóricos	5
Introducción	5
La “Buena fe”, de categoría religiosa a principio general del derecho con contenido normativo.....	7
La “Buena fe” como fundamento de los deberes de conducta en materia contractual	13
El contrato de seguro, evolución legal en Colombia y elementos que maximizan la exigencia de la “ubérrima buena fe”	20
Las aplicaciones de la buena fe en el contrato de seguro	29
Conclusiones del capítulo	46
El tratamiento jurisprudencial de la buena fe de la aseguradora en el contrato de seguro en Colombia.....	49
Introducción	49
La buena fe de las aseguradoras. Una mirada a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	51
<i>Datos omitidos por el tomador, influencia sobre el consentimiento de las aseguradoras</i>	<i>51</i>
<i>Deber de información y auto información de las aseguradoras.....</i>	<i>56</i>
<i>Desnaturalización del contrato</i>	<i>70</i>
<i>Carga de la prueba.....</i>	<i>74</i>
La buena fe de las aseguradoras en el contrato de seguro - una mirada desde los derechos fundamentales.....	76
<i>Seguros Médicos</i>	<i>77</i>
<i>Seguros de vida e invalidez – bancarios.....</i>	<i>80</i>
<i>Seguro contra hurto.....</i>	<i>89</i>
Conclusiones del capítulo	91
Exigencias de buena fe a las aseguradoras.....	96
Introducción	96
El deber de información de las aseguradoras.....	99
La doctrina de los actos propios	111
Las cláusulas abusivas.....	119
Conclusiones parciales capítulo 3	131
Conclusiones finales.....	134
Trabajos citados	140

LA BUENA FE EN EL CONTRATO DE SEGURO FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Introducción

Desde el punto de vista sociológico, Ulrich Beck entiende el riesgo como “el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada, es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo” (2002, pág. 5).

El contrato de seguro implica delegar un riesgo económico para que sea un tercero quien lo asuma; en ese sentido, cuando ocurre el siniestro temido, quien toma el seguro o su beneficiario, dependiendo del caso, puede reclamar ante la aseguradora el monto de su pérdida (Palacio Sánchez, 2007, pág. 12).

El cálculo estadístico del riesgo es una forma de despersonalizarlo, con lo cual se le quita su contenido moral y se convierte en un suceso sistemático que requiere una política de previsión. Surge entonces el seguro como herramienta cuya ventaja principal es que “hace innecesarias las batallas legales sobre la causación y se modera la indignación moral” (Beck, La Sociedad del Riesgo Global, 2002, págs. 80-81).

La legislación mercantil lo concibe como un contrato bilateral, pues ambas partes contraen obligaciones, el tomador la de pagar la prima y el asegurador la de pagar la indemnización (Código de Comercio, Decreto 410, 1971, art. 1036). No obstante, este es un contrato bilateral aleatorio, pues:

No se parte de la equivalencia de las obligaciones de los contratantes, sino que la obligación de una de las partes está sometida a la contingencia de la ocurrencia o no del siniestro, el cual en caso de ocurrir no es por lo general equivalente ni similar a lo recibido como prima (Valenzuela, 2011, pág. 29).

De ahí que el cumplimiento de la condición para el pago de la indemnización, es decir, el acaecimiento del siniestro, no depende de ninguna de las partes sino del azar, de modo que si alguno de los contratantes manipula esa alea, se desnaturaliza el contrato de seguro.

La introducción del concepto de buena fe en el contrato de seguro tiene por objeto preservar al máximo su naturaleza aleatoria, para que ninguna de las partes se aproveche indebidamente de lo inequitativo de las prestaciones (prima vs. indemnización). Así, se trata de que el tomador no obtenga fraudulentamente una indemnización o de que la aseguradora no devengue la prima con la certeza de que nunca pagará la indemnización.

Para establecer los fundamentos teóricos que originan la especial relación entre la buena fe y el contrato de seguro, en este capítulo se ahondará en el significado, los antecedentes, la historia y el marco filosófico del principio de la buena fe, con el fin de comprender el sustrato básico de esta herramienta jurídica que centra la atención de este trabajo.

Posteriormente, se estudiará la aplicación del principio de la buena fe en los contratos en general, sus antecedentes teóricos y sus aplicaciones prácticas en el ámbito precontractual, redacción del contrato y ejecución. Se analizará este principio como herramienta de interpretación, corrección y modificación de los contratos (Boetsch, 2011, págs. 115-135) y como instrumento para subsanar los desequilibrios contractuales que se originen entre las partes.

Luego, el estudio se centrará en el contrato de seguro, se profundizará en su evolución, desarrollo, elementos y características, con el fin de comprender, de acuerdo con sus particularidades, la razón por la que se hace relevante la aplicación del principio de la buena fe en este tipo de negocios jurídicos.

Se hará énfasis en las particularidades que más se relacionan con el principio de la buena fe, especialmente sobre su naturaleza aleatoria, lo que ha ocasionado una mayor exigencia en el comportamiento leal del tomador, que debe observar altos estándares de buena fe en su conducta (Jaramillo, Derecho de seguros. El contrato de seguro. Teoría general del contrato, Tomo II, 2013, pág. 649).

Se profundizará en el estudio del seguro como un contrato de adhesión, pues estas son dos características que propician desequilibrio respecto del tomador asegurado y que justifica la importancia de la aplicación del principio de buena fe en el negocio jurídico, especialmente por la aseguradora.

Por último, se relacionarán todas las categorías antes aludidas para analizar la aplicación de la buena fe en el campo específico del contrato de seguro. De acuerdo con los antecedentes de investigación, se establecerá de donde surge la relevancia de ese principio del derecho en este negocio jurídico y sus aplicaciones prácticas.

Se finalizará con algunas conclusiones en las cuáles se establecerá, según el estudio realizado previamente, cuáles son los fundamentos teóricos que dan origen a la relevancia del postulado de la buena fe en el contrato de seguro y se establecerá si, según esos fundamentos, esa preponderancia de buena fe debe ser exigida por igual a ambas partes contratantes, o se hace especialmente exigible respecto de alguna de ellas.

La “Buena fe”, de categoría religiosa a principio general del derecho con contenido normativo

El juramento, en su concepción religiosa, dio origen al postulado de la buena fe. Ciertamente, las promesas se garantizaban bajo el juramento, lo que daba confianza a su destinatario de que se cumpliría la palabra, pues el castigo divino por faltar al compromiso adquirido era suficiente persuasión para no hacerlo (Neme, La buena fe en el Derecho Romano, 2010, pág. 38). Sobre este aspecto, la profesora Martha Lucía Neme (2010), precisa lo siguiente:

La diosa *fides*, por su parte, constituyó la personificación divina del vínculo y del respeto de los *officia* o compromisos bilaterales existentes entre dos sujetos. De ahí deviene que en la edad mítica “*fides*” represente ese vínculo religioso sellado por un juramento, cuya violación constituye ofensa directa a la diosa, transgresión que era punida por Júpiter con todo su furor (pág. 35).

Pero esa “*fides*” era un concepto subjetivo, cada persona se encargaba de darle su propio significado, por lo cual no era suficiente para regular las relaciones, pues sus consecuencias solo se enmarcaban en el plano metafísico, de suerte que fue necesario agregar un adjetivo calificativo, de modo que surge la “*bona fides*” (Neme, La buena fe en el Derecho Romano, 2010, pág. 116).

La “fe” significaba entonces “mantenerse fiel a su propia palabra”, mientras que la “buena fe”:

...se aplicaba para verificar el contenido implícito de los contratos celebrados, pues se aludía a un vínculo que había superado al abandono unilateral (por ejemplo, las relaciones entre patrono y cliente) y se refería a un vínculo recíproco de fides (Carvajal, 2014, pág. 2).

A pesar del agregado “bona”, la figura seguía siendo religiosa, individual y relativa, pero se le imprimió un componente valorativo, ya no solo es la “fe” sino que debe ser una buena fe; luego, aunque la concepción de “buena” continuaba siendo subjetiva, ese paso abrió el camino para elaborar la valoración jurídica del concepto (Neme, La buena fe en el Derecho Romano, 2010, pág. 117).

Como puede verse, el verdadero origen de la buena fe es religioso, extra jurídico, no nació en el derecho, aunque ha constituido una herramienta jurídica clave desde sus inicios y, por supuesto, el derecho se ha encargado de darle contenido y consecuencias prácticas (Boetsch, 2011, pág. 54).

En la época del derecho romano no había diferencia entre derecho y religión (Neme, La buena fe en el Derecho Romano, 2010, pág. 26), de modo que las dos nociones se confundían. En el antiguo Derecho Romano, la aplicación del principio de buena fe no

era significativo, su aplicación se confundía con los principios de equidad y probidad (Boetsch, 2011, pág. 40).

En el proceso formulario, típico del derecho Romano clásico, la buena fe era una herramienta para ampliar la discrecionalidad del juez, quien solo en el caso concreto daba contenido a ese principio, pues la buena fe estaba prevista de manera abstracta (Carvajal, 2014, pág. 2).

Para el periodo post clásico, se produjo una generalización del principio de buena fe, que ya no era aplicado solo en Roma, la ampliación del mercado produjo un insipiente derecho mercantil que indujo a que la buena fe dejara su tradicional contenido abstracto para derivar de él reglas de conducta concretas (Carvajal, 2014, pág. 5). La extracción de la buena fe del plano meramente abstracto y la derivación de reglas de conducta prácticas implicó que la buena fe sobrepasara su contenido religioso y pasara a constituir una categoría ética (Boetsch, 2011, pág. 41).

De acuerdo con el origen y la evolución de la buena fe, se puede sospechar que el iusnaturalismo ha influido en la evolución del concepto de buena fe. Recuérdese que su origen es netamente religioso y su apogeo surgió en la época del derecho canónico, en donde fue elevado a categoría de principio general del derecho (Boetsch, 2011, pág. 42). Los profesores Bonorino y Peña (2008), sobre el iusnaturalismo explican:

El iusnaturalismo, en sus versiones tradicionales, se compromete con la creencia de que existen, por encima de las leyes creadas por el hombre, ciertos principios de derecho natural. Estos principios de moralidad son inmutables y eternos, contrariamente a las leyes humanas que pueden cambiar de una comunidad a otra y de tiempo en tiempo. Las leyes humanas que se encargan de regular los asuntos más elevados o importantes de la comunidad deben estar de acuerdo con los principios del derecho natural. En consecuencia, la validez jurídica de las leyes humanas depende necesariamente de lo establecido en tales principios (pág. 31).

Luego, la visión que se da a la buena fe por el iusnaturalismo, lo ubica como un principio moral, inmutable o eterno, superior al ordenamiento jurídico (Boetsch, 2011, pág. 17), proveniente de Dios (para el iusnaturalismo teológico) o de la razón (para el

iusnaturalismo racionalista); mientras que, para el positivismo, la buena fe es una regla moral y subjetiva, que por su relatividad no puede guiar las decisiones judiciales, pues solo el plano del “fuero externo” era regulado por el derecho positivo (Boetsch, 2011, pág. 18).

Una de las críticas de Kelsen (principal exponente del positivismo) al iusnaturalismo, era que según él “no existen juicios morales objetivamente verdaderos, universalmente válidos y eternos (o bien que, en caso de que existieran, no podrían ser conocidos por el hombre mediante el empleo de la razón)” (Bonorino & Peña, 2008, pág. 35). Además, Kelsen (citado por Bonorino, 2008) considera que:

...los juicios de valor tienen su origen en la conciencia del hombre, en sus emociones y deseos subjetivos. Esto los hace relativos. Para poder justificarlos se les debe dar carácter objetivo y universal, y para ello se los debe presentar como derivados de ciertos principios de moralidad objetivos y verdaderos, y no como simples deseos y preferencias individuales (Pág. 47).

Ahora bien, los positivistas asumen y aceptan la existencia y aplicación de los principios generales del derecho:

Pero éstos ya no fueron considerados como principios superiores a todo el ordenamiento jurídico, sino que se les consideró como fuente supletoria de la ley, tan solo tendría aplicación en la medida en que tuviesen una consagración positiva” (Boetsch, 2011, pág. 18).

Por su parte, el positivismo jurídico blando (uno de sus exponente más relevantes es Herbert Hart) sigue reconociendo que las normas jurídicas no derivan su validez del valor moral de sus contenidos, pero acepta la influencia que ha tenido la moral en el derecho y admite que muchas normas jurídicas tienen su origen en concepciones morales o reflejan principios morales (Bonorino & Peña, 2008, pág. 53).

Desde ambas perspectivas, la buena fe es un principio general del derecho originado en una concepción religiosa, ética y moral, que se encuentra expresamente considerado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, no solo en la categoría de principio general

y abstracto, sino con un vasto desarrollo normativo en el derecho civil, comercial y laboral. Por ello, se puede afirmar que su origen y evolución ha estado altamente influida por el iusnaturalismo, pero también es aceptado y aplicado por el positivismo al encontrarse en el ordenamiento jurídico como una norma válida que en muchos casos tiene consecuencias jurídicas concretas previstas por el legislador.

La diferencia radica en que para los iusnaturalistas basta su existencia como principio general del derecho para que este postulado influya todo el ordenamiento jurídico y las decisiones de casos concretos, con un amplio margen de discrecionalidad. Mientras que los positivistas solo aplicarán la buena fe como principio de manera supletoria, o como regla, siempre que esté previsto en una norma con consecuencias jurídicas concretas.

No es fácil encontrar un concepto concreto y completo de la buena fe, pues su esencia comprende una concepción intrínseca de rectitud y un conjunto de valores como la lealtad, la probidad o la honradez que originan pautas de comportamiento en las relaciones bilaterales de derecho civil, mercantil, de familia y laboral. Boetsch (2011) lo explica de la siguiente manera: “Pretender constreñir la buena fe a una fórmula precisa y estricta sólo logrará restarle su principal virtud en cuanto principio jurídico, como es su adaptabilidad a las más variadas materias y situaciones” (pág. 49).

La buena fe en su versión más antigua se podía definir como “el respeto por la palabra empeñada” (Carvajal, 2014, pág. 2), pero su evolución ha complejizado el sentido de este postulado, pues hay varias nociones de buena fe desde el punto de vista psicológico, ético, subjetivo y objetivo, como se verá a continuación.

La noción psicológica de la buena fe se relaciona con su aspecto subjetivo como:

...una opinión basada en una creencia errónea [...] la buena fe consistiría en un simple error valorado jurídicamente a favor del sujeto, sin tener en cuenta su valoración ética [...] En la concepción psicológica todo tipo de ignorancia o error, cualquiera que sea la causa que lo motivó, puede servir para fundar la buena fe. En cambio, según la concepción ética, solo se encontrará de buena fe quien sufre de un error o de una ignorancia no culpable o excusable (Boetsch, 2011, págs. 52-53).

De acuerdo con lo explicado por el autor, la concepción psicológica es la que permanece en el fuero interno de la persona, como una convicción de actuar según el derecho, aunque esté equivocada en esa apreciación. Mientras que la concepción ética imprime criterios valorativos a dicha concepción, y solo se entiende de buena fe a quien se encuentre en la creencia de estar en buen derecho, bajo error, cuando demuestre que el error no fue producto de su propia negligencia.

De ahí, el origen de la buena fe simple y la buena fe calificada, la primera se identifica con la concepción psicológica de la buena fe y la calificada corresponde a la conocida por la doctrina como la “buena fe exenta de culpa” y que se relaciona con la concepción ética de la buena fe. Tanto la simple, como la calificada, son versiones de la buena fe subjetiva, que se enmarca en una creencia interior de actuar en derecho: en la simple, dicha creencia puede ser originada en la negligencia, mientras que la calificada debe ser exenta de culpa; pero ambas se enmarcan en la buena fe subjetiva porque se trata de una concepción interna de cada persona. Por su parte, la buena fe objetiva se manifiesta en pautas de comportamiento concretas; esta se presenta cuando se exige una conducta determinada respecto de las demás personas.

La buena fe en su concepción original se identifica con la buena fe objetiva, pues, como se dijo antes, la buena fe en sus inicios se relacionaba con el juramento y el respeto por la palabra empeñada, de modo que su contenido tenía relevancia por su relación con una tercera persona, no era una convicción interna de estar actuando adecuadamente, sino que se traducía en la lealtad con el otro; la buena fe subjetiva fue un derivado posterior y secundario de la buena fe objetiva, y tiene relevancia en el derecho civil, específicamente en el derecho posesorio, pero no en el campo contractual (Neme, 2009, págs. 75-76).

En el ámbito contractual, solo es técnico el uso de la buena fe objetiva, es decir, la que impone deberes de conducta manifiestos y exteriorizados, solo esta acepción de la buena fe permite el tráfico normal de los negocios, pues origina deberes recíprocos entre

las partes y como consecuencia fortalece la confianza mutua, lo que es clave en el derecho mercantil.

Por el contrario, la aplicación de la buena fe subjetiva en los contratos implicaría hacer prevalecer una concepción interna e individualista de actuar conforme al derecho, que no crea ningún deber de conducta para las partes, y se forja así un ambiente de desconfianza que no es útil ni provechoso para los negocios jurídicos.

La “Buena fe” como fundamento de los deberes de conducta en materia contractual

El principio de la autonomía de la voluntad es un pilar del derecho privado. Con el surgimiento del liberalismo, tomó fuerza la idea plasmada en el artículo 1602 del Código Civil (Ley 57, 1887) que concibe al contrato como “una ley para las partes” pues sus estipulaciones regulaban de manera estricta la ejecución y el desarrollo de la relación negocial (Largo, 2012, pág. 23).

El concepto de buena fe ha estado siempre ligado al principio de la autonomía de la voluntad. En efecto, desde su concepción inicial entendida como “respeto de la palabra empeñada” resultaba ser un instrumento que armonizaba con la idea de que el “contrato es una ley para las partes” y por tanto debían cumplirse literalmente sus estipulaciones, asemejando las cláusulas pactadas a la palabra empeñada que había de cumplirse.

No obstante, con la evolución del concepto de buena fe surgió una inevitable tensión con el principio de la autonomía de la voluntad, a tal punto que, según Adriana Largo (2012), resulta ser uno de sus principales límites, pues la buena fe pasó de ser solo “el respeto por la palabra empeñada” a contener un sinnúmero de deberes que se imponen a las partes en el desarrollo contractual, sobreponiéndose, incluso, a la autonomía de la voluntad cuando lo pactado trasgrede el postulado de la buena fe (Largo, 2012, pág. 42).

Entonces, ya no es suficiente respetar lo textualmente pactado, sino que es necesario propender por realizar las expectativas legítimas que la contraparte tiene respecto del negocio y satisfacer de manera adecuada las necesidades que se pretenden suplir con la contratación, aunque para ello los contratantes deban desplegar conductas que no se encuentren literalmente previstas en el contrato (Neme, 2006, pág. 100).

Así, la buena fe conforma un catálogo de obligaciones que se entienden incorporadas al negocio jurídico aunque no estén estipuladas en este, lo cual convierte a este principio del derecho en una herramienta útil por las funciones que cumple de cara al examen de los convenios en todas las etapas de su desarrollo (Boetsch, 2011, pág. 115 y 135).

La primera función es la integradora, que permite incluir en el contrato obligaciones adicionales entre las partes, que no estaban previstas inicialmente y que en determinados casos son necesarias para garantizar la realización de los intereses legítimos de alguna de las partes, que es afectada con una situación no prevista al realizar el pacto.

Aunque el clausulado esté llamado a regular relaciones particulares concretas, no es posible que este contenga previsiones específicas de todas las eventualidades que puedan suceder en la ejecución del negocio convenido; de modo que, cuando se presenta una situación nueva que ponga en riesgo la realización de las expectativas legítimas de alguno de los contratantes, se integran al contrato las obligaciones necesarias para la satisfacción de las necesidades del negociante. Esta interesante función está expresamente contenida en la legislación civil colombiana; el artículo 1603 del código civil dice así:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella (Solarte, 2004, pág. 295).

Será tan esencial esta disposición en materia contractual, que el Código de Comercio usó la misma fórmula en el artículo 871, y no bastó la remisión normativa que hace la ley mercantil (Decreto 410, 1971, art. 822) a la legislación civil, sino que el legislador optó

por el contenido expreso de esta disposición en el estatuto mercantil de la siguiente manera:

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, los contratos obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley¹, la costumbre o la equidad natural (Neme, 2006, pág. 80).

Queda claro entonces que la buena fe, en su función integradora, permite que, tanto en materia civil como en materia comercial, se entiendan incorporados a los contratos todas las obligaciones propias de su naturaleza, para propiciar con ello la satisfacción de las expectativas de los contratantes.

La segunda función es interpretativa. En esta órbita la buena fe permite determinar el alcance de las cláusulas ambiguas, imprecisas u obscuras. Conforman un parámetro hermenéutico que consiste en preferir siempre el sentido que logre de mejor manera la satisfacción de los intereses de las partes, dentro del marco de la probidad y la lealtad (Neme, 2006, págs. 104-105).

En materia de interpretación contractual, no se trata solo de revelar la intención de las partes utilizando los principios hermenéuticos clásicos, sino que se debe acompañar esta intención con los postulados de honradez, fidelidad y probidad derivados del principio de la buena fe (Neme, 2006, págs. 104-105).

La función modificatoria, por su parte, refleja la conocida tensión que representa la buena fe respecto al principio de la autonomía de la voluntad privada, pues permite desconocer o modificar cláusulas cuando éstas impiden o entorpecen la realización de los

¹ Cuando la norma se refiere a la naturaleza del contrato según la ley, alude a la conocida como “(*naturalianegotii*): son los efectos que las partes suelen estipular, como accesorios de los elementos esenciales, pero que, aún a falta de estipulación, se producirán espontáneamente *opera legis*, como la obligación del vendedor de sanear la evicción o la de indemnizar los perjuicios en caso de incumplimiento” **Fuente especificada no válida.**

intereses fundados que alguna de las partes busca realizar con el pacto; es el caso de las cláusulas abusivas o vejatorias.

Algunos autores consideran que la posibilidad de excluir cláusulas del contrato, es una manifestación de la función integradora, en palabras de Martha Lucía Neme:

No de otra manera podría entenderse el reconocimiento de la función integradora de la buena fe, si ella no puede traducirse en reglas concretas que considerando las características específicas del negocio, no solo reconstruyan el contenido del mismo en lo no previsto por las partes, sino que además se impongan sobre las previsiones contractuales cuando estas quebranten el principio de buena fe. Encontramos ejemplos de tales aplicaciones en el caso de nulidad de cláusulas abusivas, en los eventos de abuso del derecho en general, en la lesión enorme, en la cláusula *rebus sic stantibus*²o teoría de la imprevisión, en la aplicación de ciertos casos de la regla que prohíbe el *venire contra factum proprium*³, por ejemplo (Neme, 2006, pág. 122).

Sin embargo, no parece muy exacto, primero, porque la función integradora permite incluir obligaciones para lograr la realización de los intereses de alguna de las partes que se ponen en riesgo por una situación sobreviniente; mientras que la función modificadora permite lo contrario, excluir cláusulas debidamente suscritas desde el inicio del contrato.

De modo que la función integradora es un instrumento de inclusión, mientras que la función modificadora es un instrumento de exclusión. Por su parte, el principal campo de aplicación de la función integradora son las situaciones sobrevinientes no previstas en el contrato, mientras que, el principal campo de aplicación de la función modificadora son las situaciones expresamente previstas desde el principio del contrato. Luego, no hay duda sobre la diferencia entre ambas funciones, lo que obliga a separarlas al menos teóricamente.

² “mientras estén así las cosas” y tiene que ver con la teoría de la imprevisión de los contratos.

³ “ir en contra de los propios actos” se refiere a la trasgresión del deber de coherencia.

Por último, encontramos una función equilibradora a través de la cual se intenta nivelar en la mayor medida posible las desigualdades entre los contratantes. La evolución del mercado ha producido una masificación de las transacciones comerciales y del suministro de bienes y servicios, lo que ha propiciado un desequilibrio entre los contratantes (Monsalve, La Buena fe como Fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: una Doctrina Europea en Construcción, 2008, pág. 15).

En primer lugar, porque los oferentes de los bienes y servicios se han organizado y han profesionalizado su labor, creando grupos económicos que ostentan una posición dominante en relación con el consumidor final que generalmente desconoce la técnica que rodea el contrato que suscribe (Granados, 2013, pág. 8).

En segundo orden, la necesidad de utilizar herramientas que permitan agilizar las transacciones abrió paso al surgimiento de los contratos de empresa o de consumo, que se caracterizan por ser contratos de adhesión, en donde una de las partes unilateralmente redacta el clausulado y la otra simplemente se adhiere aceptando su contenido (Granados, 2013, pág. 9).

La principal herramienta para subsanar el desequilibrio contractual es la aplicación del principio de buena fe del cual emana: i) el deber de información que intenta suplir la ignorancia en la que se encuentra sumido el consumidor y ii) las reglas de interpretación de los contratos de adhesión, que se resumen en el siguiente precedente de la Corte Suprema de Justicia (2001) que sobre el punto expone:

a) las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella; b) conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; c) entre dos cláusulas incompatibles el juez puede preferir la que parezca expresar mejor las intenciones del adherente... (CSJ 5670, 2001).

En síntesis, aunque se ha entendido que la buena fe es un límite a la autonomía de la voluntad privada, ello es así solo de modo aparente, pues revisadas las funciones de la buena fe respecto a los contratos, su aplicación se encamina a defender justamente la

voluntad de las partes, entendida esta no como la simplemente expresada en el texto, sino como la voluntad de satisfacer unas necesidades y unos deseos legítimos.

Nótese como la buena fe corrige las cuestiones que desfiguran la voluntad manifestada: la falta de información, por ejemplo, distorsiona la autonomía de la voluntad, pues un consentimiento desinformado o basado en el error, es un consentimiento viciado (Art 1508 Código Civil (Ley 57, 1887)). Es por ello que el principio de buena fe impone el deber de información a los contratantes.

Igualmente, los contratos de adhesión limitan en gran medida la autonomía de la voluntad, pues impiden la negociación del consumidor. Para salirle al paso a esta limitación, la buena fe dispone de mecanismos de interpretación de las cláusulas que equilibran la desigualdad. Por su parte, las cláusulas abusivas ni siquiera constituyen una verdadera manifestación de voluntad del adherente, pues representan los intereses de quien redacta el clausulado y es por ello que, a través del principio de buena fe, se pueden excluir del contenido del contrato al tenerse por no escritas.

De modo que el principio de buena fe no limita la autonomía de la voluntad privada sino que la exalta y la defiende cuando se ve restringida por los intereses abusivos de la contraparte.

A propósito de las funciones del principio de la buena fe en materia contractual, es preciso anotar que éste se encuentra presente en todas las etapas de la negociación; desde las tratativas previas al contrato, hasta su liquidación, sobre el punto, Arturo Solarte (2004) indica lo siguiente:

Según indica la doctrina uniformemente, la buena fe contractual tiene aplicación no sólo en la ejecución del acto jurídico, sino también en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, fundamentalmente, a través del denominado deber de información. Asimismo, en esta etapa se manifiesta en el deber de no interrumpir intempestivamente y sin causa los tratos preliminares al contrato, so pena de indemnizar los perjuicios que se puedan causar, particularmente por el denominado “daño *in contrahendo*”. Por otra parte, y ya en el terreno de la ejecución de un contrato debidamente perfeccionado, la buena fe

contractual hace surgir un catálogo de deberes de conducta que, de acuerdo con la naturaleza de la respectiva relación, amplía los deberes contractualmente asumidos por cada parte, para con ello realizar el interés contractual de la otra parte. Finalmente, la buena fe sirve como limitación al ejercicio de los derechos subjetivos proscribiendo el abuso o la desviación en su ejercicio, e impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando contradecir sus propios actos, entre otras conductas (págs. 289-290).

En suma, en materia precontractual, la buena fe se manifiesta en el deber de información, que tiene especial relevancia en esta etapa inicial por ser determinante para que la declaración de voluntad de las partes esté libre de vicios; en efecto, según lo dispone la circular 038 de 2011 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la finalidad de la información es esta etapa de la contratación es: “a) Dotar a los consumidores financieros de herramientas y elementos suficientes para la toma de decisiones b) Facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado.” (Circular externa 038, 2011)

De la misma manera, se impone el deber de coherencia y exactitud en los actos publicitarios, la obligatoriedad de la oferta y la prohibición de romper de manera intempestiva los tratos preliminares.

En la legislación mercantil colombiana, la buena fe precontractual está expresamente contenida en el artículo 863 del Código de Comercio que dispone: “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”⁴

⁴ La expresión “exenta de culpa” que contiene la norma es conceptualmente errónea, pues tratándose de buena fe contractual, siempre se alude a la buena fe objetiva, la cual por definición es exenta de culpa; pues solo cuando se habla de buena fe subjetiva puede diferenciarse si se trata de simple (no exenta de culpa) o calificada (exenta de culpa) (Neme, 2009, pág. 66).

En la etapa de redacción del contrato, la buena fe se hace presente en la prohibición de las cláusulas vejatorias y el abuso de la posición dominante, especialmente relevante en los contratos de consumo.

Por su parte, en la etapa de ejecución del contrato, la buena fe se manifiesta de múltiples maneras, pues, según lo indican los artículo 1603 del Código Civil (Ley 57, 1887) y 871 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), en la ejecución del contrato las partes están obligadas a lo expresamente pactado, y a todo lo que corresponda a la naturaleza del negocio, ello con el fin de satisfacer las expectativas de los contratantes. De ahí que surja un catálogo de deberes de conducta que se impone cumplir a las partes, y se concretan dependiendo del tipo de negocio suscrito. Sobre las conductas de mala fe, se profundizará en el segundo capítulo de este trabajo.

El contrato de seguro, evolución legal en Colombia y elementos que maximizan la exigencia de la “ubérrima buena fe”

El contrato de seguro, para Ulrich Beck, es un acuerdo colectivo que surge como reacción a la incertidumbre que ocasiona la industrialización, la conquista de nuevos mercados y los avances tecnológicos, aunque el autor reconoce que no es una invención social nueva y que ha evolucionado impulsada por la nueva concepción de los riesgos industriales que trajo consigo la exigencia de responsabilidades, tanto que en la actualidad los seguros se encuentran presentes en todas las áreas problemáticas de la sociedad (Beck, La Sociedad del Riesgo Global, 2002, págs. 79-80).

Pero estos avances tecnológicos, unidos a la evolución de la política global, implican que, desde el punto de vista sociológico, el riesgo ya no es concreto y limitable en espacio y tiempo, sino que se trata de “amenazas globales” respecto de las cuales no se puede culpabilizar a un agente determinado y ni siquiera tiene sentido un resarcimiento económico del daño (Beck, La Sociedad del Riesgo Global, 2002, pág. 57).

La regulación legal del contrato de seguro en Colombia ha evolucionado a la par de las instituciones estatales y la sociedad; antes de la ley 105 de 1927:

El contrato de seguros se encontraba plasmado en el Código de Indias hasta el surgimiento de los Estados Unidos de Colombia [Federación] en 1863. En desarrollo de la función regulatoria se expidieron el Código de Comercio Marítimo del Estado de Panamá en 1887 y el Código de Comercio Terrestre de Cundinamarca de 1886 (Isaza, 2011, pág. 59).

Pero solo hasta 1927 se inició una incipiente regulación del contrato de seguros con la expedición de la ley 105. Esta norma estuvo vigente, con escasas reformas, hasta la expedición del Código de Comercio en 1971 (Isaza, 2011, págs. 61-62).

El decreto 410 de 1971, que contiene el actual Código de Comercio, es la base de la regulación actual con cambios sustanciales en aspectos medulares como los elementos esenciales del contrato, la reticencia en materia de prescripción, entre otros.

Posteriormente, la ley 389 de 1997 introdujo el concepto del contrato de seguro como un contrato consensual, lo que implicó un cambio significativo al cambiar la concepción formalista que predominaba en este tipo de contrato (Ordóñez, Jaramillo, & Barrera, Pasado, presente y futuro de la regulación del contrato de seguro en el código de comercio colombiano de 1971, 2012, pág. 17).

Pese a la ausencia de una definición legal, el Código contiene una descripción detallada de las características, elementos y clasificación de los contratos de seguros. Sobre estos aspectos generales cobran especial relevancia dos normas del estatuto mercantil, como son el artículo 1036 y 1045, que contienen las características y los elementos de este negocio jurídico, entre las cuales se destaca la de ser un convenio “consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”.

Consensual en la medida en que no requiere ninguna solemnidad para su perfeccionamiento, sino que basta con el acuerdo de voluntades entre las partes; pero es una consensualidad relativa, pues, aunque no existen formalidades para el perfeccionamiento del contrato, según lo dispone el artículo 1046 del Código de

Comercio (Decreto 410, 1971), no hay libertad probatoria para acreditar su existencia. En efecto, los únicos medios de prueba idóneos para demostrar el contrato son la confesión y la prueba documental, de modo que el contrato debe constar por escrito.

Bilateral, dado que ambas partes contraen obligaciones, el tomador la de pagar la prima y el asegurador la de indemnizar porque reporta utilidad para ambos contratantes y de ejecución sucesiva porque el cumplimiento de sus obligaciones se prolonga en el tiempo (Código de Comercio, Art. 1036 (Decreto 410, 1971)).

La característica de aleatoriedad del seguro reviste especial importancia, pues es una de las situaciones que puede causar desequilibrio entre las partes, originando la especial aplicación de la buena fe en este tipo de negocios. Un contrato es aleatorio cuando, siendo oneroso, es decir, existiendo beneficio para las dos partes, no es equivalente para ambas, y la contraprestación que recibe una de ellas está sujeta a una condición que depende del azar. En palabras de Caridad del Carmen Valdez (2012):

El contrato aleatorio es usualmente oneroso, normalmente se ubica como contrapartida de los conmutativos, que son la otra sub clasificación de aquellos. Son contratos a título oneroso, siguiendo a Ojeda Rodríguez, aquellos que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro. Cada parte ha de realizar contraprestaciones que se reputan equivalentes, aunque solo lo sean subjetivamente, teniendo ambas un interés pecuniariamente apreciable. Los sacrificios que realizan están compensados o encuentran su equivalente en el beneficio que obtienen. Es precisamente en los contratos onerosos donde se ubica la distinción entre los contratos conmutativos, aquellos en que las partes tienen en cuenta el equivalente de sus prestaciones, económicamente apreciables y bien determinadas desde la perfección del negocio, y los contratos aleatorios, donde, tal equivalente no está bien determinado al momento de perfeccionarse el negocio, dependiendo de un acontecimiento incierto por esencia desde el origen del contrato (Valdés, 2012, págs. 22-23).

En el caso del seguro, su aleatoriedad se hace evidente dado que la prima y el pago de la indemnización no son contraprestaciones equivalentes entre si y el beneficio que

recibirá el tomador depende de la ocurrencia del siniestro, que está determinado por el azar (Ordóñez, 2001, pág. 94).

Sin embargo, hay un sector de la doctrina que desconoce la aleatoriedad del contrato de seguro al estimar que “las prestaciones a que se comprometen ambas partes están perfectamente determinadas al tiempo de su celebración y cada una de ellas sabe ciertamente cuál es su interés pecuniario” (Ordóñez, 2001, pág. 94).

Pese a lo anterior, parece más convincente la tesis de Ordoñez referente a la aleatoriedad del contrato, pues solo si ocurre el siniestro, el tomador/asegurado recibirá una contraprestación, consistente en el pago de la indemnización y, por el contrario, solo si no ocurre el siniestro, la aseguradora reputará una ganancia del contrato, que consiste en las primas pagadas; de modo que, solo una de las partes obtiene un beneficio real, es el azar el que determina cuál de los dos extremos negociales resulta favorecido.

Es importante aclarar que la aleatoriedad aplica para los seguros analizados individualmente, pues la aseguradora es una actividad comercial con ánimo de lucro, de modo que, estudiada de manera global, siempre reporta utilidad para el asegurador, pues los siniestros pueden predecirse con base en la estadística (Ordóñez, 2001, págs. 94-95).

Hay también otras características desarrolladas por la doctrina que, aunque no estén expresamente enunciadas en el estatuto mercantil, son cruciales para la investigación, como el hecho de ser el seguro un contrato de consumo.

Los negocios de consumo, conocidos también como contratos unilateralmente comerciales (Scognamiglio, 2008, pág. 31), son los que se realizan entre un consumidor final y un persona jurídica que ofrece bienes y servicios de manera profesional y organizada. También se conocen como contratos de empresa.

Este tipo de negocios jurídicos se caracterizan porque una de las partes, la empresa, ejerce el control total de la negociación, goza de una posición dominante respecto del consumidor, puesto que tienen información privilegiada propia del ejercicio profesional de la actividad, e impone las condiciones del contrato. En palabras de Villalba:

El contrato de consumo es un contrato asimétrico, en el que las partes no tienen igualdad, una de las partes, el productor, es experto en la técnica de producción, posee toda la información relevante para la celebración del contrato, tiene un poder económico mayor y un poder de negociación que le permite imponer las condiciones contractuales. Esta asimetría se presenta de manera general en las relaciones de consumo y su principal causa es la información, el consumidor no siempre detenta la información relevante para la toma de decisiones en el mercado, quien posee la información y además es experto en el tema, el productor, determina qué información transmite al consumidor, de modo que ante una información insuficiente el consumidor tomará decisiones ineficientes (Villalba Cuellar, 2011, pág. 10).

Otro rasgo distintivo de los contratos de consumo es el uso de formatos estándar de clausulados que permiten agilizar las relaciones comerciales que efectúan con sus clientes, de manera que la capacidad de negociación del consumidor se restringe, puesto que su manifestación de voluntad se limita a aceptar o no las condiciones predispuestas. Esta forma de contratación hace que los contratos de consumo se enmarquen en los conocidos contratos de adhesión definidos así:

Es aquel acuerdo de voluntades en el cual una de las partes, que generalmente tiene un poder de negociación superior, establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el ejercicio de la empresa se realicen, de modo tal que la otra, no puede sino acogerse a su clausulado o prescindir de contratar (Laguado, 2003, págs. 234-235).

Esta definición permite identificar los elementos esenciales de las condiciones generales: *uniformidad*, que hace referencia a su utilización en todos los contratos del mismo tipo; *predisposición* a su redacción previa; *rigidez*, en tanto a que el consumidor no las puede modificar ni evitar y, por último, el *carácter empresarial* del predisponente (Laguado, 2003, pág. 236).

El contrato de seguro es un contrato de consumo en la medida en que se encuentra estandarizado por las compañías aseguradoras a través de las pólizas de seguro, las cuales están conformadas por las condiciones generales y particulares (Art. 1047 del C. de Co.) y la solicitud del seguro firmada por el tomador (Ar. 1048 del C de Co.) el cliente, por su

parte solo puede elegir entre la variedad de opciones ofrecidas, pero no puede discutir las condiciones preestablecidas por el asegurador.

La actividad aseguradora es ejercida por una persona jurídica que ofrece el servicio de manera profesional y organizada a un consumidor final, lo que refuerza la característica de ser el seguro un contrato de consumo.

Es de advertir que el seguro es un contrato de consumo pero su objeto no es un bien tangible, sino un servicio financiero y por ende la actividad aseguradora está vigilada por la Superintendencia Financiera y no por la Superintendencia de Industria y Comercio; en igual sentido, lo regulan normas especiales en materia de consumo, de modo que deben preferirse en su aplicación la ley del consumidor financiero (Ley 1328 de 2009).

La ley 1328 de 2009 reconoce la calidad de consumidor a los usuarios de productos financieros, pues en su artículo segundo, literal d) define al consumidor financiero como “todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.” Y posteriormente en el literal h) define como entidades vigiladas “las entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.” Y las compañías aseguradoras son una de ellas.

Luego, si el seguro comprende una relación comercial entre un consumidor financiero y una empresa que ejerce la actividad de manera profesional y organizada, el contrato que los rige es un contrato de consumo y como tal, implica un desequilibrio que se compensa con las exigencias de buena fe que recaen en la aseguradora y que son relevantes para subsanar la desigualdad que se presenta entre los negociantes.

Por otro lado, es preciso referirnos a las cargas de cada una de las partes en el contrato de seguro, categoría que, aunque no está expresamente definida en la ley, emana de ella, pues cada carga es sustraída de las normas que disciplinan la materia, una de las principales cargas legales es la contemplada en el artículo 1077 del código de comercio, según el cual es el asegurado quien debe demostrar, al momento de la reclamación, la ocurrencia del siniestro y su cuantía. Este tema ha sido desarrollado por el profesor

Ordoñez, quien subraya que las cargas se encuentran mayormente en cabeza del asegurado (Ordoñez, 2008, pág. 9).

El autor explica cada una de las cargas de las partes del seguro, entre las cuales se destacan las siguientes: en cabeza del tomador (salvo en pólizas colectivas. Art. 1064 del C de Co.), asegurado o beneficiario del seguro consisten en: i) pagar la prima; ii) declarar de manera veraz y certera el estado de riesgo ante la aseguradora, tal como lo dispone el artículo 1058 del C de Co, respecto del cual ahondaremos en el siguiente subtítulo; iii) la carga de mantener el mismo estado de riesgo inicialmente declarado e informar al asegurador sobre cualquier situación que lo agrave; iv) la carga de declarar los seguros coexistentes; v) dar aviso del siniestro (Ordoñez, 2004, Págs. 12–100).

Por su parte, las cargas de la aseguradora explicadas ampliamente por el tratadista Ordoñez son las siguientes: i) devolver la prima no devengada o pagada en exceso; ii) reducir la prima en caso de reducción del riesgo; iii) expedir copias de la póliza; iv) demostrar las circunstancias excluyentes del amparo, v) pagar la indemnización, siempre que el asegurado demuestre la ocurrencia del siniestro y su cuantía (Art. 1077 del C de Co.) (Ordoñez, 2008, págs. 108-118).

El autor hace referencia a las cargas de orden legal y específicamente a las que pueden encontrarse en el código de comercio; es por ello que concluye que la mayoría de ellas están en cabeza del tomador; sin embargo, no se desconoce que el texto es del año 2008 y de manera posterior el legislador y especialmente el órgano de control en materia financiera ha impuesto a las aseguradoras una serie de cargas en favor del tomador.

Ciertamente, con la expedición de la ley 1328 en el año 2009, el legislador estipuló como derechos de los consumidores financieros el de la “información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser de tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado.” (Literal d, artículo 5).

Además de ello estipuló como derecho “Recibir una adecuada educación respecto de las diferentes formas de instrumentar los productos y servicios ofrecidos, sus derechos y obligaciones, así como los costos que se generan sobre los mismos, los mercados y tipo de actividad que desarrollan las entidades vigiladas así como sobre los diversos mecanismos de protección establecidos para la defensa de sus derechos.” (Literal c, artículo 5 ley 1328 en el año 2009).

En desarrollo de esta norma de carácter legal, la Superintendencia Financiera emitió la circular 038 de 2011 en donde instituyó un completo catálogo de aspectos que deben ser informados a los tomadores de una póliza de seguro, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

“Las coberturas básicas con sus exclusiones, valor de los deducibles, períodos 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.” (Literal a del artículo 9.8 de la circular 038 de 2011)

“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.” (Literal f del artículo 9.8 de la circular 038 de 2011)

Estas disposiciones son un intento por equilibrar la desventaja en que se encuentra el tomador desde el punto de vista de la información, este negocio jurídico es una institución del derecho compleja, sus condiciones, requisitos y regulación legal implican una técnica que no es conocida por la generalidad de los consumidores financieros. Esto constituye una de las causas de desigualdad entre las partes intervinientes en el contrato de seguro, pues una de ellas, la aseguradora, ejerce la actividad de manera profesional y continua, mientras que el tomador usualmente desconoce la dinámica legal de este tipo

de negocios. (Salvo cuando el cliente es el Estado o una empresa que ostente también una posición dominante).

Esa situación afecta, en primer lugar, la formación del consentimiento, pues una manifestación de la voluntad no es legítima si está afectada por el desconocimiento sobre aspectos relevantes del contrato que se va a suscribir; y en segundo lugar afecta el objeto del contrato en la medida en que muchas veces esa falta de conocimiento genera expectativas distorsionadas por el tomador sobre la contraprestación que obtendrá, lo que conduce a que no se satisfaga realmente la necesidad que el consumidor pretendía cubrir con la contratación, de ahí la importancia de las cargas y los deberes de información que recaen en la aseguradora.

En virtud a ello las normas de protección al consumidor financiero propenden por poner en pie de igualdad a los tomadores del contrato de seguro, sin embargo tales disposiciones no resultan suficientes, en primer lugar porque para el caso específico de la información que deben suministrar las aseguradoras, la circular 038 de 2011 dispone expresamente que esta debe proporcionarse “mediante la publicación en un vínculo destacado en la página de inicio de su sitio Web.” (Art. 9.8 circular 038 de 2011 Superintendencia Financiera), lo que no garantiza el recibo efectivo de esta información, ni mucho menos la comprensión de la misma por parte del consumidor, máxime si se tiene en cuenta que según datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, publicados en la página Web del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el porcentaje de penetración del internet en Colombia, para el último trimestre el año 2015 es de apenas del 22.20% (Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2016).

En segundo orden, las sanciones previstas por la infracción a los deberes de información son de carácter administrativo y van desde la amonestación, multa, remoción de administradores, suspensión y cierre; así lo dispone el artículo 21 de la ley 1328 de 2009 que a su vez remite al artículo 208 del estatuto orgánico del sistema financiero; pero

nótese que las sanciones no afectan en absoluto el contrato propiamente dicho, como si ocurre con la falta al deber de información por parte del tomador que tiene consecuencias de orden contractual pues generan la nulidad del acto jurídico y la pérdida de las primas pagadas.

Las aplicaciones de la buena fe en el contrato de seguro

La buena fe es una característica distintiva del contrato de seguro, pero ¿cuál es la razón para que este postulado cobre tan especial relevancia en este tipo de negocio jurídico? La doctrina ha indicado que la causa de esta estricta sujeción a la buena fe se origina en que la compañía de seguros queda a merced de lo que a bien tenga informar el tomador sobre el estado del riesgo que la aseguradora asume (Ordóñez, 2001, pág. 103). En palabras del profesor Ordoñez:

Ni la intensidad del riesgo, ni la cuantía del interés asegurable, son elementos fácilmente determinables o siquiera verificables por la compañía de seguros. Es cierto que ella está facultada para hacer una inspección del interés y del riesgo pero, como se trata de bienes patrimoniales del asegurado, es el asegurado quien está en condiciones de señalar exactamente cuáles son la cuantía y la naturaleza de uno y otro (pág. 104).

No obstante lo anterior, las aseguradoras pueden auto informarse y verificar las condiciones del riesgo. Como profesionales en la materia, las compañías de seguros tienen todo el andamiaje para determinar el riesgo real que están asumiendo; pese a ello, se atienen a la información suministrada por el tomador porque según el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), la nulidad por reticencia no se configura si la aseguradora conocía o debía conocer las inexactitudes o vicios que tiene la declaración hecha por el tomador.

Esta norma trae como consecuencia que la indagación sobre el real estado del riesgo por la aseguradora le trae consecuencias adversas, por ejemplo, si realizó exámenes

médicos antes de otorgar un seguro de vida, se puede concluir que desde el principio conoció las posibles imprecisiones o contradicciones declaradas por el tomador sobre su estado de salud, de modo que la reticencia de este se purga por la actuación de la aseguradora, tal como lo indica la norma citada; mientras que, si se atiende solo a la manifestación del tomador, las imprecisiones en que este incurra producirán la nulidad del contrato y la aseguradora queda relevada de pagar la indemnización, pero se queda con lo devengado por concepto de la prima (Decreto 410, 1971, Art. 1059).

Ese es el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia colombiana al deber de autoinformación de la aseguradora. Se ha establecido que no es obligación del asegurador una indagación profunda sobre el verdadero estado del riesgo, pero cuando se hace y aun así se contrata, se purga la posible reticencia en que haya incurrido el tomador; lo que no ocurre cuando se omite hacer indagaciones diferentes a la sola manifestación de este (Ordoñez, 2012)⁵, de suerte que cada vez más entra en desuso la exigencia de exámenes médicos en seguros de vida o los peritajes en los seguros de daños.

En efecto, en el mercadeo masivo de seguros a través del uso de red, por el principio de irrevocabilidad contenido en el párrafo primero del artículo 2.31.2.2.2 del decreto 2555 de 2010 la norma prevé que “no se podrán exigir condiciones previas para el inicio del amparo de la póliza o para la subsistencia de la misma” (Decreto 2555, 2010); incluso, para el ramo de seguros de automóviles, el párrafo segundo de la misma norma prohíbe expresamente, para el caso de mercadeo masivo a través del uso de red, “exigir requisitos o condiciones específicas de ninguna naturaleza, tales como la revisión o el avalúo del automotor como condición previa al inicio del amparo de la póliza o para la subsistencia de la cobertura.” (Decreto 2555, 2010) Estas disposiciones se reiteran en la circular 049 de 2011 emitida por la Superintendencia Financiera.

⁵ El autor cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil del 2 de agosto de 2001, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo.

La misma condición se plasmó para el caso de la comercialización de seguros a través de corresponsales, tal como lo dispuso el decreto 034 de 2015 en sus artículos 12 y 13, norma que reprodujo la citada en el párrafo anterior. (Decreto 034 , 2015)

Pese a lo anterior, es necesario anotar que la Corte Constitucional ha exigido a las aseguradoras la realización de exámenes médicos previos, para efectos de establecer preexistencias en los seguros de invalidez o de salud; ello incluso para el caso del mercadeo masivo a través de uso de red, tal como se aprecia en la sentencia T-222 de 2014, sobre la cual se profundizará en el capítulo segundo.

Otro elemento que justifica la especial exigencia de buena fe respecto del tomador, es la aleatoriedad del seguro, en la medida en que la prestación económica a cargo del beneficiario es mucho mayor a la prestación económica que recibe la aseguradora por concepto de prima, lo que implica una particular exposición de las compañías aseguradoras al dolo del asegurado (Ordoñez, 2012).

Sin embargo, hay que advertir que la naturaleza aleatoria del contrato de seguro no radica solo en la desigualdad de las prestaciones de cada una de las partes, sino también en que el siniestro asegurado depende del azar⁶; lo que implica que la contraprestación que debe pagar la aseguradora aunque es mucho más alta que la prima devengada, no siempre ocurre, en más de las veces el riesgo no se materializa y por tanto la aseguradora es la única que recibe beneficio económico. Luego, el tomador también asume las consecuencias de que el seguro sea un contrato aleatorio, pues puede pagar por años una prima y nunca recibir contraprestación, lo que ocasiona un desequilibrio económico en su contra.

Para el tomador, la máxima expresión legal de la exigencia de buena fe se encuentra contenida en el artículo 1058 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) que prevé un

⁶ Con excepción del seguro de vida, pues el riesgo asegurado es la muerte de una persona, la cual siempre ocurrirá, el azar en este caso solo se centra en el momento en el cual acaecerá el suceso asegurado (Ordoñez, El Contrato de Seguro, 2008, pág. 12).

deber concreto de información con la compañía de seguros,⁷ consistente en la declaración sincera del estado del riesgo asegurado, so pena de nulidad por reticencia.

El precepto contiene cargas y sanciones enormes para el tomador, mucho mayores que en el régimen de nulidades que disciplina los contratos en general. La consecuencia de la nulidad contractual en general consiste en la pérdida de efectos del contrato de manera retroactiva, de modo que se impone la devolución de las contraprestaciones pagadas por ambas partes y las cosas vuelven al estado anterior (Tamayo, 1979, pág. 246). En el caso del contrato de seguro, el efecto de la nulidad no es retroactivo pues la aseguradora no tiene la obligación de devolver al tomador la prima devengada, pero sí se releva del pago de la indemnización, de suerte que no se recobra el *estatus quo*, y la aseguradora obtiene un provecho de esa declaratoria de nulidad (Ordoñez, 2012).

Otro aspecto relevante de la interpretación que se le ha dado a la norma, es que la nulidad proviene de la inexactitud o reticencia en la declaración del estado del riesgo, sin importar que el siniestro se haya producido por otra causa diferente a la información omitida. Por ejemplo, en el caso típico del seguro de vida, si se omitió declarar un síntoma indicativo de cáncer como la existencia de un tumor, la nulidad se produce aunque el

⁷ La norma dice: “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.”.

siniestro, es decir la muerte del asegurado, haya acaecido en un accidente de tránsito (Ordoñez, 2012, pág. 402).

Lo anterior tiene sustento en que el vicio que genera la nulidad no surge en el momento en que ocurre el siniestro, sino que se forma cuando la aseguradora presta su consentimiento, que se encuentra distorsionado, pues la voluntad de la compañía se basó en una información errada, imprecisa u omitida, suministrada por el tomador, la cual de haber sido correcta y completa hubiere podido cambiar la posición de la aseguradora, negándose a emitir la póliza o haciéndolo en condiciones más onerosas de acuerdo con el estado de riesgo real.

En esta forma, el nexo causal no debe estudiarse entre el dato omitido y la causa del siniestro, sino que debe analizarse la relación entre la información errada o excluida y la trascendencia de ésta para aumentar el estado del riesgo cubierto, pues, en últimas, es esto lo que genera el vicio en el consentimiento de la aseguradora, de modo que si la declaración del tomador es inexacta en aspectos irrelevantes para determinar el riesgo, no debería generar la nulidad del contrato.

También se desprende de esta disposición que no se exige a la aseguradora poner a disposición del asegurado un cuestionario con preguntas sobre el estado de riesgo, que indiquen al tomador qué es lo relevante en la declaración (Ordoñez, 2012, pág. 402); la norma patrocina una clara trasgresión al deber de información por la aseguradora, pues el cuestionario informa al tomador sobre los aspectos importantes que debe declarar, la ausencia del formulario pone al tomador en una situación de ignorancia que le impide que su declaratoria sea completa, le dificulta satisfacer las necesidades de información de la aseguradora.

Para Ordoñez, esto significa un avance en materia de auto-información al traer como consecuencia de esta omisión una inversión de la carga de la prueba. Sobre el punto el autor explica:

Curiosamente, en este régimen de la inexactitud y reticencia del tomador en la declaración acerca del estado del riesgo, se puede ya evidenciar una particular preocupación de la ley por destacar el deber de información recíproco del asegurador, en la medida en que lo desfavorece visiblemente en caso de no orientar la declaración del tomador con un cuestionario específico acerca de las circunstancias que rodean el estado del riesgo, en términos de carga de la prueba. Al forzarlo a tener que demostrar una culpa del tomador en la declaración cuando no somete al mismo ese cuestionario, indiscutiblemente la ley está señalando cuán importante es para el asegurador, a la vez que es informado, informar también al declarante sobre los aspectos que él considera importantes en torno al estado del riesgo (Ordoñez, Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro, 2005, pág. 78).

Sin embargo, no es suficiente la consecuencia prevista por la norma, pues, ante los evidentes avances doctrinarios del deber de información, no es concebible que se permita esta omisión por las aseguradoras, pues dejan al declarante del riesgo completamente desorientado respecto a los datos que debe informar, pese a que este documento es de suma importancia para la eficacia del contrato.

El deber de información debe ser mutuo, la aseguradora debe informar al tomador sobre lo que necesita que este declare, de lo contrario, el tomador estará desorientado respecto a lo que debe informar, puesto que se trata de una persona que usualmente desconoce la técnica legal que rodea al contrato. Es desafortunado el contenido del precepto, pues al no obligar a la aseguradora a la disposición de un formulario, pone en un estado de indefensión al tomador y refuerza la posición dominante de las compañías, dado que cuanto más incompleta sea la declaración y mayores sean las imprecisiones en ella contenidas, mejor para la aseguradora, pues posteriormente podrá alegar la nulidad por reticencia, quedando relevada del pago de la indemnización, lucrándose de las primas devengadas.

La máxima autoridad administrativa en la materia, en desarrollo de la ley 1328 de 2009, ha expedido varias circulares relativas a la información que debe ser suministrada

por parte de las aseguradoras, se destaca la 038 de 2011 y la 050 de 2015 (esta última empieza a regir a partir del primero de julio de 2017), incluso en el literal f) del artículo 9.8 de la circular 038 de 2011 se advierte la necesidad de informar al tomador sobre las consecuencias de la reticencia o inexactitud, pero ninguna de estas instrucciones administrativas obliga a las aseguradoras a poner a disposición del tomador un formulario que le guíe en su declaración.

Cabe anotar que ambas circulares contienen catálogos similares sobre el deber de información pero la segunda es específica para los intermediarios como corredores, agencias o agentes de seguros; llama especial atención el literal f) del numeral 9.8 de la circular 038 de 2011, pues tiene relación con el artículo 1058 del C de Co en comento, ya que insta a las aseguradoras para “señalar de manera clara y sin que haya lugar a dudas, que corresponde al asegurado la obligación de declarar el estado de riesgo e informar acerca de la situaciones que impliquen modificación del mismo, con la aclaración de las consecuencias de la reticencia o inexactitud.”

Este precepto normativo es de tal relevancia que no debería hallarse en una instrucción administrativa, sino en una norma de carácter legal; el suministro de esta información no debería efectuarse a través de la simple disposición en un link destacado de la página Web de la entidad, como lo exige la Superintendencia Financiera, sino que debería hacerse directamente al tomador y las consecuencias de su inobservancia no deberían ser solo de orden administrativo, sino que debería tener incidencia a nivel contractual, por ejemplo purgando la reticencia en que incurra el tomador, siempre que no se demuestre que el asegurador cumplió con el deber de informarle al tomador las consecuencias de la inexactitud a la hora de declarar el riesgo.

La constitucionalidad del artículo 1058 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) fue demandada por trasgredir el principio de igualdad entre los contratantes, pero la Corte Constitucional (CC Sentencia C-232, 1997), declaró la exequibilidad del precepto.

El argumento central del fallo es que la reforzada protección de la aseguradora tiene justificación en la medida en que la actividad, por su naturaleza, implica la colocación masiva de seguros, lo que le impide a la compañía examinar a profundidad todos los riesgos que asume, por lo que queda expuesta a la palabra del tomador.

La principal crítica de la sentencia se centra en que sus conclusiones se basaron en la aceptación de la doctrina pacífica sobre la materia, pero no se hizo un juicio de constitucionalidad propiamente dicho. Para Hilda Esperanza Zornosa (2012):

La Corte no se detuvo en la explicación de por qué esta norma, la de las nulidades del artículo 1058, no se opone al movimiento de protección de los derechos de tomadores y asegurados. Se hubiera podido remontar a la misma Constitución en cuanto allí se dice que se debe favorecer a los débiles. Pero toda esta temática –que no podrá ser olvidada porque fue un argumento de la demanda– se despachó, ciertamente, en una forma muy breve, y se confió en la fortaleza del argumento del profesor FONTAINE en tanto que el legislador debe propender por el equilibrio integral de los contratos protegiendo a las partes en aquellos aspectos que merecen esa defensa.

El juez debió replantear los intereses en conflicto, conciliarlos y superarlos. Haciendo uso de la solución legal contenida en la Constitución debió abordar el problema desde esa perspectiva, reflexionar sobre los intereses en juego, valorizarlos desde la perspectiva histórica y, sobre todo, actualizarlos conforme a los cambiantes criterios políticos de nuestra sociedad, los que aparecen plasmados en la Constitución Nacional de 1991 que son susceptibles de armonizar con el Código de Comercio que data de 1971, como lo planteó FASECOLDA.

Se interesó la Corte sólo por preservar el estado de cosas, evitando dinamizar el Derecho, lo cual hubiera podido hacerse utilizando tal vez el argumento de FASECOLDA que relaciona la protección de los derechos de tomadores y asegurados con la imperatividad del artículo 1058. (Zornosa, 2012, págs. 711-713).

Sobre la dinamización del Derecho de que habla la autora, hay que tener en cuenta que se trata de una sentencia de 1997, si bien ya habían transcurrido más de 20 años desde la expedición del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) que contiene la norma cuya constitucionalidad se estudió. Lo cierto es que los grandes avances sobre la protección al

consumidor son recientes en Colombia, nótese que la ley de protección al consumidor financiero se expidió apenas en 2009, de modo que, en la época de la expedición de la sentencia de constitucionalidad no imperaba aún la tendencia actual.

Es de resaltar que la autonomía de la voluntad ha evolucionado, los contratos ya no se efectúan como antes cuando se negociaba minuciosamente por ambas partes todas las condiciones del pacto, la contratación en masa que impera en los tiempo modernos implica una forma diferente de ver el contrato y, por consiguiente, impone una nueva ideología en la regulación legal de la materia. Es por ello que la tendencia legislativa e interpretativa mundial es la protección al consumidor como parte débil de la relación jurídica y en el contrato de seguros la relación asegurador–asegurado, es una manifestación típica de los contratos de empresa (Ordoñez, 2014, pág. 306).

Según Ordoñez, las tendencias mundiales más destacadas en materia de seguros también van encaminadas a la protección del tomador y se destacan las siguientes:

- a) La adopción definitiva del criterio de obligatoriedad para el asegurador en el sentido de orientar la declaración del tomador del seguro, so pena de quedar impedido de alegar reticencias o inexactitudes de cualquier clase respecto de ella.
- b) La eliminación del efecto automático de ineficacia del contrato en el caso de reticencia o inexactitudes que no se deban a dolo o culpa inexcusable, caso en el cual, como se ha visto, tanto la legislación chilena⁸ como la peruana⁹ se limitan a disponer una reducción del valor de la indemnización si el siniestro ya ha ocurrido cuando se detectan, o a darle al asegurador la potestad de exigir modificaciones al contrato que, de no ser aceptadas dentro de ciertos

⁸ La ley Chilena sanciona con rescisión las declaraciones inexactas o reticentes por errores inexcusables. En su artículo 539, la ley chilena establece que una reclamación en la cual el asegurado “a sabiendas” suministre información falsa sustancialmente, implica que el contrato “se resuelve” (Ordoñez, 2014, pág. 325).

⁹ La ley peruana en su artículo 15 señala, como uno de los casos en los que no procede la nulidad, la revisión o la resolución del contrato, aquel en que la reticencia o la declaración inexacta no influyeron en la realización del riesgo (Ordoñez, 2014, pág. 317).

términos, permiten la revocación unilateral del mismo, en caso de que no se haya producido el siniestro.

c) La limitación del término dentro del cual el asegurador puede invocar la inexactitud o reticencia, que, como se vio, en el caso de la ley peruana¹⁰ se reduce a 30 días, y en el caso del proyecto de ley uniforme es de 3 meses.

d) El señalamiento de las sanciones generadas por la inexactitud y reticencia: es notoria una tendencia a no ubicar este tema en el campo de los vicios de la voluntad, como los ubica tradicionalmente la ley colombiana al sancionar con nulidad relativa este tipo de circunstancias (Ordoñez, 2014, págs. 318-319).

Nótese como estas tendencias implican un cambio legislativo en las disposiciones concebidas en el Código (Decreto 410, 1971), o por lo menos una reinterpretación de estas normas para estar a tono con la innegable evolución de las relaciones comerciales en general y del contrato de seguro en particular.

Respecto a la buena fe, esa evolución debe reflejarse en que esta debe exigírsele también con especial énfasis a las aseguradoras, lo mismo que al tomador. Como lo hemos estudiado en este capítulo, el seguro es un contrato de consumo, de empresa, caracterizado por la existencia de un empresario que ejerce la actividad de manera profesional y un consumidor que pretende satisfacer una necesidad pero que no conoce la técnica compleja de la contratación, lo que implica que deba exigírsele al empresario de manera enfática una conducta de buena fe.

La falta de negociación del acuerdo también pone en estado de subordinación al asegurado, quien debe ceñirse a unas cláusulas predispuestas, redactadas por la aseguradora quien, usualmente, ejerce la posición dominante en la relación contractual; ello exige también un comportamiento pródigo de la aseguradora.

¹⁰ La ley peruana da al asegurador un breve término de 30 días para invocar la nulidad por reticencia (Ordoñez, 2014, pág. 317).

La característica aleatoria del contrato, conjugada con la pérdida de la prima en caso de nulidad por reticencia (Art. 1059 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971)), son una mezcla que, de intervenir la mala fe de la aseguradora, trae perjuicios funestos para el tomador, pues la compañía recibe una prima sin otorgar contraprestación alguna mientras no ocurra el siniestro asegurado, prima que puede retener en caso de configurarse la nulidad por reticencia. Por esto, al resultarle lucrativa la anulación del negocio, debe actuar con ubérrima buena fe en la etapa precontractual para impedir que con sus actos u omisiones sea partícipe o causante de una inexactitud o reticencia en la declaración del estado de riesgo por el tomador, que a la postre le aprovecha a la aseguradora.¹¹

En Colombia, los avances más significativos que prevén conductas objetivas de la aseguradora relacionadas con la buena fe están previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el Régimen de Protección del Consumidor Financiero. Estas normas exigen formalismos cuyo propósito es la tutela a la parte “débil” de la contratación, que permite equilibrar la asimetría del negocio jurídico. Según Koteich, Neme y Cortés (2005):

A esa parte débil, consumidor, el derecho actual le otorga un régimen especial de tutela en razón, justamente, de las asimetrías presentes en la contratación a la que concurren esta clase o categoría de sujetos, y esa protección especial la cumple la forma o el formalismo jurídico, pues sin duda, como señala ROPPO, “el contrato con el consumidor representa uno de los terrenos preferidos –quizás en absoluto el terreno más fecundo– para ese ‘renacimiento del formalismo’ [...] –cuya– *ratio* es obviamente una protección más intensa al consumidor.

Así pues, en el terreno del consumidor el concepto legal de forma no se refiere exclusivamente a la declaración de voluntad, va más allá, engloba una serie de actos previos y sucesivos a la declaración misma, relativos a deberes de información, al ejercicio de

¹¹ Cabe anotar que la pérdida de la prima pagada solo opera en los casos de nulidad por reticencia; en el caso de revocatoria del seguro la aseguradora debe devolver lo pagado por concepto de primas, tal como lo dispone el artículo 1071 del C de Co.

derechos de las partes, a la conservación de los derechos y ventajas adquiridas con el contrato, entre otros. Dicho formalismo propicia igualmente la existencia de condiciones de transparencia, en cuanto favorece un adecuado flujo de información, de manera que permite un claro entendimiento de todos los elementos necesarios a fin de decidir la conveniencia de la negociación con fundamento en la valoración tanto de las condiciones favorables, como de aquellos aspectos que limitan los beneficios que el contrato otorga, o de aquellos que hacen más gravosa la condición de la parte débil de la contratación, en términos de cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad de la contraparte, que autoricen ciertos incumplimientos, que permitan la tasación abusiva de la cláusula penal, que limiten las garantías o que agraven para el consumidor sus responsabilidades o limiten la posibilidad del ejercicio de sus derechos (Koteich, Neme, & Cortés, 2005, págs. 158-159).

Particularmente, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) (Decreto 663, 1993) contiene algunas formalidades que deben cumplir las aseguradoras, como someter a autorización previa los modelos de las pólizas por la Superintendencia Financiera, este control institucional intenta evitar los excesos en la posición dominante de las aseguradoras.

Entre los requisitos de la póliza establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero EOSF, que resultan más relevantes al establecer parámetros de buena fe de las aseguradoras, es la exigencia de que las pólizas deban:

...redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza (Decreto 663, 1993, art. 184).

Por su parte la Superintendencia Financiera en la circular básica jurídica N° 029 de 2014, en su parte II, título IV, capítulo II estableció de manera pormenorizada los requisitos formales de la póliza, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

...Las entidades aseguradoras deben redactar las condiciones del contrato de forma que sean claramente legibles y que los tomadores y asegurados puedan comprender e identificar las definiciones de los riesgos amparados y las obligaciones emanadas del negocio celebrado. Para ello, las pólizas deben incluir, cuando menos, la siguiente información:

1.2.1.1. En la carátula.

1.2.1.1.1. Las condiciones particulares previstas en el art. 1047 del C.Cio.

1.2.1.1.2. En caracteres destacados o resaltados, es decir, que se distingan del resto del texto de la impresión, el contenido del inciso 1 del art. 1068 del C.Cio. Para el caso de los seguros de vida, el contenido del art. 1152 del mismo ordenamiento legal.

1.2.1.2. A partir de la primera página de la póliza (amparos y exclusiones)

Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y, en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral. (Circular básica jurídica 029, 2014)

Estos preceptos van encaminados a que el tomador esté clara y efectivamente informado respecto del alcance y condiciones del contrato de seguro; es una garantía al deber de información de las aseguradoras y al derecho que correlativamente les asiste a los asegurados.

Otro aspecto normativo relevante en el ámbito de la garantía de la buena fe de las aseguradoras es el Estatuto del Consumidor Financiero (Ley 1328, 2009), que contiene un catálogo de derechos de los consumidores (Art. 5); obligaciones para las entidades vigiladas (Art. 7); desarrolla el tema del deber de información (Capítulo VI) y de las cláusulas y prácticas abusivas (Capítulo 5) y prevé un sistema de atención y defensa del consumidor financiero. Las circulares 038 y 039 de 2011, emitidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, en desarrollo de la ley 1328 de 2009, establecieron unos deberes especiales de información de las aseguradoras y unas cláusulas y conductas consideradas como abusivas para el ramo asegurador. Temas sobre los cuales se profundizará en el capítulo III de este trabajo.

Por su parte, la ley 1480 de 2011, en su artículo 37 numeral tercero prevé un mandato concreto dirigido a los aseguradores que indica lo siguiente: “el asegurador hará entrega anticipada del clausulado al tomador, explicándole el contenido de la cobertura, de las exclusiones y de las garantías” (Ley 1480, 2011); es importante anotar que si bien los derechos del consumidor financiero están contemplados en una norma especial diferente a la ley antes citada, la disposición transcrita es aplicable a las aseguradoras dado que contiene un mandato especial para ellas, se trata de una norma posterior a la ley 1328 de 2009 y además esta última contempla unos derechos para los consumidores financieros, “sin perjuicio de los derechos consagrados en otras disposiciones legales vigentes.” (Art. 5 ley 1328 de 2009).

Nótese que la norma referenciada en el párrafo anterior implica que este deber de información sobrepasa el mero formalismo exigido para la redacción del contrato, como el idioma, el tipo de letra, etc., pues impone a la compañía además explicar su contenido y sus alcances al consumidor, en este punto se deben dar los grandes pasos legales y hermenéuticos en camino hacia la protección al asegurado, aunque la norma contiene un avance sobre el deber de información de la aseguradora, resulta pequeño si nos detenemos en lo siguiente:

No basta con que se prevea el deber de explicar al tomador sobre el contenido de la cobertura y las exclusiones, sino que también debe ilustrarlo sobre su propio deber de información y las consecuencias de omitirlo, se le debe informar sobre lo que él, como tomador, debe informar y las características que debe tener esa información y, sobre todo, se le debe explicar lo que sucede si dicha obligación de su parte no se cumple.

Además de lo anterior, se debe establecer un régimen de prueba que imponga a la aseguradora la carga de acreditar que sí se suministró dicha información, pues, finalmente, resulta más viable que la aseguradora pruebe que la otorgó a que el tomador demuestre que nunca se hizo; recuérdese que el tomador estaría realizando una negación indefinida

que implica la inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole a la compañía demostrar la ocurrencia del hecho contrario (Parra, 2009, págs. 138-141).

Pero tal vez lo más importante es que se deben prever sanciones contractuales para la aseguradora que omita el deber de información, la legislación ha definido sanciones administrativas, a diferencia de lo que ocurre cuando la conducta proviene del tomador, caso en el cual si se genera la nulidad del contrato.

Este deber de información, tiene otra cortapisa y es la de los intermediarios. En efecto, el contrato de seguro se caracteriza porque, en la práctica, lo usual es que ni siquiera haya una relación directa entre los contratantes, sino que las aseguradoras a menudo ejercen su actividad a través de intermediarios, como corredores y agentes.

La Superintendencia Financiera de Colombia a través de la circular 050 de 2015, impartió instrucciones a las aseguradoras sobre las condiciones de idoneidad de las personas naturales que operan como sus intermediarias; dispuso para el efecto que las aseguradoras y los corredores de seguros deben velar porque las personas ligadas a esa actividad tengan capacidad técnica y profesional, para lo cual establece la implementación de unos cursos de capacitación y exámenes que deben encontrarse debidamente documentados para la verificación por parte de los órganos de control; también se exige como requisito experiencia de por lo menos dos años en el ramo. (Circular externa 050 de 2015. Parte II artículo 1.4.1)

La anterior instrucción administrativa aún no está vigente pues empieza a regir a partir del primero de julio de 2017, aunque es un avance importante al contemplar capacitación específica sobre protección al consumidor y deber de información, lo cierto es que no establece ningún cambio sobre la responsabilidad de las aseguradoras por la conducta de los corredores o agentes en caso de que omitan ese deber de información.

En el primer caso, cuando se trata de corredores de seguros, la mala fe de estos en el momento de la contratación no se transmite a la compañía de seguros puesto que no la representan ni existe un mandato, en palabras del profesor Ordoñez:

Tratándose de corredores de seguros. Su intervención normal como simples intermediarios, en *stricto sensu*, como los denomina Efrén Ossa Gómez, no comporta mandato por parte del asegurador ni mucho menos representación del mismo. Por lo mismo, su actuación de mala fe, sea al asesorar inadecuadamente al tomador en las respuestas al cuestionario o callar información que se le haya suministrado acerca del estado del riesgo, mal puede alterar las reglas del artículo 1.058 en perjuicio del asegurador (Ordoñez, 2008, págs. 74-75).

Cuando se trata de agencias colocadoras, tampoco se compromete la responsabilidad de la aseguradora por la asesoría de mala fe al tomador, pues se entiende que en estos casos la intermediaria, como mandataria de la aseguradora, está excediendo sus facultades, de modo que su conducta no afecta a la compañía de seguros, a menos que el tomador suministre información sobre el estado de riesgo que el agente no transmita al asegurador:

La asesoría inadecuada o de mala fe al tomador, en el suministro de la información sobre el estado del riesgo, no impedirá al asegurador alegar la reticencia o inexactitud, en todos los casos en que el tomador participe a sabiendas de la reticencia o inexactitud o no haya podido ignorar razonablemente que la información suministrada adolece de tales vicios.

Si se trata de asesoría o consejo de mala fe sobre la exactitud de la información que debe ser aportada, no existiendo dolo o culpa del tomador, actuando éste en consecuencia con buena fe exenta de culpa, podría afirmarse que en este caso el intermediario ha excedido los límites de su encargo, toda vez que la ley no le atribuye facultades representativas para efectos de responder por el asegurado o asesorarlo en este sentido, por lo cual cabría, a mi manera de ver, la aplicación de las soluciones que hemos visto aplicadas por la doctrina francesa¹²,

¹² En Francia, la aseguradora solo responde cuando el agente tiene el poder de concluir el negocio, o cuando sin tener dicho poder, engaña al asegurado o le hace creer que su declaración es regular (Art. 31 del decreto ley de junio 14 de 1938); cuando se trata de meros corredores de seguros o agentes sin representación, aunque éstos conozcan de la reticencia, ello no impide la aplicación de las sanciones. (Ordoñez, 2008, Pág. 70).

italiana¹³ y argentina¹⁴, en el sentido de que ello constituiría una extralimitación de las facultades del intermediario que no podría alcanzar al asegurador siguiendo las reglas del artículo 1.266 inciso 2º de nuestro Código de Comercio (Ordoñez, 2008, pág. 76).

Sobre este punto es importante anotar que la Superintendencia Financiera a través de las circulares 049 y 050 de 2015, (la primera aplicable a la comercialización masiva de seguros a través del uso de red y la segunda aplicable a los intermediarios de seguros como corredores y agentes), instruyó a las compañías aseguradoras para que velaran porque esos terceros cumplieran a cabalidad con el deber de información al consumidor financiero.

Es de anotar además que si la agencia tiene facultades de representación adicionales a las establecidas en el artículo 42 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁵ (Decreto 663, 1993), su consejo o asesoría inadecuada comprometen a la aseguradora. Así lo entiende Ordoñez (2008):

Si tienen facultades representativas; en el caso del asegurador es indudable que la situación anterior se modifica en el sentido de que toda información acerca de las circunstancias

¹³ La legislación y jurisprudencia Italiana han mantenido como responsables además del agente también al asegurador (Art. 2049, 1865 y párrafo 4 del 1153 del C. Civil), siempre y cuando el agente se mantenga dentro de los límites del mandato. (Ordoñez, 2008, Pág. 71).

¹⁴ La legislación Argentina dispone que si el intermediario tiene facultades para concluir el negocio a nombre de la aseguradora, las manifestaciones verbales hechas por el tomador al agente, valen como si se estuvieran haciendo a la aseguradora, quedando entonces impedida para alegar la reticencia. (Ordoñez, 2008, Pág. 67).

¹⁵ Artículo 42 del EOSF “*Facultades de la Agencia de Seguros*: Toda agencia de seguros debe tener por lo menos las siguientes facultades otorgadas por la compañía o compañías que represente:

- a. Recaudar dineros referentes a todos los contratos o negocios que celebre;
- b. Inspeccionar riesgos;
- c. Intervenir en salvamentos, y
- d. Promover la celebración de contratos de seguro por si misma o por medio de agentes colocadores que la compañía mandante ponga bajo su dependencia, según su sistema propio de promoción de negocios.”

del riesgo que lleguen a su conocimiento deben entenderse como que son del conocimiento del asegurador. Y que el consejo y asesoría inadecuado compromete al asegurador, quien no podría a mi juicio, alegar la inexactitud o la reticencia, ni siquiera por error inculpable (pág. 77).

Lo anterior muestra que el uso de intermediarios para la celebración del contrato complejiza la manera como se debe impartir la información por parte de la aseguradora, esto ha generado que la máxima autoridad administrativa establezca vastos parámetros para garantizar que, pese a los múltiples intervinientes en la formación del negocio, haya una transmisión efectiva de la información al tomador.

Conclusiones del capítulo

Una de las funciones centrales de la buena fe, es ser una herramienta para corregir las asimetrías que se presenten entre los contratantes, en el caso del seguro, la asimetría no solo se presenta en beneficio del tomador, como tradicionalmente lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, sino que también hay asimetrías que le perjudican, veamos:

En primer lugar, el alea implica un desequilibrio que afecta al tomador/beneficiario del seguro, pues este solo recibe contraprestación de parte de la aseguradora si el siniestro ocurre, situación que depende del azar, mientras que la aseguradora siempre recibirá su contraprestación representada en la prima que paga el tomador.

La aseguradora siempre obtiene un beneficio económico del contrato, así ocurra el siniestro y lo tenga que pagar, obtiene una ganancia. En efecto, dejando el plano individual meramente contractual y estudiando la actividad aseguradora en conjunto de manera global, ésta es un actividad lucrativa, la colocación de seguros está basada en modelos estadísticos, que le permiten a las compañías predecir la cantidad de riesgos que realmente deberá asumir, para calcular el monto de las primas y obtener la utilidad respectiva.

Por su parte el beneficiario no recibe una utilidad propiamente dicha, así ocurra el siniestro y el mismo sea pagado efectivamente por la compañía, por la naturaleza indemnizatoria del seguro,¹⁶ especialmente del seguro de daños, el beneficiario solo recibirá un monto resarcitorio, es decir que le restablecerá su patrimonio en las mismas condiciones que se encontraba antes de la ocurrencia del siniestro.

De otro lado, en el contrato de seguro la compañía de seguro ejerce la actividad de manera profesional adquiriendo una posición dominante respecto del tomador, (aunque existen excepciones como es el caso del Estado como cliente o los grandes grupos económicos que son también usuarios de los productos financieros), la aseguradora redacta el clausulado general y específico, diseña la póliza y el tomador simplemente se adhiere a las condiciones predispuestas, lo que ocasiona un desequilibrio en perjuicio del tomador que debe ser sopesado con exigencias de buena fe respecto de la aseguradora.

Las normas de carácter administrativo han reconocido esta necesidad de equilibrar la situación en que se encuentra el consumidor financiero y específicamente para el caso del contrato de seguro, la Superintendencia Financiera ha dado grandes pasos exigiendo conductas concretas por parte de las aseguradoras relativas a la prohibición de cláusulas y prácticas abusivas y al deber de información que les asiste, exigencias que constituyen expresiones del principio constitucional de la buena fe.

Esta preocupación del órgano de control por emitir instrucciones específicas sobre dichas prácticas, es una muestra de que a las aseguradoras también debe exigírseles con el mismo rigor la observancia de ubérrima buena fe.

¹⁶ Se da la discusión sobre el carácter indemnizatorio del seguro de personas. Sin embargo, para Ordoñez, los argumentos son morales y no jurídicos, se pretende prevenir la especulación sobre la salud, integridad y estética de la persona humana, pero en realidad, para el autor, el único seguro que puede tildarse como no resarcitorio es el seguro de vida, pues resulta indiferente si el beneficiario sufrió o no un perjuicio económico o moral y lo que se paga es un monto determinado de dinero (Ordoñez, 2008, págs. 118-120).

EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA BUENA FE DE LA ASEGURADORA EN EL CONTRATO DE SEGURO EN COLOMBIA

Introducción

La jurisprudencia tiene gran relevancia para la evolución teórica de los conceptos jurídicos relacionados con el tema que nos ocupa. La aplicación de las normas a casos concretos permite dinamizar el derecho y ajustarlo a la realidad social, pues es el escenario propicio para ejercer la tarea de interpretar el querer del legislador y amoldarlo a un patrón fáctico que usualmente sobrepasa lo expresamente indicado en el canon legal.

Los precedentes jurisprudenciales guían el ejercicio jurisdiccional, pues, como fuente de derecho, son una herramienta de gran utilidad para los jueces encargados de resolver las controversias que surgen en las relaciones sociales y comerciales, la consulta de casos similares resueltos por un Tribunal de cierre se convierte en obligatoria para una cabal administración de justicia¹⁷ (López D. E., 2006, págs. 106-112).

La existencia de un precedente, impone a los operadores judiciales una carga argumentativa adicional, que es más estricta cuando consideren apartarse de lo que ha decantado algún órgano de cierre en la materia de que se trate (constitucional, civil o administrativo) (López D. E., 2006, págs. 106-112).

¹⁷ Es deber del Juez conocer la jurisprudencia aplicable al caso y referirse a ella en la sentencia, esto ha sido conocido por la doctrina como carga de transparencia (López D. E., 2006, pág. 107).

En lo que respecta al contrato de seguro, la jurisprudencia ha llenado de contenido las normas que regulan esta figura del derecho comercial y ha convertido en teoría la aplicación de la buena fe en este tipo de negocio. La jurisprudencia es artífice de la exigencia de una “ubérrima” buena fe en las relaciones asegurador-asegurado y en ella se pueden introducir los cambios interpretativos necesarios para estar a tono con las tendencias de protección al asegurado que se encuentran casi ausentes del ordenamiento jurídico Colombiano.

En el presente capítulo, se seleccionan las sentencias más relevantes emitidas por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de Colombia en materia de buena fe en el contrato de seguro. Se estudiarán especialmente las que hayan tratado temas de buena fe por la aseguradora y se analizarán los fundamentos que dieron sustento a las decisiones.

Las dos Cortes tienen una intensa actividad al respecto. La Corte Suprema de Justicia estudia las controversias que sobre el punto se suscitan entre las partes del contrato, cuando estas son particulares, es decir, entre aseguradoras y personas naturales o jurídicas de derecho privado, en el escenario del proceso declarativo de naturaleza contractual. Por su parte, la Corte Constitucional estudia el tema de seguros desde dos perspectivas: la primera, es la de los derechos fundamentales en el escenario de la acción de amparo, que tiene lugar cuando revisa los fallos de tutela de instancia. Estas acciones tienen origen en una conducta denunciada como trasgresora de los derechos fundamentales, cometida por una de las partes del contrato, o eventualmente, cuando se interpone acción de tutela contra una providencia judicial emitida por el Juez natural del contrato de seguro.

La segunda perspectiva es el control constitucional general, que opera ya no en casos concretos sino cuando se estudian las demandas de inconstitucionalidad contra preceptos legales que regulan el contrato de seguro. Este punto de vista es de interés para este trabajo, pues la buena fe es una norma constitucional, por lo cual no puede haber ningún precepto legal que trasgreda este principio, so pena de inconstitucionalidad.

Las Cortes presentan visiones distintas del contrato y de su aplicación a casos reales. Es por ello que se analizarán las decisiones más relevantes que cada una de ellas haya emitido en el tema de la buena fe en el contrato de seguro. Se escogerán especialmente las que desarrollen temas que hayan sido objeto de estudio en el capítulo primero de este trabajo para complementar las posiciones allí asumidas.

Para finalizar, se realiza un análisis comparativo de los fundamentos decisorios de las dos cortes y unas conclusiones parciales sobre el tratamiento otorgado por la jurisprudencia colombiana al principio de la buena fe aplicable a las aseguradoras.

La buena fe de las aseguradoras. Una mirada a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

El estudio de las sentencias se agrupará en cuatro temas que han sido desarrollados en el primer capítulo del presente trabajo, de la siguiente manera:

- i. Datos omitidos por el tomador, influencia sobre el consentimiento de las aseguradoras;
- ii. Deber de información y auto información de las aseguradoras;
- iii. Desnaturalización del contrato;
- iv. Carga de la prueba.

Datos omitidos por el tomador, influencia sobre el consentimiento de las aseguradoras

Sobre el tema, son relevantes varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia que estudiaron la configuración de la nulidad del seguro por reticencia, desde el punto de vista de la incidencia de la información, en la declaración de voluntad de la aseguradora.

Primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia

La Corte zanjó un litigio originado en el no pago de un seguro de vida, objetado por la aseguradora, argumentando la reticencia en la información relativa a la dirección de residencia, patrimonio e ingresos mensuales del tomador (CSJ Sentencia 7011, 2002).

Para el Tribunal que profirió la sentencia objeto del recurso extraordinario, las informaciones mentirosas del tomador “son irrelevantes o inocuas para haber influido en la proyección del consentimiento (sic) expresado por la parte demandada en el contrato de seguro soporte de acción”, porque corría mayor riesgo una persona del “perfil” formalmente declarado, a uno que, como el señor Mariaca, “no lo tenía” (CSJ Sentencia 7011, 2002).

La Corte Suprema de Justicia no comulgó con los argumentos esgrimidos por el Tribunal pues estimó que la información emitida por el tomador se relacionaba con aspectos personales de importancia para propiciar una declaración de voluntad libre por la aseguradora. Textualmente, el órgano colegiado citando a Ossa:

...tampoco puede perderse de vista la relación de la suma asegurada con la capacidad económica del tomador o asegurado. Si éste tiene conciencia de que su muerte ha de ocurrir a más o menos corto plazo estará dispuesto a invertir la totalidad de sus haberes en la primera prima anual de un cuantioso seguro, lo que convierte al interesado en un riesgo esencialmente azaroso que, como tal, atenta contra la fidelidad matemática de los cálculos actuariales. *De ahí la necesidad técnica del asegurador de investigar la solvencia financiera de sus candidatos y armonizarla racionalmente con la magnitud económica de las prestaciones eventuales a su cargo* (Ossa, 1991, pág. 151) (CSJ Sentencia 7011, 2002, pág. 42).

El argumento de la sentencia genera cierta dudas, pues no es claro que los datos respecto de los cuales el tomador mintió hayan incidido verdaderamente en la declaración de voluntad de la aseguradora, por tratarse de un seguro de vida, las imprecisiones en las que incurrió el tomador relativas a su patrimonio e ingresos mensuales y su dirección de residencia, no tienen relevancia para efectos de incidir en que la aseguradora hubiere expedido o no la prima o lo hubiere hecho en condiciones más onerosas.

No se evidencia en el fallo la razón por la cual dicha información es importante al determinar el riesgo en el seguro de vida, pues tal como se dejó explícito en la sentencia, la desproporción entre el patrimonio del asegurado y la toma de un cuantioso seguro, configura mala fe cuando el asegurado “tiene conciencia de que su muerte ha de ocurrir a más o menos corto plazo”. De lo contrario, es el monto pactado como indemnización, conocido obviamente por la aseguradora, el que determina el valor de la prima, como en este caso ocurrió, sin que en la sentencia se hubiere observado que el asegurado hubiere muerto de manera prematura o que tuviera conciencia de que moriría prontamente.

Resáltese además que en sentencia posterior (CSJ Sentencia 00359 01, 2007), el mismo Magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo enfatiza en que el monto por el cual se asegura la vida puede ser cuantificable libremente por el tomador, el precedente indica: “Por tal razón, el seguro que recae sobre la vida, no tiene carácter indemnizatorio, pues ella no tiene precio; cada quien amerita la suya y puede libremente cuantificar el valor de su interés.” (CSJ Sentencia 00359 01, 2007).

Luego, si la nulidad por reticencia tiene justificación en que la información errada distorsiona el consentimiento de la aseguradora al decidir si emite o no la póliza o si lo hace en condiciones más onerosas, en la sentenciase debió argumentar por qué el riesgo de muerte de una persona con menores ingresos es superior al de una persona con mayores ingresos y por qué aumenta el riesgo de una persona que viva en la dirección omitida con respecto al riesgo de la dirección declarada. Pese a ello, los razonamiento de la sentencia reprochan las imprecisiones por el solo hecho de ser imprecisiones, desconociendo que estas deben incidir en el consentimiento de la aseguradora en cada caso concreto para que se genera la nulidad del acto jurídico.

Segunda sentencia de la Corte Suprema de Justicia

En otro caso (CSJ Sentencia 05001, 2010), se resolvió el recurso extraordinario de casación interpuesto por los beneficiarios de un seguro objetado por la aseguradora, que argumentó para el efecto que “se ocultó información importante sobre el pasado delictual

del asegurado contrariamente a lo declarado por uno de los asegurados al solicitar el amparo”.

Aunque se acepta la existencia de la imprecisión en la declaración del estado del riesgo¹⁸, se alega por los demandantes en casación que era indispensable acreditar que los hechos “callados”, de haber sido conocidos, hubieren retraído a la aseguradora de celebrar el contrato o inducido a estipular condiciones más onerosas.

La Corte Suprema de Justicia desatendió dicho argumento y en su lugar estimó, con razón, que el pasado delictual de una persona sí es relevante para determinar el estado del riesgo, máxime cuando se trata de un seguro de vida. Lo interesante de esta sentencia se centra en el siguiente fragmento:

La pérdida de fuerza normativa del contrato de seguro por reticencia no requiere la demostración específica de que la omisión llevaría a la aseguradora a desistir del negocio pues precisamente la existencia misma de la pregunta en el formulario es significativa de su importancia como insumo para ilustrar su consentimiento (CSJ Sentencia 05001, 2010).

Según el precedente, si la aseguradora exige expresamente el suministro de una información determinada, plasmada en el formulario de declaración de asegurabilidad, se presume que dicha información es relevante para el consentimiento de la compañía, sin que sea necesario exigirle prueba de ello en el juicio.

De modo que, si se le hace una interpretación *a contrario sensu*, ello implicaría que, de no mediar formulario, o de no encontrarse en él una pregunta determinada y concreta, la falta de información sobre lo no preguntado ocasiona reticencia solo si la aseguradora demuestra que el dato omitido o reticente hubiere llevado a la aseguradora a desistir del negocio o a hacerlo más oneroso para el tomador.

¹⁸ El estado del riesgo es toda circunstancia que influya en la probabilidad de que el evento asegurado suceda o no suceda; por ejemplo, en el seguro de vida, la condición de salud del asegurado es una de las circunstancias que determinan la probabilidad que existe de que se realice el riesgo asegurado.

Se trata entonces de una carga probatoria que se le impondría a la compañía en caso de que no ponga a disposición del tomador el formulario de declaración del estado del riesgo o, existiendo formulario, cuando en éste no se encuentre explícito el dato omitido o inexacto.

Tercera sentencia de la Corte Suprema de Justicia

En sentencia del veintiocho 28 de noviembre de dos mil once (CSJ Sentencia 76001, 2011), el Magistrado Ponente Arturo Solarte Rodríguez estudia la procedencia del pago de un seguro de vida objetado por:

...haber sido reticente con la información sobre su enfermedad”, por no haber manifestado que estuvo hospitalizado “en la Clínica Imbanaco los días 12, 13 y 14 de noviembre de 2000, por mialgias, fiebre, dolores generalizados, cefale[a], etc., cuadro clínico que en ese entonces fue diagnosticado (...) como Dengue Vs Leptospirosis (CSJ Sentencia 76001, 2011).

La aseguradora alega en el recurso de casación que “no era viable exigirle a la compañía aseguradora la prueba de la relevancia de la omisión informativa en que, como lo admitió el *ad quem*, incurrió el actor” (CSJ Sentencia 76001, 2011).

La Corte consideró en este caso que el Tribunal no reclamó de la aseguradora esa comprobación;

...cosa diferente es que, con apoyo en la historia clínica que se confeccionó a raíz de la hospitalización de que fue objeto el señor XXX los días 12, 13 y 14 de noviembre de 2000, ya mencionada, el Tribunal hubiese colegido la irrelevancia de la indicada omisión del citado demandante, toda vez que ese medio de prueba, como ya se registró, por una parte, da cuenta de que el único diagnóstico que en definitiva se emitió en tal oportunidad consistió en que el paciente padecía de “dengue” y, por otra, no contiene elemento alguno del que pudiera inferirse que el paciente estaba contagiado del virus de inmunodeficiencia humana VIH o que padeciera del síndrome de inmunodeficiencia adquirida SIDA, conclusiones fácticas del sentenciador de segunda instancia que no fueron combatidas por el recurrente y que, por lo mismo, siguen prestando suficiente apoyo a su decisión de confirmar el fallo estimatorio de primer grado (CSJ Sentencia 76001, 2011).

Se evidencia la falta de coherencia entre la tesis que respalda la Corte en la presente sentencia y la que apoyó en la sentencia del 1º de septiembre de 2010, Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla (CSJ Sentencia 05001, 2010), pues, mientras que allí sostenía que la existencia de la pregunta en el formulario es significativa de su importancia como insumo para ilustrar su consentimiento, en el presente caso, pese a existir formulario y haberse comprobado la contradicción respecto de lo que allí se declaró y la realidad ocurrida, se concluye que la información omitida era irrelevante en la voluntad de la aseguradora demandada.

Esta última posición es más protectora de los derechos del consumidor de seguros, pues pone un límite a la declaratoria de nulidad por reticencia, que solo acaecería si los datos omitidos son relevantes para la formación del consentimiento de la aseguradora, sin que tal relevancia se desprenda únicamente de que la pregunta se encuentre expresamente contemplada en el formulario.

Deber de información y auto información de las aseguradoras

A continuación, presentaremos algunas sentencias que desarrollaron el problema de los deberes recíprocos de información de las partes en el contrato de seguro y las consecuencias de la actitud precontractual que asumieron. Se destacan las siguientes:

Cuarta sentencia de la Corte Suprema de Justicia

En sentencia del 11 de mayo (2000), el Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas de la Corte Suprema de Justicia analizó el caso de un seguro objetado porque, según la aseguradora, hay una falta de identidad entre el vehículo asegurado y el vehículo siniestrado. El alto Tribunal en este caso reprochó la actitud de la aseguradora pues:

...cobró para sí el monto total de la prima pagada por la actora y nada le dijo a ésta, ni antes ni después de la ocurrencia del riesgo amparado, sobre la falta de identidad entre el vehículo individualizado en la solicitud y aquel respecto del cual se suscribió la póliza, por la

diferencia en la numeración del motor; tampoco le restituyó el valor de dicha prima, haciendo los descuentos por concepto de los gastos realizados (CSJ Sentencia 5427, 2000).

Según la Colegiatura:

Es insoslayable el proceder de la aseguradora, que al objetar el pago del siniestro nada dijo sobre la aludida falta de identidad, aquí en cambio reclamada. Normas de lealtad y buena fe aconsejan que así lo hiciera desde entonces y que no esperara, como acá sucedió, hasta el momento de contestar la demanda para exhumar tal argumento, con el supuesto propósito de valerse de su propia equivocación en perjuicio de la contraparte, quien, valga acotarlo, a todo lo largo de la negociación exhibió ánimo dispuesto y buena fe (CSJ Sentencia 5427, 2000).

Se trata entonces de una importante sentencia, en la que no se evaluó solo la actitud precontractual del tomador, sino que se escudriñó en el comportamiento de la aseguradora, lo que en últimas dejó en evidencia la mala fe con la que actuó esta al alegar diferencias entre el número del motor existente en la documentación que estaba en poder de la entidad, cuando los testigos afirmaron, incluso el propio agente de seguros llamado a juicio, que la tomadora firmó la póliza en blanco y fueron ellos los encargados de diligenciar el resto de la información. Así mismo, se recalca en la sentencia la actitud reprochable de la compañía aseguradora al recibir todas las primas sin alertar sobre las inconsistencias que se tenían en la documentación, infringiendo el deber de autoinformación, guardando ese argumento para presentarlo solo en el momento de ocurrir el siniestro, con el único objeto de exonerarse del pago de la indemnización. Tanto el Tribunal como la Corte concluyen que la tomadora actuó de buena fe y que fue la aseguradora quien se empeñó en negar el pago de la indemnización valiéndose de sus propios errores y omisiones.

Quinta sentencia de la Corte Suprema de Justicia

En la sentencia 5858 (2001) el Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas de la Corte Suprema de Justicia objetó el pago de la indemnización pactada en un seguro de transporte aduciendo que el riesgo “no entrega de la mercancía por hurto” se encontraba

excluido de cobertura. Por su parte, el beneficiario alegaba que dicha exclusión se encontraba en las condiciones generales del contrato de seguro, que nunca fueron conocidas por el tomador. El Tribunal hizo prevalecer la exclusión argumentando lo siguiente:

Si a la tomadora del seguro no se le entregó con la póliza los anexos que contienen las condiciones generales del seguro y ello la privó de enterarse que entre las exclusiones del seguro que contrató estaba la de falta de entrega de la misma por hurto, lo que resulta improbable puesto que con toda claridad en el texto mismo de la póliza están consagradas las exclusiones que aceptó, correspondiéndole a ella verificar y cerciorarse qué comprendía o significaba cada exclusión, otra será la vía que tiene para reclamar al respecto, que naturalmente no es ésta donde sólo pretendió el pago del seguro por un riesgo no cubierto (CSJ Sentencia 5858, 2001).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se abstuvo de estudiar el fondo del asunto por encontrar errores en la técnica¹⁹ del recurso extraordinario de casación, quedando en firme la sentencia del Tribunal.

Obsérvese que el Tribunal le resta importancia al tema relacionado con que no se hubieran puesto en conocimiento de la tomadora las condiciones generales del seguro, en las cuales se encontraba la exclusión que, a la postre, generó el no pago de la indemnización. Para el Tribunal, tal situación debía ser dilucidada en otro tipo de proceso, sin precisar qué tipo de proceso, lo que resulta un completo dislate si se tiene en cuenta que el argumento presentado por la tomadora, relativo al desconocimiento de las

¹⁹ El recurrente “omite concretar cuáles fueron los errores que imputa al Tribunal y, adicionalmente, demostrarlos, para lo que era necesario, como mínimo, que parangonara la ponderación que del medio de prueba hizo el Tribunal y lo que de él surge objetivamente. Sabido es, que la causal primera de casación exige, cuando la sentencia atacada se apoya en varios puntales, que se combatan todos para poder invalidarla, ya que si la acusación no involucra la totalidad de los sustentos que le sirven de basamento, o si queda por lo menos uno que sea suficiente para respaldar el fallo, éste no puede ser quebrado, caso en el cual, sin lugar a dudas, el cargo adolece de falta de disciplina técnica en su formulación.” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, del cuatro de abril de dos mil uno. Magistrado Ponente: Nicolás Bechara Simancas, Pág. 1.4)

condiciones generales del seguro, tiene el propósito de controvertir las excepciones propuestas por la aseguradora, ¿en dónde más se va a ventilar tal omisión de parte de la aseguradora sino es en el proceso en el cual se reclama el seguro y en el que la compañía de seguro pone de presente en su defensa un documento que ni siquiera fue conocido por la tomadora?

La Corte Suprema de Justicia antepone un argumento formal que atañe a la técnica del recurso extraordinario de casación para abstenerse de estudiar el punto específico, avalando tácitamente las consideraciones del Tribunal.

Es preciso tener en cuenta que la sentencia data del año 2001, y recuérdese que la obligación legal de las aseguradoras de poner en conocimiento del tomador las condiciones generales de la póliza, surgió con el estatuto del consumidor financiero Ley 1328 de 2009 y la ley 1480 de 2011 que en el artículo 37 impone además a las compañías de seguros explicar al tomador el contenido de las exclusiones. No obstante que tal disposición es relativamente reciente, el deber de información proviene del principio de buena fe, que ha existido en materia contractual desde el derecho Romano y se encuentra plasmado en la Constitución Política y en el Código de Comercio desde hace varias décadas, de modo que corresponde al Juez darle aplicación y contenido en los casos concretos. Luego, no era necesaria la existencia de una disposición específica que obligara a la aseguradora a poner de presente las exclusiones al tomador, para concluir que tal actuación era contraria a la buena fe contractual y afectaba la expresión de voluntad de la tomadora, la cual debía ser libre e informada y ello era suficiente para hacer valer ese argumento en contra de las excepciones propuestas por la aseguradora.

De otro lado, aducir que no era ese el proceso indicado para alegar que la tomadora no conocía la existencia de las exclusiones, es limitar el derecho de defensa, pues el demandante tiene la garantía de acceder a la administración de justicia por medio de la demanda para reclamar el seguro, y a defenderse de los argumentos que presente la aseguradora como excepciones.

Sexta sentencia de la Corte Suprema de Justicia

En sentencia del dos de agosto de dos mil uno (CSJ Sentencia 6146, 2001), el Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, dela Sala de Casación Civil, estudió un típico caso de omisión de información por parte del tomador sobre su real condición de salud en el seguro de vida, pues no dio cuenta de un cáncer que padecía antes de contratar el seguro. La Aseguradora argumentó en el recurso de casación que:

Si el Tribunal dio por acreditado que Jaime Forero Malo, desde el 31 de julio de 1993, tuvo conocimiento del carcinoma escanocelular de vejiga que padecía, del cual no sólo guardó silencio hasta el 25 de agosto siguiente, fecha en que se firmó la póliza, sino que lo ocultó hasta su muerte, entonces, frente a la reticencia admitida, el *ad quem*, obrando de conformidad con lo dispuesto en el primer inciso del artículo 1058 del Código de Comercio, ha debido declarar probada la excepción de nulidad relativa del contrato (CSJ Sentencia 6146, 2001).

La sentencia de casación ratificó lo resuelto por el Tribunal argumentando que:

Aunque es cierto, como lo aseveró el fallador y lo acepta igualmente la censura, que el señor Forero no informó a la aseguradora del cáncer que padecía, pese a haberse enterado de él antes del otorgamiento de la póliza de seguro –y presumiblemente luego de haber diligenciado el cuestionario referente a la declaración de asegurabilidad-, tal hecho, en este asunto específico, no resulta vinculante para la ley sustancial (inciso final art. 1058 C. de Co.), pues la conducta omisiva de la aseguradora, *in concreto*, impidió que se consolidara la sanción *ex lege* en referencia, gracias al conocimiento presunto sobre el estado del riesgo, suficiente para impedir, *ab initio*, la procedencia de la nulidad en cuestión, como se reseñó a espacio, precedentemente (CSJ Sentencia 6146, 2001).

En esta oportunidad, la aseguradora desatendió su deber de autoinformación, pues, aunque el médico que efectuó los exámenes previos a la suscripción del seguro recomendó indagar más sobre algunos problemas de salud en el sistema genito urinario del tomador, dada la información suministrada por el paciente en la consulta, la compañía no fue diligente en realizar tales exámenes y, pese a la recomendación, solo se atuvo a lo informado por el tomador, trasgrediendo así su deber de autoinformación, que está

previsto en el último inciso del artículo 1058 del Código de Comercio cuando indica que la reticencia del tomador se purga cuando la aseguradora “conocía o debía conocer” el verdadero estado del riesgo omitida en la declaración.

No sobra advertir además que, si bien el tomador no indicó en el formulario sobre sus padecimientos de salud en el sistema urinario, lo cierto es que su intención no era ocultar información de mala fe, pues resáltese que sí lo manifestó al médico contratado por la aseguradora cuando le efectuó la revisión respectiva.

Séptima sentencia de la Corte Suprema de Justicia

Mediante sentencia del doce de agosto de dos mil cinco (CSJ Sentencia 7903, 2005), el Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portilla examinó la viabilidad de la objeción consistente en que el vehículo asegurado no fue importado debidamente al país, para negar el pago de la indemnización.

Es el Tribunal, como sentenciador *ad quem*, el que hace mayores aportes teóricos al caso, pues toca un tema relacionado directamente con el derecho a la información y es la exigencia de que las exclusiones de la póliza se encuentren plasmadas de manera visible en la portada del contrato, de no ocurrir, como en el presente asunto, la exclusión se entiende por no escrita, tal como lo concluyó el Tribunal, constituyendo este argumento una de las principales razones para acceder a las pretensiones de la demanda.

Otra razón para negar la defensa de la aseguradora por el Tribunal es la falta de buena fe de esta al argüir situaciones para impedir el pago de la indemnización, cuando estas situaciones pudieron ser verificadas y alegadas al inicio del contrato para negar la expedición de la póliza. Sin embargo, sobre este punto, estudiadas las consideraciones de la Corte, se puede concluir que el órgano de casación disiente de dicho razonamiento pues claramente indica su posición en el sentido que este tipo de cláusulas, es decir, las relativas a la entrada ilegal del vehículo al país:

...no denota ni falta de probidad ni deslealtad alguna: particularmente desde el punto de vista de la aseguradora, constituye una mera expresión del ejercicio legítimo de su derecho a delimitar los riesgos[...] sean estas circunstancias conocidas o no previamente por el tomador, asegurado o beneficiario sin importar que estos hayan participado o no en tales hechos (CSJ Sentencia 7903, 2005).

Al centrarse la Corte solo en el argumento relativo a la falta de prueba de la entrada ilegal del vehículo al país, no es mucho lo que aporta el órgano colegiado respecto a temas relevantes como la necesidad de que la cláusula de exclusión se encuentre en la portada de la póliza y la imposibilidad de la aseguradora para argüir situaciones para no pagar la indemnización, que bien pudieron ser alegadas para negar la expedición de la póliza. Argumentos estos que constituyeron la *ratio decidendi* de la sentencia del Tribunal, pero que no lo fueron respecto de la sentencia de la Corte que se limitó a estudiar el material probatorio para determinar que no se demostró la ocurrencia de la causal de exclusión.

A través de sentencia del catorce de julio de dos mil seis (CSJ Sentencia 01177-00, 2006), en la que fue Magistrado Ponente Silvio Fernando Trejos Bueno, se resolvió un litigio ocasionado en la negativa de la aseguradora al pago del siniestro dentro de un seguro de daños, alegando que:

...fue asaltada en su buena fe respecto de la cuantificación y determinación de los valores dados a los bienes asegurados; además, Acevedo Rojas abandonó su residencia sin estar ésta dotada de sistema de seguridad, no obstante quedar ubicada en un lugar despoblado (CSJ Sentencia 01177-00, 2006).

Argumentó la aseguradora en casación que:

A la luz de la trascendencia que en el campo contractual conlleva el principio de la buena fe, medido en idéntica intensidad para cada uno de quienes intervienen en el negocio jurídico, el censor aduce que el tribunal en dicha materia miró con mayor rigor la situación a cargo de la aseguradora y, en cambio, hizo caso omiso de aplicar igual rigorismo cuando examinó la conducta asumida por el asegurado (CSJ Sentencia 01177-00, 2006).

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia avaló la sentencia del Tribunal estimatoria de las pretensiones de la demanda y criticó la actitud de la compañía aseguradora, para lo cual expresamente indicó lo siguiente:

...es tardía e inoportuna” la inconformidad que solamente vino a expresar en torno a dichos aspectos cuando se le exigió el cumplimiento del contrato, para cuya celebración estuvo en posibilidad de establecer el alcance y el estado del riesgo, tanto más si se considera la especial clase y el valor de los que podían ser objeto de amparo.

La aseguradora, como profesional en el campo de los seguros, estaba en la obligación de verificar la correcta información en torno al valor de los bienes muebles asegurados y su origen, con mayor razón cuando éstos se denunciaron como obras de arte y joyas de gran valor; no le era difícil comprobar, en su momento, mediante personal experto en el ramo, el alcance del riesgo (CSJ Sentencia 01177-00, 2006).

Fue una sentencia polémica, opuesta a la tesis recurrente de la Corte Suprema de Justicia que ha sostenido que la aseguradora no tiene la obligación de corroborar la información suministrada por el tomador, en esta ocasión, se impuso a la Aseguradora el deber de verificar el estado de riesgo informado por el tomador, teniendo en cuenta la especial naturaleza de los bienes asegurados.

Bajo el entendido de que la norma prevé una exoneración en la reticencia cuando la entidad “debió conocer” la información imprecisa, ambigua o contraria a la realidad, condenó a la empresa de seguros a pagar la indemnización. Para la Corte, la autenticidad de las obras de arte y su valor, determinadas al inicio de la relación comercial, no tuvieron reparo al contratar el seguro y por tanto no era viable hacer los reproches en el momento de pagar el siniestro, pues la aseguradora debió corroborar lo atinente al riesgo que se disponía asegurar.

Esta posición implica una marcada protección al tomador de la mala fe de la aseguradora, pues lo salvaguarda de una conducta torticera de la empresa de seguros que quiso sacar a relucir una serie de inconsistencias en la declaración del riesgo, solo a la

hora de pagar el seguro, las cuales no fueron reprochadas al contratarlo y recibir las primas.

Octava sentencia de la Corte Suprema de Justicia

En providencia del dieciocho de diciembre de dos mil seis (CSJ Sentencia 17380, 2006), el Magistrado ponente César Julio Valencia Copete analizó un interesante caso, en el cual la compañía aseguradora resultó ser diferente a la realmente demandada. Dicha confusión se ocasionó por la similitud entre los nombres de las personas jurídicas y produjo a la postre la declaratoria de “falta de legitimación en la causa por pasiva” y la negativa del pago del seguro. Según el demandante ambas entidades tenían el mismo representante legal y solo hablaron de la confusión ya en segunda instancia a través de un incidente de nulidad. Para la Corte:

El hecho de que el recurrente, en vez de discutirle al tribunal la afirmación en el sentido de que la Compañía Agrícola de Seguros S. A. y la Compañía Agrícola de Seguros de Vida S. A. son dos entes morales diferentes, lo que hace es ratificar esa cardinal apreciación de aquél en tanto enfatiza que una y otra ciertamente son distintas; y, por el otro, que a lo largo del discurso que plantea en el cargo el impugnador insiste en que se condene a la persona jurídica que interviene en este asunto haciendo las veces de demandada, vale decir, la primera de las recién nombradas sociedades, antes que orientar su embate a propender que la condena se imponga a la segunda de las mismas, con quien, al decir del tribunal, el demandante entabló la relación comercial de la cual el actor pretende deducir la responsabilidad civil que demandó, con lo que no hace más que dejar al margen de toda consideración lo atinente al principio de la relatividad de los contratos que, como es conocido, se desprende del artículo 1602 del Código Civil, al prescribir, en cuanto viene al caso, que: “todo contrato legalmente celebrado es una *ley para los contratantes* (cursivas fuera de texto) (CSJ Sentencia 17380, 2006).

Hay una conducta constitutiva de mala fe de la aseguradora, que se hizo visible en la actitud procesal asumida en el juicio, pues, pese a que no era la misma sociedad, la demandada y la que suscribió el contrato de seguro, no se dejó ello manifiesto en la etapa procesal oportuna. Por el contrario, la actitud de la compañía demandada hizo creer a las

partes y al juez, que dicha entidad era verdaderamente la que estaba llamada a responder, máxime que los nombres son casi idénticos y el representante legal era la misma persona.

Solo en segunda instancia a través de un incidente de nulidad, la pasiva adujo la falta de identidad entre las dos personas jurídicas, lo que llevó a la revocatoria del fallo de primer grado aduciendo una falta de legitimación en la causa por pasiva, que fue avalada en casación. El resultado final de lo sucedido es que cuando se demande a la verdadera responsable que lo sería Agrícola Seguros de Vida SA y no Agrícola de Seguros SA, la acción se encontrará prescrita.

Aunque el proceder del Tribunal, que optó por declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, comulga con las normas sustantivas y procesales, lo cierto es que debía prevalecer el principio de buena fe, pese a que el desarrollo normativo de este principio no prevé esta situación concreta, el canon constitucional debió ser aplicado de manera directa para sancionar la actitud de la entidad demandada que faltó al deber de información, pues debió advertir desde el inicio del proceso sobre la falta de identidad entre las dos compañías mediante los numerosos instrumentos procesales que contiene el Código Procesal Civil.

Un caso muy similar al anterior fue estudiado por la Corte Suprema de Justicia de Chile, pero en esa oportunidad el órgano colegiado resolvió el asunto en contra de la compañía, argumentando para el efecto la posibilidad de levantar el velo societario cuando las empresas abusan de la personalidad jurídica para obtener beneficios antijurídicos; la sentencia recalca lo siguiente:

Sexto: Que, como fuere, subyace en toda la dialéctica del recurso la pretensión de elevar a la condición de principio insoslayable la regla según la cual una persona jurídica no puede jamás responder por las conductas de otra, cualquiera sea la similitud entre ellas. Pero esta visión resulta en nuestro tiempo inconciliable con la proliferación de entidades comerciales coligadas o vinculadas entre sí, alrededor de organizaciones matrices dirigidas muchas veces a ocultar la realidad de controladores únicos, para fines de eludir o reducir obligaciones tributarias, cuando no prohibiciones o limitaciones impuestas a ciertos tipos societarios para

determinadas actividades, que sí pueden ser emprendidas bajo fórmulas jurídicas alternativas.

Séptimo: Que, desde la década de los treinta, ya en el siglo pasado, se ha venido generalizando en el derecho norteamericano, la teoría denominada '*disregard of legal entity*', traducida libremente en lengua española como del "levantamiento del velo" de las personas jurídicas, la que postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente. Esta formulación doctrinaria, que ha tenido también desarrollo en el derecho europeo continental –especialmente en Alemania y España– permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre la o las otras, que esta o estas últimas no son sino el alter ego de la dominante, utilizada para obtener un resultado antijurídico. Se previene de este modo abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe, que podrían verse sobrepasados si, en virtud de una interpretación puramente formalista, se diera estricta aplicación a los preceptos que la recurrente entiende vulnerados [...] (Aguad & Pizarro, 2010, pág. 201).

Se desprende de lo anterior, que no es un principio inamovible el hecho de que una persona jurídica no puede responder por los actos de otra, pues, según se insiste en el precedente referenciado, ello es viable cuando dichas compañías hacen parte de un grupo económico y actúan de mala fe, como resulta ser en el presente caso, pues no alertaron al Juez de que no se trataba de la misma sociedad, sino hasta que el proceso estaba en segunda instancia, habiéndolo podido hacer inmediatamente fueron notificados de la demanda a través de las excepciones previas.

Novena sentencia de la Corte Suprema de Justicia

En sentencia del ocho de agosto de dos mil siete (CSJ Sentencia 08001, 2007), siendo Magistrado Ponente César Julio Valencia Copete, se analizó la siguiente objeción presentada por la aseguradora para el no pago de la indemnización:

La póliza colectiva de seguro fue tomada por el Citibank para ofrecerla a sus clientes, los pagos debían hacerse con cargo a la tarjeta de crédito de Carmen Eugenia Caparros del Campo y nunca fueron realizados efectivamente por falta de cupo, lo que originó la terminación automática del contrato (CSJ Sentencia 08001, 2007)

El Tribunal no atendió el argumento de la aseguradora, pues concluye que la compañía no observó lo previsto en el artículo 1068 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) que prevé el no pago de la prima como causal de la terminación automática del contrato de seguro, pero la norma exige que de ello se debe avisar al tomador y se debe consignar tal consecuencia en la portada de la póliza en caracteres desatacados, lo que no ocurrió en este caso. La Corte Suprema de Justicia no avala la sentencia del Tribunal argumentando lo siguiente:

Ciertamente, si bien es verdad que esta última disposición establece que el aviso comentado deberá insertarse en la "... carátula de la póliza ...", también lo es que en este caso particular se cumplió finalmente con el deber de información que recaía sobre la compañía aseguradora, colmándose de esa misma manera la teleología del precepto legal en cuestión, cual es que el interesado tenga conocimiento de la consecuencia jurídica que se desprende de la mora en el pago de la prima (cfr. Reforma Financiera, Colección Legislación Financiera, Superintendencia Bancaria, Bogotá, 1991, pág. 95), en especial, si se considera que, en tratándose de una póliza colectiva como esta, lo usual es que el documento sea entregado a la institución financiera que obró como tomadora - Citibank - y que el certificado individual de seguro emitido en desarrollo de ella sea el medio que le permite al asegurado conocer las condiciones específicas de aseguramiento, por lo que resultaría igualmente factible que por conducto de él fuera advertido de la consagración normativa de la sanción de que se viene hablando - terminación automática del contrato (CSJ Sentencia 08001, 2007).

El presente asunto trata el tema del deber de información de la aseguradora, pese a que la norma tiene la exigencia de informar al tomador sobre las consecuencias de la mora, para lo cual exige que ello se consigne en la carátula de la póliza en caracteres destacados, la Corte Suprema de Justicia le resta importancia a esta disposición fincando su argumento en una simple suposición de que el beneficiario debía conocer dicha información, pues era “factible” que por conducto del banco tomador se hubiere enterado, ya que en el numeral 10 del clausulado de las condiciones específicas de la póliza se consignaba dicha información.

Se trata entonces de un argumento poco sólido, pues una de las premisas que lo conforma es una mera suposición, puesto que asume como factible que el beneficiario hubiere conocido la información por medio del banco. En el razonamiento de la Corte se acepta que no se cumplió con la exigencia de la norma, pues se indica que la información constaba en el clausulado y no en la caratula con caracteres destacados. Nótese entonces que la jurisprudencia es flexible al aplicar las normas que pretenden evitar la mala fe de la aseguradora, pero es exigente y minuciosa al aplicar las normas que previenen las conductas de mala fe del tomador, pues no basta que el legislador avance en la protección del consumidor si la jurisprudencia no les va a dar a las normas su alcance.

Otro aspecto que propicia la mirada laxa de estos preceptos es que, pese a que disponen prohibiciones y exigencias especiales, no contienen sanción alguna, como en el presente caso, pues el artículo 1068 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971) estipula la necesidad de informar sobre las consecuencias de la mora en el pago de la prima de cierta manera, pero no dispone una sanción para el caso de que ello no se cumpla. Sería distinto si lo hiciera, pues se requeriría una carga argumentativa fundada para dejar de aplicar las sanciones previstas.

Décima sentencia de la Corte Suprema de Justicia

El Veinticinco de enero de dos mil ocho (CSJ Sentencia 2002-00373-01, 2008), mediante sentencia cuya ponente fue la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda, se resolvió en casación una contienda surgida por la negativa de la aseguradora en pagar el siniestro de un seguro de vehículo, alegando que el tomador no era el propietario de los bienes asegurados, pues estos eran de propiedad de una sociedad y el tomador fue uno de sus socios.

Según la compañía, debía dársele plena aplicación a la cláusula cuarta referida a los amparos, en la cual se estipula que la compañía:

...indemnizará al asegurado por las pérdidas o daños directos físicos o materiales que en forma súbita e imprevista presenten los bienes asegurados de su propiedad, en adelante llamado daño, respecto del cual se haya señalado en la carátula de la misma un valor asegurado y el predio en que se encuentran, como consecuencia de la realización de los riesgos cubiertos en las secciones contratadas (CSJ Sentencia 2002-00373-01, 2008).

En sentir de la Corte:

El interés del tomador atañe a una cierta relación económica, no resulta indispensable que coincidan la persona o personas involucradas en ella con quienes son los titulares del derecho de dominio como principal relación jurídica predicable del bien afectado con la realización del riesgo, mucho más, si inclusive el beneficio puede ser indirecto, como expresamente lo consigna la ley comercial. Tal acontecería al concurrir el “interés asegurable” del dueño y del poseedor material de la misma cosa, o el de aquél y el del usufructuario; la sociedad que sufre directamente la pérdida y sus socios que indirectamente pueden verse afectados. En cada una de estas hipótesis todos los sujetos tendrían, en su medida, una utilidad pecuniaria lícita y nada les impediría, entonces, que por medio del contrato de seguro cualquiera de ellos pretendiera cubrirse de las secuelas dañinas de un riesgo que, derechamente o por reflejo, alcance a significarles un menoscabo patrimonial (CSJ Sentencia 2002-00373-01, 2008).

De las consideraciones de la sentencia se puede extraer que no es necesario tener la calidad de propietario de los bienes asegurados para tener el derecho al pago del seguro,

máxime cuando la aseguradora no tuvo ningún reproche al expedir la póliza a un poseedor o cuando no exigió la prueba del derecho de dominio al empezar la relación contractual. Esta posición implica un avance en la protección al consumidor frente a la posición dominante de la aseguradora que, con conductas como la que impidió la jurisdicción, se lucra indebidamente de unas primas cuando desde el inicio, con un mínimo de diligencia, podía verificar si el tomador era o no dueño de los bienes asegurados, y con esta información decidir si negaba la expedición de póliza y no esperar hasta la ocurrencia del siniestro para negar el pago de la indemnización, devengando las primas.

Se trata entonces de una aplicación del deber de autoinformación que tiene la aseguradora, relativa a verificar si el tomador es o no es el propietario de los bienes asegurados.

Desnaturalización del contrato

Ocurre cuando las exclusiones, limitaciones y garantías, contenidas en el contrato, son de tal entidad que impiden el pago de la indemnización casi en cualquier evento, trayendo como consecuencia que el tomador nunca tenga realmente asegurado el riesgo que pretendía salvaguardar. Sobre el punto es interesante estudiar los siguientes precedentes:

Undécima sentencia de la Corte Suprema de Justicia

En sentencia del catorce de diciembre de dos mil uno (CSJ Sentencia 5952, 2001), el Magistrado Ponente Jorge Antonio Castillo Rugeles analizó la exclusión contenida en una póliza que aseguraba una maquinaria agrícola, con ocasión a que la aseguradora objetó la reclamación argumentando que:

El hurto ocurrió en la trocha que de Babilonia conduce a la finca “Brasilia”, se configuró la exclusión prevista en el numeral 1° del literal f de las condiciones generales de la póliza, que contemplaba el pago del siniestro solo si éste ocurría en las fincas del asegurado (CSJ Sentencia 5952, 2001).

La Corte Suprema de Justicia realizó un ejercicio interpretativo en el cual hizo prevalecer la naturaleza propia de los bienes asegurados para entender que el siniestro ocurrido se encontraba dentro de los riesgos asegurados, para ello argumentó lo siguiente:

“Como el interés asegurable puede estar relacionado con cosas cuya movilización es imposible o poco usual, es obvio que la localización del riesgo sólo puede referirse al lugar de su ubicación. Pero cuando el seguro ampara cosas que por su naturaleza deban estar en movimiento, la individualización del riesgo, de suyo, debe cobijar una circunscripción más o menos amplia, de acuerdo con su finalidad, es decir, que permita el uso normal de los mismos (CSJ Sentencia 5952, 2001).

Más adelante, el alto Tribunal agregó:

Además, es patente que, conforme al dictamen pericial (folio 27 del cuaderno de pruebas) las fincas “Las Delicias” y “Brasilia” son colindantes, pero se encuentran separadas por el río Cesar, que “... no permite el paso de maquinaria debido a los barrancones que se han formado en ambas márgenes, siendo más pronunciadas en la ribera izquierda, con diferencias de altura con respecto al lecho del río de 2-3-4 metros aproximadamente”, motivo por el cual, la cabal utilización del tractor siniestrado, para efectos de la explotación de dichas fincas, presuponía trasladarlo por fuera de su área, pero dentro del territorio en el cual estaban ellas enclavadas (CSJ Sentencia 5952, 2001).

El Tribunal y la Corte construyeron su argumentación en una típica aplicación del principio de la buena fe, aunque nunca se mencionó este postulado, analizados los razonamientos presentados, estos se centran en que la maquinaria agrícola por su naturaleza debía desplazarse entre las fincas de propiedad del tomador, de modo que negar el pago de la indemnización cuando los aparatos se encontraban en tránsito entre uno y otro predio iba contra la naturaleza de la función de este tipo de maquinaria, disquisición que coincide con lo estipulado en el artículo 871 del Código de Comercio (Decreto 410, 1971), que dispone:

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, los contratos obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la

naturaleza de los mismos, según la ley²⁰, la costumbre o la equidad natural (Decreto 410, 1971, art. 871).

Décima segunda sentencia de la Corte Suprema de Justicia

En otra sentencia (CSJ Sentencia 6806, 2003), el Magistrado ponente José Fernando Ramírez Gómez analizó la objeción presentada por la Compañía de seguros, que solo aceptó como valor indemnizable la cantidad de \$27.000.000.00, pues las mercancías hurtadas se hallaban en las instalaciones de la empresa cuando ocurrió el hecho y por eso cabía hablar de “*bodega en tránsito*” cuya indemnización era menor.

En esa oportunidad, el Tribunal de instancia accede al pago del seguro después de concluir que el riesgo acaecido estaba cubierto por la póliza general contratada y no por unos eventos adicionales que tenían una indemnización más baja, indicó la sentencia de segunda instancia lo siguiente:

De conformidad con lo establecido en los artículos 5° y 871 (del Código de Comercio), la costumbre mercantil y el principio de la buena fe se erigen en pauta de interpretación de los contratos, apuntando que de acuerdo con lo prescrito por el último precepto, los contratos de tal naturaleza están llamados a producir mayores efectos que los previstos en su clausulado y por ello obligan no sólo a lo pactado expresamente, “...*sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*” (CSJ Sentencia 6806, 2003, págs. 8-9).

Argumentó el Tribunal en segunda instancia que las cláusulas ambiguas debían interpretarse a favor del adherente y en contra del estipulando y de esta manera concluyó que la expresión “*bodega en tránsito*” contenida en el contrato no era aplicable al

²⁰ Cuando la norma se refiere a la naturaleza del contrato según la ley, alude a la conocida por la doctrina como “(*naturalianegotii*): son aquellos efectos que las partes suelen estipular, como accesorios de los elementos esenciales, pero que, aún a falta de estipulación, se producirán espontáneamente *opera legis*, como la obligación del vendedor de sanear la evicción o la de indemnizar los perjuicios en caso de incumplimiento.” (Ospina, 2009, Pág. 36).

siniestro ocurrido, sino que el tomador debía ser indemnizado conforme a las estipulaciones del contrato de transporte general que tenía coberturas mucho mayores. No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia desechó los argumentos del Tribunal y acogió la posición de la aseguradora para concluir lo siguiente:

... le asiste razón al impugnador cuando le censura al Tribunal despreciar las pautas de hermenéutica supracitadas al ocuparse de desentrañar el querer de las partes contratantes, pues su labor en el punto se limitó al examen literal y autónomo de una cláusula, desarraigándola por completo del contexto general del contrato del cual forma parte. Adicionalmente, omitió atribuirle a las palabras utilizadas para expresarla, el sentido natural y obvio que les corresponde, tratando por el contrario de comprenderla insularmente, fuera de contexto, dándole a sus términos un sentido artificioso y rebuscado, en lugar de atribuirle el entendimiento que mejor encajase con la naturaleza del contrato, armonizándola con las restantes estipulaciones de las partes, en forma que pudiese producir los efectos pretendidos por éstas, antes que interpretarla en forma que le vedase la generación de efecto alguno (CSJ Sentencia 6806, 2003).

Para la Corte, la cláusula era clara y por tanto no había lugar a usar un criterio de interpretación que desconociera la voluntad de los contratantes. Nótese que en el presente caso se estudia una típica discusión sobre la interpretación de una cláusula del contrato; la sentencia del Tribunal es juiciosa en aplicar toda la teoría relativa a la forma como deben interpretarse los contratos de adhesión y de consumo, echa mano de la buena fe y de ella deriva las reglas doctrinales y jurisprudenciales relativas a que las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del adherente. Así mismo, alude al postulado según el cual las partes no solo se obligan a lo expresamente pactado sino a todo lo que atañe a la naturaleza del contrato, todo ello para concluir que el término “bodega en tránsito” no se ajustaba al siniestro previsto en el cubrimiento adicional asegurado, pues al encontrarse los camiones ya cargados y listos para salir, la indemnización debía ser pagada conforme a la cobertura general de la póliza.

La sentencia de la Corte no comulga con los argumentos del Tribunal y revoca la decisión al inferir que no existe ninguna ambigüedad en la cláusula y por tanto no se

podía suplantar la intención de las partes al contratar, pues según las pruebas recaudadas los vehículos cargados se encontraban en una bodega en las instalaciones de la empresa transportadora y por tanto se configuró la cobertura de “bodega en tránsito”, cuyo límite asegurado era de 30.000.000 y no la cobertura general del contrato de transporte.

Pese a que el Tribunal hace un estudio sobre los contratos de consumo e intenta aplicar varias reglas de interpretación que hemos tratado en esta tesis, no es atinada su conclusión, pues debió tenerse en cuenta la naturaleza del contrato. Recuérdese que se trataba de un contrato de seguro de transporte de mercancías y, por tanto, su cobertura debe entenderse a partir de que los vehículos salen cargados del lugar de origen y, en este caso, los camiones aún se encontraban en las instalaciones de la asegurada y por tanto no podía aplicarse la cobertura general de la póliza sino la especial que se pactó de manera adicional para la mercancía que se encontraba aún en la bodega y preparándose para partir.

De modo que, no puede hablarse en este caso de que la interpretación dada por la aseguradora desnaturaliza el contrato de seguro de transporte, pues, ciertamente, no es de la naturaleza del contrato de seguro de transporte el cubrimiento de riesgos ocurridos cuando el vehículo aún no ha salido a efectuar su recorrido. Es por ello que tal eventualidad se aseguró de manera adicional y con unas condiciones diferentes a las generales, todo ello dentro de la autonomía de la voluntad de los contratantes. De ahí que no es viable, so pretexto de proteger a la parte débil, generar un desequilibrio injustificado en contra de la aseguradora y trasgrediendo el pacto contractual previo.

Carga de la prueba

Este grupo de sentencias hacen énfasis en temas probatorios, que definen el litigio de acuerdo a la forma como se distribuye la carga de la prueba entre los beneficiarios y la aseguradora.

Décima tercera sentencia de la Corte Suprema de Justicia

En providencia del siete de julio de dos mil cinco (CSJ Sentencia 050013, 2005) con ponencia del Magistrado Jaime Alberto Arrubla Paucar, se dirimió un litigio suscitado en la negativa al pago del seguro por la aseguradora que, en su defensa, alegó que hubo intención del asegurado en defraudar a la aseguradora al pretender una indemnización mucho mayor al verdadero valor de su vehículo. La Corte Suprema de Justicia no acogió los alegaros de la aseguradora, para el efecto adujo lo siguiente:

Por supuesto que si la nulidad del contrato de seguro es la consecuencia de un sobreseguro doloso, es a la aseguradora a quien le corresponde probar no sólo el exceso sobre el valor real del interés asegurado, sino también la intención manifiesta del asegurador de defraudar a la aseguradora, esto es, que al declarar la suma asegurada o al obtener el aumento del valor de ella, en el asegurado existía el propósito de perseguir una ganancia ilícita a expensas de la comunidad aseguradora (CSJ Sentencia 050013, 2005, pág. 11).

Se estudia en el presente caso el problema de la carga de la prueba y se concluye de la sentencia que es la aseguradora quien debe demostrar la mala fe del tomador al declarar el monto del bien asegurado. Esta apreciación implicó la no prosperidad de la defensa planteada por la compañía, y la efectividad del contrato de seguro, lo que demuestra que el tema de la carga de la prueba es una herramienta vital que puede ser utilizada para corregir los desequilibrios que se presentan en materia contractual, como por ejemplo, si se imponen mayores cargas probatorias a las aseguradoras dentro del juicio, ello permitiría una mayor protección de los asegurados.

Décima cuarta sentencia de la Corte Suprema de Justicia

En sentencia del veintisiete agosto de dos mil ocho (CSJ Sentencia S-002-2001 [5670], 2001), con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, la Corte Suprema de Justicia desatendió los argumentos de la aseguradora que negó el pago de la indemnización por estimar que la pérdida de los bienes asegurados se debió a abuso de confianza de los arrendatarios y no al hurto, incumpliendo así el artículo 1077 del Código de Comercio.

Para la Corte, hay libertad probatoria para demostrar la ocurrencia del siniestro: en caso de que el riesgo amparado sea el hurto, se puede demostrar con la denuncia efectuada ante la fiscalía, concordada con otros medios de prueba como la testimonial que no es necesaria una condena por hurto dentro de un proceso penal para que se configure el siniestro.

Ha destacado justamente la Sala, la imposibilidad de establecer *ex contractu* modificaciones limitativas al principio de la libertad probatoria del siniestro, la lesión y su cuantía por contradecir el contenido imperativo del artículo 1080 del Código de Comercio, el cual, “*sólo puede modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario*”, acentuando la naturaleza vejatoria o abusiva de las estipulaciones negocials restrictivas (CSJ Sentencia S-002-2001 [5670], 2001).

Se estudia nuevamente en la sentencia el tema probatorio en relación con el contrato de seguro. En este asunto, se detecta una conducta constitutiva de mala fe de la aseguradora, avalada por el Tribunal, pero que la Corte Suprema rectifica, y consiste en restringir la prueba del siniestro a ciertos medios probatorios específicos, lo que dificulta la prosperidad de la reclamación y limita el principio de libertad probatoria, en desmedro de los intereses del asegurado, pues desnaturaliza el objeto del contrato, en la mayoría de los casos, cuando la aseguradora solo admite como prueba del siniestro una sentencia penal o civil, el efecto práctico que ese tipo de cláusulas trae es que cuando el beneficiario obtiene el fallo exigido, las obligaciones derivadas del contrato de seguro ya han prescrito. Es por ello que tales exigencias son constitutivas de mala fe de la compañía aseguradora.

La buena fe de las aseguradoras en el contrato de seguro - una mirada desde los derechos fundamentales

La Corte Constitucional ha sentado interesantes posiciones en materia de seguros y ha creado precedentes importantes respecto de la buena fe de las aseguradoras. A continuación, se presentarán algunas sentencias destacadas, en las cuales se analizan conductas constitutivas de mala fe de las compañías de seguros, cuyas consecuencias son

corregidas por el órgano de clausura a través del amparo de los derechos fundamentales de los beneficiarios o tomadores. Para ello, se clasificarán de acuerdo con los tipos de seguro, empezando por seguros médicos, después los de vida e invalidez, en los que se incluyen los seguros bancarios y, por último, se estudiará un caso de seguro contra hurto en el que la Corte Constitucional analiza una cláusula impuesta por la aseguradora que limita el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia.

Seguros Médicos

En muchos de estos casos, la Corte Constitucional abordó el tema desde la perspectiva del derecho fundamental a la salud²¹, para lo cual aclaró que si bien se trataba de un contrato de seguro cuyos litigios deben ser conocidos por el Juez ordinario, el alto Tribunal justificó su intervención en el asunto por estar relacionado con el derecho fundamental a la salud.

Primera sentencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional (CC Sentencia T-118, 2000), con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, estudió por vía de tutela un caso relativo a un seguro cuyo objeto era la prestación del servicio de salud, ante la reclamación de la beneficiaria, la aseguradora la objetó aduciendo que se trataba de una enfermedad congénita y que por ende se configuraba una preexistencia.

La Corte Constitucional no atendió el argumento de la entidad accionada pues:

Las ofertas, propaganda y promoción de las compañías de seguros, en materia de salud, y de las empresas de medicina pre-pagada, en las cuales se prometen ciertos beneficios generales o una determinada cobertura con el mismo carácter general, se incorporan al

²¹ El derecho a la salud fue catalogado como derecho social en el año 2008. Con la expedición de la sentencia T-760 **Fuente especificada no válida.**, la Corte Constitucional concluyó que la salud es un derecho fundamental autónomo. El legislador acogió dicha tesis en la ley estatutaria de la salud **Fuente especificada no válida.**, que en su artículo segundo establece tal derecho como de naturaleza “fundamental, autónomo e irreductible”.

contrato que se celebre y obligan a la compañía que los ofreció. Sólo este principio salvaguarda la buena fe en la relación contractual e impide que las personas resulten engañadas o inducidas a error al suscribir contratos de esta naturaleza (CC Sentencia T-118, 2000).

Y sobre el punto específico de las preexistencias recalcó:

La Sala encuentra que, al no realizarse el examen médico en el momento de suscribirse el convenio y no haberse determinado con claridad las dolencias que ya se traían, no es posible oponer como preexistencia lo que no se dejó consignado desde el principio para evadir el cubrimiento del tratamiento quirúrgico requerido, a lo cual se añade que la compañía anunció una cobertura total, desde una consulta hasta una intervención quirúrgica, con un tope único que correspondió al valor de sesenta millones de pesos (CC Sentencia T-118, 2000).

La Corte fundamenta su sentencia en el principio de buena fe que, a su juicio, fue violado por la aseguradora al emitir publicidad engañosa y promocionar coberturas que negó cuando se presentó el siniestro. Además, se hizo énfasis en la falta de exámenes médicos previos a la contratación del seguro, omisión que, según el alto Tribunal, impide la estipulación de exclusiones, que deben ser expresas, concretas y particulares a cada caso, derivadas de los exámenes previos que detecten las preexistencias de cada asegurado.

Se trata entonces de una exigencia que impide a las aseguradoras sorprender al beneficiario del seguro con preexistencias que no se deducían de forma expresa en el contrato, además de ello, protege al tomador de abusos de la compañía que, en casos como el estudiado en la acción de tutela, sostenían que el siniestro se derivó de una enfermedad congénita sin ningún sustento para ello, pues no había realizado exámenes previos.

Los razonamientos de la Corte Constitucional pueden entenderse como una especie de sanción impuesta a la aseguradora por su falta al deber de auto información, es decir, la empresa omite indagar y corroborar el real estado de salud en que se encuentra el paciente. El alto Tribunal, para los seguros de salud, considera insuficiente la sola

declaración del estado de riesgo emitida por el tomador como única fuente de conocimiento de la compañía y le exige además indagar a fondo las condiciones médicas de los beneficiarios y solo a partir de allí efectuar exclusiones o limitaciones a la cobertura.

Segunda sentencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio (CC Sentencia T 136, 2013), estudió un seguro médico cuya reclamación fue objetada porque el asegurado superaba la edad máxima permitida. En esa oportunidad, la Corte Constitucional le salió al paso a la aseguradora valiéndose de la teoría de “*in dubio pro consumatore*”²² y la sancionó por omitir el deber de información, haciendo prevalecer el principio del consentimiento expreso e informado del tomador. El órgano colegiado expresamente argumentó lo siguiente:

Partiendo de una valoración *pro consumatore*, la Sala considera que (i) ante la ausencia de una carátula que establezca un límite máximo de edad de permanencia, (ii) el no diligenciamiento de la casilla correspondiente a la edad de asegurabilidad; y que (iii) los vacíos o ambigüedades en las cláusulas se interpretarán contra quien las redactó, es necesario concluir que el contrato de seguro al que voluntariamente se adhirió Juan José Rincón Torres el 29 de mayo de 2001 no contemplaba ningún límite máximo de edad de permanencia (...)

(...) En esta medida, debe precisar esta Corporación que las cláusulas restrictivas de los derechos de los particulares en sus relaciones con las entidades financieras, deben estar redactadas y consagradas de manera previa, expresa, clara y taxativa, y el acceso a las mismas por parte del consumidor debe garantizarse de forma simple, oportuna y completa (CC Sentencia T 136, 2013).

En esta sentencia, la Corte Constitucional hace un completo análisis del deber de información de las entidades financieras y especialmente de las aseguradoras que deben poner en conocimiento del tomador todas las condiciones del seguro, las exclusiones y las limitaciones. En este caso, la compañía adujo para negar el pago de la indemnización, un

²² Principio de favorabilidad respecto del consumidor

límite de edad que supuestamente estaba incluido en las condiciones generales del contrato, las cuales nunca fueron notificadas al tomador y por ende eran desconocidas por este.

La única información que tenía era una póliza que le fue entregada al inicio de la relación contractual, en la cual, la casilla de edad de asegurabilidad se encontraba vacía, por lo que atinadamente la Corte Constitucional asumió que el seguro no estaba restringido con esta limitante. Este proceder del órgano colegiado implica que, aunque la compañía posteriormente y de manera unilateral hubiere impuesto esa condición, esta no tenía ningún efecto por trasgredir el deber de información y por tanto la declaración de voluntad del asegurado.

La presente sentencia es un precedente crucial que castiga de manera contundente el actuar de la aseguradora que, al omitir el deber de información, actúa de mala fe, pues, con tales conductas obtiene el recaudo de la prima, consciente de que no pagará la indemnización, pues el ente asegurador tiene conocimiento de que el tomador ya traspasó la edad de cobertura del seguro, sin que este esté enterado del trascendental hecho y por eso sigue pagando el costo periódico del seguro.

Seguros de vida e invalidez – bancarios

Estos seguros prevén las contingencias de muerte e invalidez. El beneficiario del seguro es una entidad financiera que los exige para garantizar el pago de la obligación en caso de que ocurra el siniestro. En la mayoría de los eventos, la Corte Constitucional interviene para proteger el derecho fundamental a la vivienda digna, tratándose de créditos hipotecarios cuya ejecución implica el remate del inmueble.

Tercera sentencia de la Corte Constitucional

Con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva (CC Sentencia T-222, 2014), la Corte Constitucional analizó un caso en el cual el peticionario fue calificado con invalidez y, pese a ello, la aseguradora se negó a pagar la póliza argumentando que la

enfermedad adquirida fue anterior a la celebración del contrato. Es decir, alegaron preexistencia.

Frente al punto, el órgano de cierre planteó los cinco argumentos que se resumen a continuación:

(i) 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. (ii), que la familia del asegurado dependa económicamente de él, 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. (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 ambiguas que no es posible, naturalmente, suministrar con toda certeza las calidades del asegurado. (iv), la carga de la prueba de la preexistencia radica en cabeza de la aseguradora. (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 (CC Sentencia T-222, 2014).

En esta sentencia, la Corte Constitucional crea unas sub reglas relativas a las preexistencias que protegen al asegurado de conductas de mala fe de la aseguradora. En este caso, llaman la atención las tres últimas sub-reglas establecidas en el precedente, pues tienen que ver con el deber de información. En efecto, la tercera alude al deber de información de la aseguradora respecto de lo que debe informar el tomador. El argumento se centra en que no se le puede sancionar al declarante por ser reticente o impreciso en el suministro de la información, cuando la compañía es ambigua al requerir los datos relevantes. La cuarta y quinta sub-regla le imponen a la aseguradora la carga de probar la preexistencia a través de los exámenes médicos previos que, según la jurisprudencia de esa corporación, son obligatorios para que se configure esta causal de objeción a la reclamación. Esta posición se sostuvo en un principio para los seguros médicos, pero en esta jurisprudencia la Corte Constitucional la hace extensiva a los seguros de deudores, lo que implica un avance en el camino hacia la protección de los

derechos del consumidor, pues exige de las aseguradoras que cumplan cabalmente el deber de auto información, indagando sobre el estado del riesgo que asumen.

Cuarta sentencia de la Corte Constitucional

El Magistrado Mauricio González Cuervo (CC Sentencia T-738, 2011) de la Corte Constitucional realizó la ponencia sobre un caso en el cual la aseguradora se abstuvo de pagar la indemnización alegando que no se allegó el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la junta regional de calificación de invalidez, como lo exige el contrato.

La aseguradora no acepta la calificación de invalidez efectuada por la junta médica militar, pues, según la entidad, en el contrato quedó estipulado que sería la junta regional de calificación de invalidez la entidad que certificaría la ocurrencia del siniestro, es decir, la pérdida de capacidad laboral superior al 50%. La Corte Constitucional impidió esta conducta restrictiva del principio de libertad probatoria y para el efecto explicó:

De las dos actuaciones antes reseñadas de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., se puede concluir que el contrato que cubría el riesgo del accionante admitía otras formas de probar la discapacidad, es decir, admitía la libertad probatoria de cara a la ocurrencia del siniestro, puesto que la propia compañía de seguros emprende la evaluación de las condiciones de discapacidad del accionante mediante un mecanismo ajeno al de las juntas regionales de calificación de invalidez, pues no solo lo evaluó a través de su departamento de medicina laboral, sino que además, utilizó dicho dictamen como sustento para negar la prestación solicitada.

Lo anterior implica que, de acuerdo a lo que se puede extraer de la conducta de la propia Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., el accionante no estaba restringido al aporte de un dictamen proveniente de la respectiva Junta Regional de Calificación de Invalidez para acreditar la ocurrencia del siniestro, y siendo esto así, el dictamen aportado por el accionante, proveniente de la Junta Médica Laboral Militar -en la que se determinó un nivel de discapacidad del 75.08%-, puede ser válido para la acreditación de la ocurrencia del siniestro. Aún más, de cara a lo manifestado por la entidad accionada en su comunicación del 14 de diciembre de 2010, es precisamente el acta de la Junta Médica Laboral Militar, el documento que de manera más apropiada comprueba la situación de “*incapacidad total y permanente*” a la

que se refiere el contrato de seguro, puesto que, como lo expuso Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., esta situación ocurre cuando las limitaciones impidan “*a la persona desempeñar todas las ocupaciones o empleos remunerados para los cuales se encuentra razonablemente calificado en razón de su capacitación, entrenamiento o experiencia* (CC Sentencia T-738, 2011).

Es palmaria la mala fe de la aseguradora, pues, para pagar la indemnización exige al asegurado una prueba específica del siniestro, pero usa otro medio de prueba distinto al exigido para justificar el no pago. En efecto, la compañía desestimó la calificación de invalidez de la junta médica militar, proporcionada por el asegurado, con el argumento de que según el contrato debía ser la junta regional de calificación quien efectuara el dictamen, pero contradijo dicho argumento presentando para negar la reclamación, una calificación realizada por el departamento de medicina laboral de la aseguradora, fabricando su propia prueba, la cual arrojó una calificación mucho menor al 50%, pese a que la emitida por la junta militar fue de más de 70% de pérdida de capacidad laboral.

Quinta sentencia de la Corte Constitucional

En sentencia T-662 (2013), con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, se resolvió por vía de revisión una acción de tutela en la que se accionó contra una aseguradora que negó el pago de una indemnización argumentando que:

...había operado el fenómeno de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio²³. Lo anterior, dado que el siniestro ocurrió el cinco (5) de noviembre de dos mil seis (2006) y la accionante solo lo había puesto en conocimiento de la aseguradora seis años más tarde; es decir, el

²³ “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. // La prescripción extraordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. // la prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. // Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

veinticinco (25) de junio de dos mil doce (2012). Esta decisión fue confirmada el siete (7) de diciembre de (2012) (CC Sentencia T-662, 2013).

La aseguradora alegaba que la fecha de ocurrencia del siniestro era la misma fecha de estructuración de la invalidez dispuesta por la junta de calificación y que desde esa fecha debía empezar a contar el término de prescripción. Para la Corte Constitucional, esto no podía interpretarse de esa forma, dado que la tomadora solo se enteró de la fecha de estructuración de invalidez cuando es calificada, en fecha muy posterior, y solo con la calificación surge la posibilidad de reclamar el pago de la indemnización, aunque la invalidez se hubiere estructurado con anterioridad; el alto Tribunal explicó lo siguiente:

Aplicar literalmente la prescripción extraordinaria, sería negar el derecho de esas personas al pago de la póliza. Primero, porque aunque la persona sienta las dificultades en su diario vivir, no puede probar únicamente con su declaración que es una persona con invalidez. Segundo, porque aunque eso fuera viable, el contrato de seguro exige que se demuestre que se padece de una pérdida de más del 50% de capacidad laboral. Tercero, porque únicamente la Junta Regional de Calificación de Invalidez, es el ente encargado de certificar los dos anteriores supuestos. Cuarto, porque sin ese aval técnico, el asegurador, como es natural, negaría u objetaría el pago de la póliza al no demostrar debidamente los requisitos del contrato. Finalmente, porque solo hasta que la Junta Regional de Calificación emita su concepto, se sabe con certeza cuando fue la fecha de estructuración (siniestro). Es decir, solo desde ese momento se sabe desde cuándo comienza a correr el término de prescripción extraordinaria (CC Sentencia T-662, 2013).

En este caso la aseguradora sabiendo que la calificación de invalidez tiene un trámite largo y de cierta complejidad, al presentarse la reclamación alega la prescripción. En este caso, así se cuente la prescripción extraordinaria de 5 años, las obligaciones ya se encontraban prescritas si se aplica literalmente el precepto. Sin embargo, la Corte Constitucional interpreta la norma de manera que, al desentrañar su sentido, concluye que la beneficiaria no dejó de ejercer la reclamación por desinterés o descuido, conducta que es la sancionada con la prescripción, sino que estaba efectuado el trámite de la calificación de pérdida de capacidad laboral que constituye un requisito para el pago de la indemnización.

La aseguradora no le puede imponer cargas imposibles al tomador del seguro, al exigirle que ejerza un derecho, como es la solicitud del pago de la indemnización, cuando la persona ni siquiera sabía si se había configurado el siniestro. De ello solo tiene certeza de manera oficial cuando se le notifique la calificación de pérdida de capacidad laboral y ésta sea superior al 50%, aunque la fecha de estructuración fuera de una fecha muy anterior, lo cierto es que la contratante solo supo de ello con la calificación de invalidez y por tanto, es desde allí cuando tiene la posibilidad de ejercer los derechos derivados del contrato de seguro, una interpretación contraria patrocinaría la mala fe de la aseguradora que con estas conductas pretende, sin justificación, librarse del pago de la indemnización, pese a haberse configurado el siniestro.

Sexta sentencia de la Corte Constitucional

A través de sentencia T-1091 (2005), cuya Magistrada Ponente fue Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional protegió el derecho a la vivienda digna de una persona que había perdido su casa por un remate que se hiciera dentro de un proceso ejecutivo. Pese al estado de invalidez de la deudora, la aseguradora no respondió por el pago del seguro alegando que también incurrió en mora en el pago de la prima, lo que generó la terminación automática del contrato.

La Corte Constitucional dejó sin efectos el remate y ordenó la suspensión del proceso ejecutivo, basada en que la aseguradora debía responder por el pago de la obligación toda vez que, según se pactó con el Banco desde el inicio, sería esa entidad financiera la encargada de pagar la prima y recobrarla a la deudora, lo que dejó de hacer de manera intempestiva y sin notificar de ello a la propietaria del inmueble. El precedente es el siguiente:

Es claro entonces, que CONAVI, en virtud del contrato de hipoteca firmado con la señora Blanca Flor Cárdenas de Hernández, pagó por cuenta de ésta, a Suramericana de Seguros, el valor de las primas del Seguro de Vida de Grupo Deudores desde el inicio de la cobertura y hasta el 20 de agosto de 2003, con lo cual, resulta evidente para la Sala, que CONAVI

como acreedora decidió ejercer la opción contractual de efectuar a nombre de la deudora los pagos de las primas, conducta que indudablemente comunicaba a la deudora su posición respecto del tratamiento que daría en adelante a tales obligaciones. Por consiguiente, cuando CONAVI decidió dejar de pagar el valor de las primas de seguro, es decir, decidió variar la situación generada, debió informarle previa y oportunamente a la deudora la variación de las condiciones en que venía ejecutando el contrato, como era su obligación, al tenor de lo previsto en el ya citado artículo 21 de la Ley 546 de 1999.

En efecto, cuando la entidad crediticia se abstuvo de informar a la deudora, de manera previa y oportuna, sobre la variación de las condiciones de ejecución del contrato de hipoteca, que para el caso lo era el no continuar pagando por cuenta de aquella las primas del seguro de vida, además de incumplir con una de las obligaciones que la ley le impone, impidió que la deudora en oportunidad optara por otras medidas alternativas que le hubieren permitido asumir directamente tales pagos o acceder a otro seguro para reemplazar el unilateralmente cancelado, ya que además, CONAVI efectivamente conocía las condiciones de edad y salud de la deudora, con lo cual se afectó abiertamente los principios de transparencia, seguridad y confianza legítima que se mantenía respecto al cubrimiento de esa obligación (CC Sentencia T-1091, 2005).

Se protege en este caso el derecho a la vivienda digna y, basada en el deber de información y la confianza legítima, la Corte Constitucional reprocha la actitud contractual del banco acreedor que deja de pagar la prima a la aseguradora sin informar de ello a la deudora, quien cree razonablemente que la entidad financiera está efectuando dichos pagos, tal como quedó pactado en el mutuo acuerdo. Según la Corte, la falta de información sobre la cesación de pagos impidió a la deudora seguir sufragando la prima por su cuenta.

La orden de tutela va dirigida a que se suspenda el proceso de ejecución mientras que un juez resuelva el litigio derivado del contrato de seguro, lo cual resulta desproporcionado si se tienen en cuenta dos situaciones: primera, que la falta al deber de información fue del banco y no de la aseguradora; segunda, que ya se había efectuado el remate del bien en el proceso ejecutivo, pero la Corte no tuvo en cuenta la afectación de los derechos de terceros como el adjudicatario del bien rematado y, además de ello, no

había conducta constitutiva de mala fe respecto de la aseguradora, pues, según las estimaciones de la Corte, fue el banco el que trasgredió los principios de confianza legítima y buena fe, de modo que no es del caso imponerle el pago de la indemnización a la compañía de seguros cuando el contrato fue terminado por mora en el pago de la prima, causal legal que debe ser estudiada por el Juez del contrato de seguro cuando la interesada interpusiera las acciones pertinentes, ya que la tutela fue concedida como mecanismo transitorio.

Esta sentencia atenta contra la seguridad jurídica y la autonomía judicial. Lo primero porque quedó en vilo un proceso ejecutivo con sentencia ejecutoriada y remate efectuado; y lo segundo porque el Juez que conozca el proceso ordinario en el que se ventile lo atinente al contrato de seguro, estará atado por las estimaciones que la Corte Constitucional hizo sobre el caso concreto en la sentencia de tutela.

Séptima sentencia de la Corte Constitucional

Por medio de sentencia T-490 (2009), cuyo Magistrado Ponente fue Luis Ernesto Vargas Silva, la Corte Constitucional protegió el derecho fundamental al mínimo vital y ordenó a la aseguradora el pago del seguro de invalidez al accionante, a quien le fue negado el reconocimiento de la indemnización por la aseguradora que objetó la reclamación aduciendo que “la invalidez que afecta al señor Palacio Otálvaro no le impide desempeñar *“cualquier trabajo remunerativo”*, razón por la cual no cumple con las condiciones pactadas en la referida póliza de seguro de vida” (CC Sentencia T-490, 2009). La Corte Constitucional no aceptó los argumentos esbozados por la aseguradora por los siguientes motivos:

Al obviar el reconocimiento y pago del valor asegurado por concepto del amparo denominado incapacidad total permanente, la cual en efecto se estructuró desde el 16 de noviembre de 2007 según revela el acervo documental allegado por el accionante con su escrito de tutela, se vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de una persona discapacitada, en estado de indefensión y con debilidad manifiesta, habida cuenta que el

criterio de “*cualquier trabajo remuneratorio*” debe limitarse a la actividad o destreza que ejercía el asegurado, en este caso concreto del oficio de fumigador por más de 20 años. Es que se torna difícil exigir a una persona discapacitada de 44 años de edad con bajo nivel de escolarización y con una única actividad productiva a lo largo de su vida, que de un momento a otro aprenda otra labor en aras de brindarse un sostenimiento digno para él y su familia; por eso, esta Sala considera que la interpretación de la cláusula contractual en debate, debe ceñirse a los principios y valores constitucionales, que partiendo de un criterio de equidad permita al operador decidir teniendo en cuenta no solo las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión en las partes (CC Sentencia T-490, 2009).

En primer lugar, la Corte analiza la viabilidad de resolver el asunto por el camino de la acción de tutela, justificando la injerencia del juez constitucional en el hecho de encontrarse el accionante en estado de indefensión por su invalidez y por estimar ineficaces las vías ordinarias para debatir el asunto, puesto que la precaria condición económica del asegurado puede generar un perjuicio irremediable.

Aunque no se menciona expresamente en la sentencia, los argumentos esbozados para acceder al amparo tienen relación con el principio de buena fe. Nótese que, al no tener en cuenta la aseguradora como prueba del siniestro la calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por la Junta Regional de Calificación, pese a ser éste el órgano oficial y competente para esos menesteres, la compañía está limitando el principio de libertad probatoria que rige nuestro ordenamiento jurídico y lo hace además de manera arbitraria pues nada de esto fue pactado en el contrato, omisión que pretende llenar la compañía con un criterio subjetivo a través del cual infiere que el asegurado no se encuentra inválido para desempeñar cualquier actividad.

Además, nótese que uno de los principales argumentos de la Corte Constitucional es que el estado de invalidez debe estudiarse respecto a las especiales circunstancias de cada persona, es decir, teniendo en cuenta la actividad que siempre ha desempeñado el trabajador, pues la capacidad laboral debe evaluarse dependiendo de la labor que se desempeña.

En tal sentido, si el accionante se ocupó toda su vida en una misma actividad, que después de 20 años ya no podrá volver a ejercer, su estado de invalidez se hace evidente, pese a que en teoría pueda realizar otro tipo de actividades, son actividades extrañas a su experiencia y capacitación.

El punto es que lo pretendido por el tomador del seguro en el momento de suscribir la póliza era salvaguardar el riesgo de no poder seguir realizando su labor, de modo que la ocurrencia del siniestro no puede mirarse, como lo hizo la aseguradora, de manera abstracta, sino que debe estudiarse de acuerdo con las necesidades que pretendió cubrir el tomador al suscribir la póliza y la actividad laboral que siempre había desempeñado, ello en consonancia con el principio de buena fe previsto en el Código de Comercio (Decreto 410, 1971), que dispone:

Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, los contratos obligan no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley²⁴, la costumbre o la equidad natural (art. 871).

Seguro contra hurto

Como se advirtió al inicio de este capítulo, la relevancia de esta sentencia radica en que la Corte Constitucional estudió una cláusula impuesta por la aseguradora que restringía el acceso a la administración de justicia.

Octava sentencia de la Corte Constitucional

Se trata de la sentencia T-057 (1995), con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, mediante la cual se resolvió una tutela contra providencia judicial, en este caso el

²⁴ Cuando la norma se refiere a la naturaleza del contrato según la ley, alude a la conocida por la doctrina como “(*naturalia negotii*): son aquellos efectos que las partes suelen estipular, como accesorios de los elementos esenciales, pero que, aún a falta de estipulación, se producirán espontáneamente *opera legis*, como la obligación del vendedor de sanear la evicción o la de indemnizar los perjuicios en caso de incumplimiento.” (Ospina, 2009, Pág. 36).

Juez accionado declaró la falta de competencia para tramitar un proceso ejecutivo, cuyo título era una póliza de seguro, argumentando que por la cláusula compromisoria contenida en el contrato, el litigio debía dirimirse a través de la justicia arbitral.

La Corte Constitucional reprochó el actuar del Juez y con base en argumentos relativos a los contratos de adhesión que suponen al tomador del contrato de seguro como la parte débil de la negociación y la actividad aseguradora como de orden público, no aplicó la cláusula compromisoria; para el efecto, la Corte adujo lo siguiente:

De acuerdo con el artículo 335 de la Constitución Política., la actividad aseguradora es de interés público y se ejerce con arreglo a la ley. Consulta el interés público que en los contratos de seguros, la parte débil que, por lo general, se identifica con el asegurado o beneficiario, realizadas las condiciones a las que se supedita su derecho reciba efectivamente y en el menor tiempo posible la prestación prometida. El mérito ejecutivo que se atribuye a las pólizas en los casos examinados, neutraliza y frustra las prácticas abusivas a las que podrían recurrir las empresas aseguradoras. Estas últimas, de ordinario, no sólo despliegan su poder en el momento inicial, al fijar unilateralmente las condiciones generales del contrato, sino que en el curso de la relación negocial –se ha observado por parte del legislador histórico–, de manera no infrecuente, esquivan o dilatan injustificadamente el cumplimiento de sus compromisos. La disposición legal citada es el medio al cual ha recurrido la ley para introducir un factor de equilibrio entre asegurado o beneficiado y el asegurador.

El reconocimiento de mérito ejecutivo a la póliza, sin duda constituye un instrumento eficaz diseñado por la ley para la defensa efectiva de los derechos de los asegurados. Como quiera que la disposición se inspira en el interés general y en el favorecimiento de la parte débil del contrato, no puede ser derogada por pactos particulares. En efecto, si se concede validez a las cláusulas compromisorias enderezadas a que el asegurado renuncie al proceso ejecutivo para hacer efectiva la póliza, que las compañías aseguradoras incorporen en sus módulos contractuales a los que normalmente adhieren las personas que demandan sus servicios, irremisiblemente se marchitaría la protección que la ley ha querido ofrecer (CC Sentencia T-057, 1995).

En este caso, la Corte Constitucional avala una decisión de tutela de la Corte Suprema de Justicia en la que decanta que los procesos ejecutivos no pueden ser conocidos por la justicia arbitral, que solo puede resolver asuntos de naturaleza declarativa; el tribunal de casación basa la sentencia de tutela en normas legales que prohíben a los Tribunales de Arbitramento la ejecución de sus propios laudos, de donde infiere que mucho menos podrá ejecutar otro tipo de títulos.

La Corte Constitucional, por su parte, basa su decisión en un argumento mucho más filosófico y útil para el presente trabajo, pues se centra en que la actividad aseguradora es una actividad de interés público, en la cual el tomador o asegurado es usualmente la parte débil, de ahí que el legislador haya previsto mecanismos de protección y equilibrio como es que la póliza preste mérito ejecutivo a su favor, de modo que, según el precedente, no se pueda pactar una cláusula compromisoria que restrinja estas garantías legales al imponer al beneficiario del seguro acudir a la justicia arbitral.

Con estos precedente de ambas cortes, se establece, vía jurisprudencial, una prohibición a la aseguradora de establecer cláusulas compromisorias respecto a la ejecución de la póliza, precedentes que constituyen un valioso instrumento de protección del tomador, dado que la obligación contractual de acudir a la justicia privada es una restricción al acceso a la administración de justicia y aumenta los costos del litigio en detrimento de los intereses del tomador.

Conclusiones del capítulo

Si se observan los precedentes analizados en este capítulo, se encuentra que los fundamentos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se soportan en bases legales, en su mayoría. Los postulados de la buena fe sólo son aplicados cuando se desprenden de una norma que contiene implícito el principio, pero no se aplica de manera autónoma y directa la buena fe como sustento de la decisión. Tampoco se evidencia un uso importante de las herramientas interpretativas propias de los contratos de consumo

y pocas veces se hace mención a la necesidad de equilibrar la balanza a favor del tomador para sopesar la posición dominante de la aseguradora.

La Corte Suprema de Justicia no suele reconocer la existencia de las desventajas que afectan a la parte asegurada dada la naturaleza del contrato. Es por ello que en sus fallos no suele presentar un análisis filosófico o principialístico sobre el punto y, aunque no se desconoce que ese tribunal de casación ha hecho algunos aportes para la protección del consumidor, los ha realizado de acuerdo con la aplicación de las normas.

Por su parte, la Corte Constitucional sí ha apoyado sus tesis en principios constitucionales, aunque el estudio de los casos que ha abordado ha sido desde la perspectiva de los derechos fundamentales, suele aplicar en las decisiones la doctrina sobre la protección del consumidor, los contratos de adhesión, el abuso de la posición dominante, la buena fe, el deber de información y otros conceptos tratados en este trabajo.

Esto ha traído como consecuencia que las decisiones de la Corte Constitucional sean más regulares en lo que se refiere a la protección del asegurado, pues, cuando se tienen los principios como guía, la tendencia es apuntar a la misma dirección. Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia ha tenido sentencias diversas aun tratando los mismos temas, y por eso es una jurisprudencia variable que ha traído avances y retrocesos en materia de protección al consumidor de seguros.

Ambas cortes han creado directrices interesantes en materia de seguros, tendientes a la protección del consumidor, que han constituido una herramienta importante para la resolución de casos similares, las más claras y destacadas son las de la Corte Constitucional. Sin embargo, toda vez que dicho órgano colegiado no es el de clausura en temas civiles, su aplicación en asuntos de esa naturaleza ha sido limitada, lo que no ocurre con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia que en materia de seguros es la autoridad judicial más importante.

Entre los patrones que ha establecido la Corte Suprema de Justicia en materia de seguros, se destaca la de castigar a la aseguradora con la purga de la reticencia en que haya incurrido el tomador, cuando la compañía conocía, o con un mínimo de diligencia pudo conocer el dato omitido o distorsionado en la declaración del riesgo.

Luego, si la aseguradora desde el principio sabe la gravedad del riesgo asumido, o fácilmente con un mínimo de diligencia puede saberlo, no debe guardarse esta información hasta cuando ocurra el siniestro y así negar el pago de la indemnización alegando reticencia; lo correcto es desde un principio negar la expedición de la póliza u otorgarla en condiciones más onerosas.

Esta conclusión más o menos uniforme se desprende de tres sentencias estudiadas en el primer subtítulo de este capítulo: en la primera (CSJ Sentencia 5427, 2000) la Corte Suprema de Justicia analizó el caso de un seguro objetado porque, según la aseguradora, había una falta de identidad entre el vehículo asegurado y el vehículo siniestrado, situación que la compañía pudo constatar fácilmente desde la expedición de la póliza.

La segunda es la del Catorce de julio de dos mil seis (CSJ Sentencia 01177-00, 2006), cuyo Magistrado Ponente fue Silvio Fernando Trejos Bueno, donde se resolvió un litigio ocasionado en la negativa de la aseguradora al pago del siniestro dentro de un seguro de daños, alegando que “la cuantificación y determinación de los valores dados a los bienes asegurados” no correspondían a la realidad; situación que pudo ser fácilmente constatada por la aseguradora desde el inicio.

La última sentencia que toca el punto, con ponencia del Magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo (2001), es la Sentencia 6146, en la que el Tribunal de Casación estudió un típico caso de omisión de información por el tomador sobre su real condición de salud en el seguro de vida, pues no dio cuenta de un cáncer que padecía antes de contratar el seguro. Sin embargo, dado que el médico de la aseguradora le recomendó a la compañía, antes de otorgar el seguro, indagar más sobre algunos problemas de salud en el sistema genito urinario del tomador, la empresa no siguió esta recomendación, lo que purgó la

posible reticencia, pues la aseguradora pudo fácilmente constatar el cáncer que padecía el tomador pero omitió hacerlo.

Nótese entonces que, si bien son tres sentencias que apuntan hacia un mismo esquema argumentativo, en el sentido que la compañía no puede guardarse para el final información que tuvo o pudo obtener desde el comienzo, lo cierto es que no establecen una sub-regla propiamente dicha, ello en la medida en que las sentencias no tienen un patrón fáctico de estrecha similitud, de modo que corresponderá en cada caso al Juez determinar, dados los pormenores del asunto bajo su estudio, si es viable o no entender que la aseguradora pudo conocer fácilmente desde el principio la información negada u omitida por el tomador. Sobre este aspecto, el alto Tribunal tiene las más variadas posiciones, lo cual puede observarse incluso en las sentencias estudiadas en este trabajo, pues en ocasiones el órgano de cierre en la materia argumenta que la aseguradora debe confiar en la información suministrada por el tomador, sin que se le imponga corroborarla.

Lo contrario ocurre con las sentencias de la Corte Constitucional, que de manera clara, precisa y contundente han creado unas sub-reglas que han permitido una importante evolución hacia la protección de los derechos de los asegurados, entre ellas se destacan las siguientes.

En materia de seguros de salud, la Corte Constitucional ha definido que las compañías aseguradoras no pueden alegar preexistencias para negar el pago de la indemnización si estas no fueron clara y taxativamente descritas en el contrato de seguro y siempre previa realización de exámenes médicos efectuados a los asegurados (sentencias T-118/10; T-222/14).

En materia de seguros de invalidez, el alto tribunal ha establecido que la fecha de ocurrencia del siniestro no puede establecerse con la fecha de estructuración de la invalidez, determinada por la junta de calificación, sino que debe ser la fecha de la calificación, pues es a partir de allí cuando el asegurado se entera de su condición de

invalidez y puede ejercer los derechos contractuales derivados del seguro (sentencia T-662/13).

La Corte Constitucional estipuló que, en materia de procesos ejecutivos cuyo título es una póliza de seguros, la cláusula compromisoria se tiene por no escrita (sentencia T-057/95).

En suma, se concluye que la Corte Constitucional es la corporación que más grandes pasos ha recorrido y que mayores herramientas ha suministrado para lograr el equilibrio contractual entre los asegurados, tomadores, beneficiarios y las compañías aseguradoras. Aunque no se desconocen los aportes de la Corte Suprema de Justicia, el tratamiento que le ha dado esa colegiatura a la buena fe del contrato de seguro ha sido la aplicación normativa tradicional, sin que se hayan aprovechado los instrumentos otorgados por las nuevas normas de protección al consumidor financiero y toda la principalística que enriquece el tema y que puede ser usada para resolver asuntos propios de la jurisdicción ordinaria.

EXIGENCIAS DE BUENA FE A LAS ASEGURADORAS

Introducción

Las relaciones comerciales han evolucionado como evolucionan las relaciones sociales²⁵. En la época clásica, los contratos suponían un acuerdo de voluntades genuino, pues las condiciones negociales eran ampliamente discutidas por ambas partes, la autonomía de la voluntad prevalecía sobre los demás principios contractuales y la buena fe desempeñaba un papel central en el cumplimiento contractual y el respeto por la palabra.

Con la proliferación de la economía de mercado, se presentó el fenómeno de la masificación de los contratos. Para simplificar las transacciones comerciales, se crearon contratos prediseñados que implicaban la simple adhesión del consumidor a las cláusulas elaboradas por el empresario. En palabras de Vladimir Monsalve y Diana Paola Rodado (2011), la evolución contractual se puede clasificar en tres etapas:

Al examinar la evolución del derecho contractual y la idea de libertad negocial durante los siglos XIX y XX, se podría afirmar que se ha pasado por tres etapas. La primera es la del predominio aparentemente absoluto del contrato libre (propio de la Revolución Francesa);

²⁵ Para Vincenzo Ferrari, hay tres factores que contribuyen a la modificación del orden de una sociedad: i) la producción: entendida como la modalidad con la cual los seres humanos obtienen los recursos necesarios para la vida; ii) el poder: entendida como una forma de supremacía que opera en la esfera pública y privada y iii) la cultura: entendida como conjunto de concepciones, conocimientos, ideas, normas, valores en que se inspira una población en su vida cotidiana. Todos estos factores combinados inducen a la acción humana y estimulan la evolución de las relaciones sociales (Ferrari, 2012, págs. 40-43).

la segunda, la incorporación de las limitaciones a la libertad contractual, caracterizada por un Estado intervencionista cuya injerencia del poder público irradiaba todos los estamentos sociales (hasta los años 70 del siglo XX) y la tercera es la época de las transformaciones sociales y económicas que conllevan la introducción de la política económica de libertad de mercado, caracterizada por la intervención excepcional del Estado en las relaciones económicas de la mano de la irrupción del contrato dirigido y de adhesión (pág. 4).

Esta evolución contractual va de la mano con el avance de las relaciones comerciales y estas, a su vez, surgen con las necesidades que presentan las personas. El mundo actual, por ejemplo, se caracteriza por albergar una sociedad del riesgo, entendida por Ulrich Beck como “un peculiar estado intermedio entre la seguridad y la destrucción” (Beck, la sociedad del riesgo global, 2002, pág. 215). Se trata de riesgos definidos culturalmente y agudizados por incertidumbres prefabricadas, propias de la era de la información y los avances tecnológicos, pues el desarrollo de la ciencia crea nuevos tipos de riesgos que son difundidos por los medios de comunicación, y afectan el control institucional (Beck, la sociedad del riesgo global, 2002, págs. 221-239).

En esta etapa de la sociedad del riesgo, ha proliferado la demanda de seguros y se han masificado las transacciones de este tipo, por lo cual ha surgido la necesidad de agilizar las negociaciones con contratos de adhesión, lo que ha hecho que el papel de la autonomía de la voluntad y la buena fe tenga cambios importantes. De un lado, el principio de libertad contractual se ha restringido a aceptar el contrato propuesto por las empresas y la buena fe ha cobrado relevancia para proveer un equilibrio a favor del adherente.

Luego, entonces, se ha cambiado el orden de relevancia de los principios y la autonomía de la voluntad ha tenido que ceder terreno. Hoy, “la autonomía privada no puede desafiar el ordenamiento legal, ni tampoco horadar otras categorías y postulados rectores (ordenamiento jurídico). La *lex privata* no es suprema ni omnímoda ni intangible y por ello conoce diáfanos límites” (Jaramillo, Interpretación, calificación e integración del contrato, 2014, pág. 116).

En este panorama, la buena fe intenta rescatar la expresión de voluntad del adherente en su poco margen en el escenario de los contratos de consumo, esto se ha logrado a través de un desarrollo doctrinal que ha tratado de sopesar las condiciones de desequilibrio con figuras como la exigencia del deber de información, el deber de coherencia, la prohibición de las cláusulas abusivas y el abuso de la posición dominante. Como dicen Monsalve y Rodado (2011):

Con el surgimiento de los contratos de adhesión, se pone en entredicho la justicia contractual y se rompe la estructura clásica del citado precepto, al evidenciar que el derecho del consumidor presenta características de un microsistema con principios propios y hasta derogatorias del derecho privado tradicional. Esto se debe a sus reglas disímiles con la estructura del ordenamiento privado (que defiende los negocios discutidos y de máxima representación de las libertades), que representa una no tipicidad del régimen de nulidades, la existencia de cláusulas abusivas, por la coerción flexible del efecto relativo de los contratos, la consolidación de la responsabilidad pre-contractual con clara inclinación proteccionista al consumidor al imponer obligaciones de información (entre otras), entre otros aspectos protectorios que materializan los principios romanos de *favor libertatis, favor debitoris, contra stipulatorem*²⁶ (pág. 4).

En este capítulo se estudian tres aspectos cruciales para la garantía de la buena fe contractual como lo son: el deber de información, el principio de coherencia y la prohibición del uso de cláusulas abusivas, todo ello desde la perspectiva del contrato de seguro.

Posteriormente, se relacionan estas conductas con la jurisprudencia analizada en el capítulo anterior y otros precedentes relevantes para la mejor comprensión del tema.

²⁶ Favorecer la libertad, favorecer al débil, interpretar en contra del estipulante.

El deber de información de las aseguradoras

La información es el punto de partida para la expresión de la voluntad, el conocimiento que tenga el contratante sobre los efectos, costos, limitaciones y contraprestaciones del negocio, es el que impulsa a las partes a realizar o declinar la contratación y a establecer las condiciones recíprocas de esta. Luego, cuanto más completa, transparente, real y acertada sea la información, más productiva será la contratación y mejor responderá a las expectativas de los negociantes. Para Chinchilla (2011):

El deber de información consiste en dar noticia, informar, hacer saber a la contraparte de las circunstancias, cualidades y situaciones de hecho sobre el objeto del contrato, el contenido y los efectos de este, entre otros elementos, que permiten dentro del periodo precontractual, la determinación de la decisión de contratar en las condiciones que permitan satisfacer los propios intereses de los contratantes, como también la subsiguiente ejecución del contrato orientado al cumplimiento debido de las obligaciones a cargo, bajo los postulados de buena fe (págs. 329-330).

El deber de información impone a las partes un parámetro de conducta pródiga y leal y, en tal sentido, se enmarca dentro de la buena fe objetiva que fue tratada en el primer capítulo de este trabajo. En palabras de Monsalve & Rodado (2011):

Dentro de los postulados que gobiernan el derecho de los contratos, el deber de información encuentra su razón de ser o fundamento en el principio general de la Buena fe, entendida ésta objetivamente, como un comportamiento leal, honesto y transparente, a través de la cual se busca mantener en equilibrio las negociaciones contractuales en un mercado dinámico, en constante funcionamiento, evolución y caracterizado por la diversificación en las relaciones contractuales (pág. 165).

Aunque el fundamento del deber de información es el principio de la buena fe, uno de sus antecedentes más importantes es la teoría de los vicios del consentimiento, especialmente el error y el dolo que, de configurarse bajo ciertas circunstancias, permiten la anulabilidad del contrato, pues, aunque exista una voluntad expresada, esta se

encuentra viciada pues se produjo bajo un equivocado conocimiento respecto de la naturaleza o el objeto del contrato.

Siguiendo a Galgano (1992), el único error que vicia la voluntad es el error motivo, es decir, el que recae sobre un elemento esencial, decisivo en la contratación, es un error que, de no haberse presentado, el contrato no hubiera tenido lugar. Este error esencial puede recaer en el objeto del contrato, en la identidad del objeto o en las calidades del objeto.

El dolo por su parte, se diferencia del error solo en su causa, es decir, el dolo es el error causado por engaños de la contraparte. Galgano (1992)precisa:

Se habla de dolo, como vicio del consentimiento, en un sentido que corresponde al concepto común de engaño, el dolo se diferencia del erro motivo, por la causa específica que ha provocado el error: en este caso uno de los contratantes es inducido a error por los engaños de que se ha valido el otro contratante o bien un tercero (págs. 294-297).

Aunque hay enormes diferencias entre el error, el dolo y el deber de información, también se vislumbra una interesante relación entre estas figuras, pues la falta de información produce el error y la información errada o ambigua que suministra intencionalmente uno de los contratantes origina el dolo. Pero la doctrina clásica del derecho civil no enfatiza en la causa de estos vicios de la voluntad o en la forma de evitarlos, sino en su estructura interna y en sus consecuencias.

En el derecho moderno, en cambio, se han centrado los esfuerzos en nutrir y dar contenido a la teoría de la información, sus características, alcances, quién tiene la carga de suministrarla y los deberes que ello conlleva. Esta figura jurídica ha evolucionado de tal modo que ya se encuentra lejos de lo que algún día representó el error y el dolo en el derecho privado y será esta nueva concepción del deber de información la que cambiará el paradigma contenido en el Código Civil (Ley 57, 1887), pues el avance de las relaciones comerciales y la actual asimetría entre los contratantes implica un replanteamiento de las limitaciones del error, como la contenida en el artículo 1509 del Código Civil que indica

expresamente que el error de derecho no vicia el consentimiento, o el principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa (Mans Puigarnau, 1947, pág. 179).

Entre los antecedentes normativos más importantes del deber de información, encontramos la expedición de la Constitución Política (1991), en el artículo 78 se contempló también el deber de información de los empresarios en relación con los consumidores así:

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, *así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización*. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios (Resaltado fuera del texto).

Casi veinte años después, el legislador cumplió con la carga de regulación que impuso la Constitución, y expidió la ley del Consumidor Financiero (Ley 1328, 2009). Esta norma estableció la información como un derecho del consumidor, pero además estableció que ésta debía ser transparente, clara, veraz, oportuna y verificable (Art. 5 literal b); se enunció en la norma el deber de informar sobre:

b) Tener a su disposición, en los términos establecidos en la presente ley y en las demás disposiciones de carácter especial, publicidad e información transparente, clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias de los productos o servicios ofrecidos y/o suministrados. En particular, la información suministrada por la respectiva entidad deberá ser de tal que permita y facilite su comparación y comprensión frente a los diferentes productos y servicios ofrecidos en el mercado. (Art. 5).

El precepto también instituyó la información como un deber de las entidades financieras, explicando el contenido y alcance de este principio, para el efecto textualmente indicó el legislador:

ARTÍCULO 9o. *CONTENIDO MÍNIMO DE LA INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO*. En desarrollo del principio de transparencia e información cierta,

suficiente y oportuna, las entidades vigiladas deben informar a los consumidores financieros, como mínimo, las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato, y la demás información que la entidad vigilada estime conveniente para que el consumidor comprenda el contenido y funcionamiento de la relación establecida para suministrar un producto o servicio. En particular, la información que se suministre previamente a la celebración del contrato, deberá permitir y facilitar la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado. (Art. 9)

El precepto exige de la información unas características específicas, que han sido ampliamente tratadas por la doctrina y que pretenden que la información sea efectiva y no meramente formal. Estas son: la claridad, la oportunidad y la transparencia. La primera impone la necesidad de que se exprese de manera tangible para que sea comprendida por el destinatario; La oportunidad implica que sea útil en la toma de decisiones del contratante; y la transparencia tiene el sentido de que la información debe ser completa, y se debe indicar lo conveniente y lo inconveniente para el usuario del servicio (Chinchilla, 2011, pág. 332).

La Superintendencia Financiera ha establecido unos deber de información específicos para las aseguradoras; por las características particulares de este contrato era necesario que se efectuara un catálogo especial de información que se debe suministrar al tomador del producto financiero; a través de la circular 038 de 2011 el ente de control dispuso el siguiente listado que pese a su extensión se citará de manera completa dada la relevancia que tiene para este trabajo:

“Sin perjuicio de las reglas generales previstas en los sub numerales anteriores, las entidades aseguradoras deberán cerciorarse de que los consumidores financieros tengan acceso a los modelos de las pólizas que comercializan mediante la publicación en sus sitios web. Así mismo, deberán suministrar a los consumidores financieros 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: a) Las coberturas básicas con sus exclusiones, valor de los deducibles, períodos 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. b) 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. c) 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. d) Explicar de manera descriptiva las figuras de coaseguro, subrogación y transmisión del interés asegurado, con sus consecuencias. e) Informar el procedimiento para la devolución de primas en los casos de presentarse las figuras de sobre seguro, disminución del interés asegurado o revocatoria del seguro. f) 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. g) 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. h) 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. i) Para el caso del SOAT, las entidades aseguradoras deberán suministrar a los consumidores la misma información que tengan en su sitio web, indicando de manera especial la obligación a cargo de cualquier institución prestadora de salud de dar atención prioritaria a las víctimas de un accidente de tránsito y advertir al consumidor que la reclamación de la indemnización puede realizarse directamente y no requiere apoderados o intermediarios.” (Art. 9.8)

Esta misma información debe ser suministrada cuando el seguro sea comercializado a través del uso de red²⁷, tal como lo prevé el artículo 3.4.11.3 de la circular 049 de 2015 (Circular externa 049, 2015) y cuando se coloquen pólizas en el mercado a través de intermediarios como corredores o agentes, así lo dispone el artículo 3.4.3.1 de la circular 050 de 2015 (Circular externa 050, 2015); ambas instrucciones administrativas imponen a las aseguradoras la carga de velar por que los terceros de que se valen para ampliar su mercado cumplan con los deberes de información.

Como puede verse en la última década el legislador se ha preocupado por emitir normas que impongan a las entidades financieras el deber de información; sin embargo, es el ente administrativo de control quien le ha dado una forma más concreta a esos deberes en materia de seguros, definiendo de manera minuciosa cuales son los datos relevantes que debe suministrar la aseguradora o sus intermediarios al tomador.

Sin embargo, tal como se insistió en el capítulo I, no es suficiente con que dicha información sea suministrada a través de un link destacado en la página Web, pues para que sea efectiva debería ser proporcionada directamente al tomador explicando además el contenido de la misma, tal como lo previó después la ley 1480 de 2011 que si bien es una norma general de protección al consumidor trae una disposición específica para las aseguradoras en donde les impone la carga de asesoramiento, el precepto reza:

²⁷ El decreto 2555 de 2010 en sus artículos 2.34.1.1.1 y 2.34.1.1.2 describe qué se entiende por “uso de red” y cuáles son los canales autorizados; como red reconoce “el conjunto de medios o elementos a través de los cuales sus prestadores suministran los servicios del usuario de la red al público. Forman parte de la Red los canales presenciales y no presenciales, los empleados y los sistemas de información que tenga habilitados el respectivo prestador.”

“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” (Art. 37, numeral 3, parte final)

El precepto, además de ser una norma especial para las aseguradoras, es posterior a las circulares a que se ha hecho referencia y además es una norma de mayor jerarquía pues se trata de una disposición de orden legal, por ende, al menos respecto de las coberturas, exclusiones y garantías sí existe un deber de asesoría por parte de la aseguradora que no se suple con disponer sus contenidos por vía Web.

Otro aspecto que amerita discusión es el sistema de sanciones estipuladas para el caso de incumplimiento de los deberes de información previstos en la ley 1328 de 2009 y en las instrucciones del ente de control; se trata de sanciones administrativa que van desde amonestación, multa y suspensión o inhabilitación (Art. 21, en concordancia con el Art. 208–3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –EOSF–); desde el punto de vista contractual la norma no prevé ningún efecto, el negocio jurídico permanece incólume y la sanción administrativa impuesta no refleja ningún resarcimiento para el contratante afectado con las omisiones de información de la contraparte.

Como se pudo ver de las normas referenciadas, en materia de servicios financieros el deber de información debe tener una connotación diferente al consumo de productos. Siguiendo a Monsalve, la información exigida en este caso debe tener como punto central el contrato, pues son estos aspectos técnico jurídico los que usualmente desconoce el consumidor y respecto de los cuales el empresario profesional tiene un amplio conocimiento. Además, en materia de seguros, las condiciones del contrato son las que enmarcan el alcance de las prestaciones mutuas que constituyen el objeto de la contratación (Monsalve, 2012, pág. 230).

Para Ordoñez, en materia de seguros, la información mínima que debe suministrar la aseguradora es la siguiente:

1. Ser informado cabalmente del alcance real de las coberturas que recibe. Para esos efectos, existe una exigencia específica de ley en materia de seguros, que consiste en que la identificación de los riesgos en las pólizas de seguro deben estar contenidas en la primera página de las mismas.
2. Conocer cabalmente los condicionamientos a que se encuentran sometidas esas coberturas, a partir de la existencia de obligaciones y cargas de su parte que deben ser cumplidas y que conforman una compleja red de interacciones que está plasmada normalmente en la ley y no en el contrato, que vinculan en consecuencia al tomador puesto que la ignorancia de la ley jamás puede considerarse excusa válida para su incumplimiento, y que no obstante requiere de conocimientos muy especializados en la materia que no están al alcance de todos.
3. Tener información sobre los límites cuantitativos que tiene la responsabilidad del asegurador en caso de siniestro, y particularmente las consecuencias que tiene la presencia de infraseguro o sobreseguro en los seguros de daños.
4. Conocer las circunstancias más determinantes de la intensidad del riesgo que asume el asegurador, con vistas a la declaración que sobre las mismas debe hacer el tomador y a la carga que tiene de conservar el estado del riesgo a lo largo del contrato.
5. Saber los mecanismos legales de carácter general que protegen en el derecho colombiano el derecho a la información y señalan el deber de informar adecuadamente, por parte del asegurador, al tomador del seguro.
6. Estar al tanto de la extensión de las facultades de sus funcionarios o de los intermediarios, cualquiera que sea su naturaleza, que actúan por encargo suyo en la etapa precontractual.
7. Conocer los condicionamientos que puede tener la iniciación de la vigencia del contrato de seguro (Ordoñez, Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro, 2005, págs. 81-82).

Adviértase que estos deberes de información que ha establecido la doctrina a favor del tomador del seguro recaen en el contrato y su regulación legal. Llama la atención el numeral segundo del texto antes citado en el que el autor se refiere a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Esto se relaciona con el error de derecho mencionado al inicio

de este subtítulo, error que por disposición legal no vicia el consentimiento. Sin embargo, el profesor Ordoñez (2005) reconoce como deber de las aseguradoras informar al tomador sobre la “compleja red de interacciones que está plasmada normalmente en la ley (...) que no están al alcance de todos”(pág. 81)

Luego, si la aseguradora tiene la carga de informar al tomador o asegurado sobre aspectos técnico jurídicos contractuales y legales que pueden afectar la eficacia del contrato, la falta de esta información acarrearía las sanciones respectivas y, por ende, se estaría dando un paso para reevaluar el principio de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que el error de derecho no vicia el consentimiento, pues, ante un contrato lleno de tecnicismos jurídicos trascendentales en la formación del consentimiento y para el cumplimiento de su objeto, y ante un desequilibrio recrudecido por la profesionalidad del empresario y el desconocimiento que sobre el tema tiene el tomador, se impone evolucionar hasta el punto en que, en materia de seguros, la ignorancia de la ley sirva de excusa, cuando la aseguradora no informe al tomador incauto sobre aspectos normativos que afecten el cumplimiento del objeto contractual, máxime que en un contrato tan regulado como el de seguro, muchos aspectos contractuales terminan siendo puntos de derecho.

En España, por ejemplo, “aquella de las partes que conociendo, o debiendo conocer, una causa de nulidad no se la informa a la otra parte, incurre en responsabilidad precontractual”. (De la Maza, 2011, pág. 3). Ese es un punto de derecho que, en materia de seguros, resulta importantísimo, máxime que la declaratoria de nulidad del seguro por reticencia beneficia a la compañía y perjudica al tomador, que pierde la posibilidad de obtener la indemnización y las primas pagadas como contraprestación.

Por eso, se ha insistido en que es deber de la aseguradora informar al tomador o asegurado sobre las consecuencias que tiene la declaración sobre el estado de riesgo, dándole a conocer que las imprecisiones, yerros u omisiones en que incurra en el

diligenciamiento del formulario implican la nulidad del contrato de seguro, el no pago de la indemnización y la pérdida de las primas pagadas.

En la doctrina del derecho de seguros se ha sostenido que el deber de información es también un deber de asesoría, teniendo en cuenta la técnica jurídica que envuelve a la negociación. Para Chinchilla:

En muchas oportunidades el deber de información debe acompañarse del deber de asesoría, como es el caso de aquellos tipos de negocios en los cuales se presenta una situación de evidente asimetría en la información que poseen los sujetos contratantes, toda vez que la posición contractual, la experticia y especialidad del conocimiento de una de las partes, así lo requiere.

El deber de asesoría permite que la parte débil exija de su contraparte fuerte, informada e ilustrada, la iniciativa no solo de informar lo que de la naturaleza de la relación pueda emanar sino también de orientar sobre la conveniencia o no del negocio o sobre las particularidades de las condiciones del mismo, atendiendo las circunstancias técnicas y especificaciones del negocio; lo que implica el deber de consejo y orientación al “ignorante legítimo” a fin de que este último tome una decisión en las condiciones óptimas de ilustración y asesoría (Chinchilla, 2011, págs. 338-339).

En Chile, por ejemplo, el artículo 529 del Código de Comercio establece el deber de asesoría de las aseguradoras que implica:

Ofrecerle las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses, ilustrarlo sobre las condiciones del contrato y asistirlo durante toda la vigencia, modificación y renovación del contrato y al momento del siniestro. Cuando el seguro se contrate en esta forma, el asegurador será responsable de las infracciones, errores y omisiones cometidos y de los perjuicios causados a los asegurados (Barrientos, 2015, pág. 83).

Según el autor, este avance en la normativa chilena “obedeció a abusos que lamentablemente se detectan comúnmente, en algunas compañías aseguradoras y en muchos intermediarios, con los tomadores de seguros. Se dijo en el Congreso:

Es muy corriente que a los asegurados se les venda pólizas de seguro que no se adaptan a sus reales necesidades de cobertura, por montos inadecuados, que contienen coberturas

innecesarias (riesgo de salida de mar para una casa ubicada en Santiago o un refugio en la nieve) y por el contrario, que no se le advierta respecto de los riesgos no cubiertos, como por ejemplo, que una póliza de seguro de incendio ordinario no cubre incendio a causa de terremoto. En todo caso en la inmensa mayoría de los casos el asegurado carece completamente de asesoría durante la contratación, al modificar o renovar las pólizas y principalmente al momento de reclamar el pago de un siniestro” (Barrientos, 2015, pág. 86).

En suma, en materia de seguros, dadas las condiciones de asimetría en el acceso a la información, lo técnico de la regulación legal del contrato, lo aleatorio de sus contraprestaciones, cobra especial relevancia el deber de información por las aseguradoras hacia los tomadores.

Se ha abordado hasta este punto el deber de información, su alcance y su contenido en el contrato de seguro, es hora de estudiar las consecuencias que trae el incumplimiento de este deber contractual. Ya vimos que en los avances contenidos en la ley del consumidor financiero y en el estatuto general del consumidor, no se dan grandes avances en materia de sanciones, pues estas son meramente administrativas frente a la compañía, sin incidencia alguna en el contrato.

En el negocio jurídico, se ha discutido el efecto contractual de la falta al deber de información. De la Maza (2011) explica que en el derecho Español, la falta al deber de información puede resarcirse a través de un juicio de responsabilidad civil extracontractual, cuando la falta se da en las tratativas previas al contrato (pág. 3); también considera la posibilidad de:

...impugnar el contrato si éste se hubiera concluido en virtud de una representación fraudulenta creada por la otra parte, por medio de sus palabras o de su conducta o como consecuencia de la falta de revelación de información que, de acuerdo con la buena fe y con la equidad, se hubiera debido poner de manifiesto (De la Maza, 2011, pág. 10).

Por su parte, Monsalve (2012) ubica las consecuencias de la falta al deber de información en la teoría de los vicios del consentimiento y, por tanto, aplica la misma

sanción contractual del error y el dolo, es decir, la nulidad relativa del contrato, con la respectiva indemnización de perjuicios (pág. 248).

Pero tratándose del contrato de seguro, la sanción contractual por la falta al deber de información de la aseguradora no puede ser la nulidad del contrato, pues, recuérdese que por tratarse de un contrato aleatorio en el que las contraprestaciones no son equivalentes, la rescisión del contrato beneficiaría a la parte que cometió la falta, es decir, a la compañía de seguros. En efecto, la nulidad implica retrotraer el contrato y recobrar el *estatus quo*, lo que significa que corresponde a la aseguradora devolver la prima y el beneficiario ya no tendrá derecho al pago de la indemnización, pero, como el valor de la prima no es equivalente ni semejante al monto de la indemnización, la aseguradora se beneficia, pues devuelve un pequeño valor y se releva del pago del seguro, lo que es gravoso para el beneficiario, pues cuando surge el pleito en materia de seguros es porque ya ocurrió el siniestro. Ciertamente, la falta al deber de información de la aseguradora normalmente se manifiesta cuando objeta la reclamación. En palabras de Ordoñez (2005):

Pero la preservación del deber de información del tomador frente al asegurado, como ya se ha dicho, mal podría lograrse a través de la teoría de los vicios del consentimiento, dado que la consecuencia de los mismos consiste normalmente en la destrucción de los efectos del contrato, respecto de la cual nadie podría estar más interesado que el asegurador mismo en la gran mayoría de los casos. En efecto, es sabido que tratándose del contrato de seguro es el asegurador el que normalmente está interesado en obtener una declaración de nulidad del contrato que, en cambio, sólo podría interesar al tomador en el caso de no haberse producido un siniestro en el lapso de vigencia del contrato y cuando pretendiera obtener la devolución de la prima pagada, un caso realmente poco frecuente en el desarrollo de las relaciones asegurativas (pág. 86).

No funciona entonces para el contrato de seguro la aplicación de las consecuencias previstas para el error y el dolo, es decir, la nulidad del negocio jurídico. Por las particularidades del derecho de seguros, es más acertado aplicar unas sanciones fragmentadas y parciales que afecten solo las cláusulas ambiguas o desconocidas por el otro contratante. Es por ello que la ineficacia de determinadas estipulaciones

contractuales es el mejor camino para sancionar de forma efectiva la falta de información de la aseguradora, pues así se tendrían por no escritas las limitaciones, exclusiones y condiciones de la póliza que no fueron debidamente informadas al tomador del seguro, sin que se afecte la contraprestación a que tiene derecho.

Otra sanción de impacto a nivel contractual sería la purga de la reticencia cuando la aseguradora omite informar al tomador las consecuencias de no declarar con sinceridad el estado del riesgo.

La doctrina de los actos propios

La confianza constituye la base fundamental de las relaciones comerciales, es por ello que su defraudación es castigada por la Ley y en el derecho mercantil ir contra una expectativa legítimamente creada tiene consecuencias drásticas en el negocio jurídico.

Una herramienta para sancionar las conductas contractualmente incoherentes es la doctrina de los actos propios, que surge como una prohibición en el principio “*Venire contra factum proprium non valet*”²⁸ que impone un deber de coherencia entre las conductas anteriores adelantadas por una de las partes, que crean una expectativa legítima en el otro contratante.

Siguiendo a López (2009) “Se trata de una idea simple: nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro” (pág. 191). Este deber de coherencia tiene su origen en la buena fe, pues se trata de no defraudar las expectativas del otro contratante. Como es un deber de conducta, se enmarca dentro de la buena fe objetiva, pero la subjetiva constituye el límite de su aplicación (Salah, 2008, pág. 199).

²⁸ No vale la estipulación en contra de los propios actos.

Esta figura jurídica puede ser comparada con otras similares en algunos países, como el Verwirkung en Alemania o el Stoppel del derecho anglosajón. La primera impide el ejercicio de un derecho cuando quien lo detenta ha dejado trascurrir largo tiempo sin hacerlo, generando la confianza legítima en la contraparte de que no lo hará, mientras que el segundo es una figura procesal que impide a los sujetos procesales el desconocimiento o la revocatoria de cualquier acto propio en perjuicio de la otra parte (Bernal, 2008, págs. 296-298).

La doctrina de los actos propios no se encuentra plasmada en ninguna norma de derecho comercial que estipule propiamente esta prohibición de contradicción o deber de coherencia, o que haga reseña explícita a este principio. Sin embargo, como referencia normativa, se destaca la ley 16879 de Uruguay (1997), aprobatoria de la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías, que indica lo siguiente:

...un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito, no podrá modificarse o extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. *No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos* (cursivas fuera de texto) (Ordoqui, 2012, pág. 598).

Dada la escasa normativa, son la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de nutrir de contenido esta figura jurídica y hacerla aplicable. No obstante, los requisitos doctrinales han sido tan estrictos que han limitado extremadamente su aplicación y le han quitado su efectividad, al punto en que algunos autores discuten si se trata de un verdadero principio o de un simple instrumento de la buen fe, dada la cantidad de excepciones en su aplicación (Jaramillo, 2009, pág. 276).

En efecto; los presupuestos para la aplicación de la doctrina de los actos propios son básicamente tres:

- i. La existencia de un contrato.
- ii. Una conducta jurídicamente relevante, es decir con efectos en el contrato, que genere una expectativa legítima en el otro contratante.

iii. Una pretensión contradictoria con la conducta inicial (López M. J., 2009, pág. 197).

Estos presupuestos, a su vez, deben tener unas características especiales que se enuncian a continuación:

1. Los actos expresivos de la voluntad del supuesto sujeto voluble deben ser inequívocos respecto de su alcance y de la intención de crear o modificar un derecho.
2. La contradicción con el acto anterior debe ser palmaria.
3. La voluntad inicial no debe haber estado viciada.
4. La voluntad plasmada en el primer acto, que luego se pretende contradecir, debe haber sido libre, pues si hubiera sido coaccionada de algún modo, no se aplicaría a este caso la doctrina del *venire contra factum* [Conocida como la doctrina de los actos propios].
5. Debe darse la identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas.
6. La juridicidad de la primera conducta (López M. J., pág. 197).

Pero, además, ha de tenerse en cuenta para su aplicación que la doctrina es unánime en considerar que el *venire* es una herramienta residual, esto quiere decir que no es aplicable cuando la ley ha incluido otra solución de forma expresa (Borda, 1993, pág. 97). Siguiendo a Padilla:

...los actos propios son un límite para impedir la contravención de la buena fe, que no puede ser soslayada por ninguno de los preceptos legales del Derecho Positivo. Es por esto que no hay un verdadero *Venire contra factum proprium non valet*, cuando la imposibilidad de contradecirse puede explicarse a través de otra institución, debiendo acudir a este principio en forma subsidiaria (Padilla, 2013, pág. 146).

Luego, no puede tener lugar para solucionar conflictos derivados del incumplimiento contractual, el allanamiento a la mora o el no ejercicio de una acción que configure la prescripción, pues estos eventos están ya regulados en la ley civil y comercial.

Existe doctrina autorizada que ha realizado un ejercicio de delimitación, estableciendo sus diferencias con figuras que podrían entenderse venir contra sus propios actos. Así, por ejemplo, se ha excluido la aplicación del *Venire*, cuando concurra juntamente con las siguientes instituciones –algunas ya señaladas en el desarrollo de este trabajo–, a saber:

- la eficacia vinculante del negocio o la fuerza obligatoria del contrato;
- las declaraciones tácitas de voluntad;

- la interpretación contractual;
- la renuncia;
- la *Exceptio Doli*;
- la nulidad;
- la confesión extrajudicial;
- la preclusión y
- todas aquellas instituciones jurídicas que vayan siendo consagradas de forma expresa, puesto que en la medida que aquello ocurra, el campo de aplicación del “venire” se verá disminuido (Padilla, 2013, pág. 177).

Otro límite para su aplicación es que la conducta posterior incoherente debe ser el ejercicio de un derecho subjetivo, es decir, una acción permitida para el reclamo de un derecho. Según Padilla (2013):

Se debe detentar un derecho subjetivo: la prohibición de ir contra los actos propios, debe ser observada y entendida desde la perspectiva de realizar de un determinado modo –de forma contradictoria–, una acción para la que el sujeto activo está facultado, esto es, una acción que en sí misma le está permitida ejercitar (pág. 146).

Según lo explica el autor, la acción judicial para reclamar el derecho subjetivo (que resulta ser la acción incoherente) debe tener pleno asidero, debe ser procedente desde todo punto de vista, excepto por la conducta anterior y contradictoria del demandante. En su texto, se citan varios ejemplos de aplicación errada de la doctrina de los actos propios por los Tribunales, en su mayoría desacertados, según el autor, porque el derecho subjetivo accionado no tenía cabida por razones diferentes al *venire*, es decir, no era procedente la acción por así estar establecido en figuras jurídicas diversas a la doctrina de los actos propios, de modo que la negativa de las pretensiones se apoyó en un argumento diferente al deber de coherencia, de lo que se desprende que no existía una facultad jurídica real del demandante y no se aplicó el criterio residual, pues según se argumenta, se usó el principio de coherencia solo para reforzar otro argumento que fue en realidad el sustento de la decisión (Padilla, 2013, págs. 149-166).

Para no sobrepasar el objeto de este trabajo, se hará alusión solo al ejemplo que propone al autor como una aplicación correcta del *venire*, que consiste en una decisión judicial que negó la rescisión de un contrato por lesión enorme, pese a que se daban todos los presupuestos para acceder a la petición, pero la negativa de las pretensiones surgió solo por el hecho de que el vendedor demandante adquirió el mismo bien de su hoy comprador (ventas recíprocas) por un precio similar al que se refuta, de modo que, si quien demanda la rescisión adquirió el bien que posteriormente vendió, por un valor similar y a la misma persona que luego fuere compradora, no puede de manera contradictoria alegar que el precio es irrisorio, pues el valor de la venta cuya rescisión se pretende, coincide con el valor por el cual el demandante adquirió antes el bien. Textualmente explicó la sentencia:

...como es fácilmente advertible (...) los precios de ambas ventas celebradas entre las partes de este juicio, referidas al mismo inmueble ... guardan entre sí, considerando la valorización levemente superior del bien raíz de la segunda, explicable por el transcurso del tiempo— una notable equivalencia en los montos fijados para cada caso por las partes contratantes. (...) Que, a este respecto, la sentencia recurrida, señaló que, encontrándose establecido que el actor Juan Israel Melo Soto compró al demandado, su hijo Raúl Edgardo Melo Abarzúa (...) sin reparos, no puede ahora en este pleito contradecir su posición jurídica anterior, alegando rescisión enorme del contrato de compraventa de 24 de agosto de 2001, en el cual la parte demandante vende a la parte demandada el mismo inmueble (...). Que esta pretensión del actor resulta inaceptable, con arreglo a la teoría de los actos propios, esto es, aquel principio general del derecho fundado en la buena fe que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente (Padilla, 2013, págs. 167-168).

Con la posición tan restringida del autor citado, se hace difícil encontrar ejemplos claros de correcta aplicación de la doctrina de los actos propios en el derecho de seguros. Sin embargo, algunos autores estudiosos del tema (Jaramillo, 2013, pág. 644) tienen una posición más flexible sobre los requisitos para su aplicación, y traen ejemplos sobre casos prácticos en la materia, como lo referencia Mariana Bernal (2008):

Un ejemplo reciente de un conflicto en materia de seguros sometido a la justicia arbitral nos puede ayudar a entender mejor la situación. En efecto, en el laudo arbitral del 5 de marzo del 2009 que dirimió las diferencias entre la Beneficencia del Valle del Cauca EICE y la Previsora S.A. Compañía de Seguros, la aseguradora establece en la póliza de seguros denominada Multirriesgo, que no responderá por perjuicios causados por el asegurado hasta tanto éste no sea condenado a reparar perjuicios. El asegurado acude ante la aseguradora tan pronto lo demandan, pero la aseguradora contesta que de acuerdo con lo estipulado en el contrato no responderán hasta tanto no se obtenga la sentencia.

El asegurado espera entonces a obtener sentencia para acudir nuevamente ante la aseguradora, cuando lo hace ésta le contesta que ya prescribió su derecho y por lo tanto no están obligados a responder. El tribunal decide que el comportamiento de la aseguradora no es coherente y se aprovecha de la confianza suscitada en el asegurado (Bernal, 2010, pág. 263).

Ejemplos como el anterior fueron estudiados en el capítulo precedente, haciendo especial énfasis en la conducta reprochable de la aseguradora al imponer al reclamante trámites administrativos e incluso judiciales, que por su larga duración generan a la postre la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro. Aunque la Corte no explica la razón por la cual enmarca esta conducta en una trasgresión a la doctrina de los actos propios. Sin embargo, se cumplen todos los presupuestos estudiados.

En efecto, se trata de una conducta jurídica relevante de la aseguradora, como es la exigencia de un trámite judicial previo al reconocimiento de la indemnización, que tiene efectos en la contraparte, pues hace que esta adelante las acciones judiciales para la previa declaratoria de responsabilidad. Se genera una expectativa legítima en el beneficiario en el sentido que está atendiendo instrucciones y requisitos pedidos por la propia aseguradora y por último se configura una conducta incoherente de esta que, después de exigir un trámite largo para el pago de la indemnización, propone la excepción de prescripción, que se configura efectivamente por el paso del tiempo exigido en la ley sin presentar la demanda de reclamo y solo la aplicación del *venire* puede enervar la referida excepción.

Vemos entonces que en este caso existe i) un contrato; ii) una conducta jurídicamente relevante, con efectos en el contrato que genera una expectativa legítima en el otro contratante y iii) una pretensión contradictoria con la conducta inicial (López M. J., 2009, pág. 197).

Respecto al requisito exigido por la doctrina, consistente en que la conducta contradictoria debe ser el ejercicio de un derecho subjetivo, vale decir que este derecho subjetivo no puede entenderse solo desde el punto de vista de la acción judicial, sino también de la excepción, los derechos subjetivos también pueden invocarse por vía de excepción, y en este sentido nada obsta para que sea el demandado y no el demandante, quien esté actuando contra sus propios actos al ejercer un derecho subjetivo a través de un medio de defensa legal, acertado y procedente, pero incoherente con una conducta anterior, como es el caso planteado en el ejemplo, en el que, a través de la excepción de prescripción, la aseguradora contradice su actuación anterior.

Esta interpretación del requisito amplía la aplicabilidad de la doctrina de los actos propios y origina una mayor eficacia del instrumento, pues el uso tan restringido de esta figura la convierte en inocua. El desarrollo doctrinal del *venire* no debe centrarse en buscarle límites y cortapisas, sino en darle mayor efectividad, en el marco dogmático ya establecido y aceptado.

Otro ejemplo relevante en materia de seguros es estudiado en la revista Chilena de Derecho Privado, que tiene que ver con la doctrina de los actos propios y el levantamiento del velo societario de una empresa que en un juicio de seguros propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, alegando que esa compañía no era la misma que fue involucrada en el siniestro, pese a pertenecer al mismo grupo empresarial y tener el mismo representante legal. Para el efecto la Corte Suprema de ese país explicó:

Sexto: Que, como fuere, subyace en toda la dialéctica del recurso la pretensión de elevar a la condición de principio insoslayable la regla según la cual una persona jurídica no puede jamás responder por las conductas de otra, cualquiera sea la similitud entre ellas. Pero esta

visión resulta en nuestro tiempo inconciliable con la proliferación de entidades comerciales coligadas o vinculadas entre sí, alrededor de organizaciones matrices dirigidas muchas veces a ocultar la realidad de controladores únicos, para fines de eludir o reducir obligaciones tributarias, cuando no prohibiciones o limitaciones impuestas a ciertos tipos societarios para determinadas actividades, que sí pueden ser emprendidas bajo fórmulas jurídicas alternativas.

Séptimo: Que, desde la década de los treinta, ya en el siglo pasado, se ha venido generalizando en el derecho norteamericano, la teoría denominada *'disregard of legal entity'*, traducida libremente en lengua española como del “levantamiento del velo” de las personas jurídicas, la que postula que es lícito a los tribunales, en ocasiones, prescindir de la forma externa de las personas jurídicas para, posteriormente, penetrar en su interioridad a fin de develar los intereses subjetivos subyacentes que se esconden tras ellas y alcanzar a las personas y bienes que se amparan bajo el ropaje de una entidad subyacente. Esta formulación doctrinaria, que ha tenido también desarrollo en el derecho europeo continental –especialmente en Alemania y España– permite dar solución a situaciones de manifiesto abuso de la personalidad jurídica, en que sociedades aparentemente autónomas e independientes jurídica y económicamente, responden a una misma unidad económica y de organización, porque existe tal control de la una sobre la o las otras, que esta o estas últimas no son sino el alter ego de la dominante, utilizada para obtener un resultado antijurídico. Se previene de este modo abusos del derecho y fraudes a la ley, privilegiándose los principios de supremacía de la realidad y de buena fe, que podrían verse sobrepasados si, en virtud de una interpretación puramente formalista, se diera estricta aplicación a los preceptos que la recurrente entiende vulnerados [...] (Aguad & Pizarro, 2010, pág. 201).

Este mismo ejemplo fue estudiado en un caso colombiano en el capítulo anterior, pero la Corte Suprema de Justicia atendió los argumentos de la defensa y negó las pretensiones del asegurado tras concluir que la compañía demandada no era la misma que expidió la póliza, lo que muestra el avance Chileno en la protección de los derechos de los consumidores financieros a través de la interpretación jurisprudencial.

Las cláusulas abusivas

Antes de hablar de cláusulas abusivas, es preciso hacer referencia a los contratos de adhesión, que se caracterizan por constar en un formato pre-impreso diseñado por una de las partes, a la cual se adhiere el otro contratante. La manifestación de la voluntad del adherente solo consiste en aceptar las condiciones previamente establecidas.

Para Stiglitz (citado por Echeverri, 2010), el contrato de adhesión es aquel “cuya configuración interna es dispuesta anticipadamente solo por una de las partes, de manera que la otra, si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido, o no contratar” (págs. 138-139).

Este tipo de contratos responde a las necesidades actuales del mercado, pues agiliza la contratación y vuelve más eficientes las relaciones comerciales; la uniformidad facilita la comercialización en masa de bienes y servicios ya que propicia la unidad en los procedimientos realizados por las empresas respecto a la relación con los consumidores. Sin embargo, lo cierto es que los contratos de adhesión reafirman la posición dominante de las empresas. En palabras de Ballesteros (citado por Rengifo, 2002):

Las empresas utilizan las condiciones generales de los contratos con otro fin: mejorar su posición contractual con respecto a la normal distribución de cargas y derechos prevista legalmente, desplazando riesgos y obligaciones hacia sus clientes o arrogándose derechos y facultades excesivos, sin contrapartida alguna para los adherentes. Aprovechando la necesidad de contratar con formularios uniformes, se introducen cláusulas novedosas (novedosas con relación a su regulación dispositiva) cuyo fin no es alcanzar un modelo de contrato más eficiente, un nuevo tipo contractual o una redistribución de cargas y derechos más acorde con la función del negocio, sino reducir los costes e incrementar los beneficios del empresario, así como asegurarse una posición de prevalencia en la relación, de modo que toda iniciativa del adherente quede eliminada, sometida a la voluntad del empresario.

Así, no sólo se utilizan las condiciones generales para racionalizar, agilizar y abaratar la contratación y perfeccionar la organización institucional de la empresa, sino también para fortalecer su posición jurídica en el contrato, limitando sus obligaciones y responsabilidades

y asegurando y extralimitando sus derechos de modo injusto, contrariando a la equidad y la buena fe y a las legítimas expectativas de los adherentes, que se ven privados de derechos que habría que suponer implícitos en el tipo contractual, o abrumados con cargas insospechadas, por exorbitantes al contrato formado, etc. Los predisponentes se aprovechan de que en esta nueva forma de contratación no cabe ningún tipo de negociación, de que no es posible alterar las cláusulas pre redactadas, de que la única opción es tomar o dejar lo que se ofrece –hasta el punto de que a nadie se le ocurriría intentar una modificación de su contenido, puesto que se sabe de antemano que es inmutable–, para maximizar sus beneficios y reafirmar su posición de predominio en la relación, negando toda trascendencia jurídica al desequilibrio contractual originado (págs. 189-190).

Este modelo de contratos propicia en gran medida que las empresas aprovechen su posición para introducir en ellos las cláusulas que mejoren sus condiciones contractuales en perjuicio del adherente. Estas son cláusulas que, en ocasiones, crean un desequilibrio tal, que desnaturalizan el objeto del contrato.

En legislaciones extranjeras, las cláusulas abusivas se han definido como sigue:

En la República de Argentina, el artículo 37 del Decreto 1798/94 del 13 de octubre de 1994, reglamentario de la Ley de Protección al Consumidor, las define de la siguiente manera: "Se consideran términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes.

La Comunidad Económica Europea (CCE), de conformidad con la directiva 93–13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, de fecha 5 de abril de 1993, establece que las cláusulas contractuales se consideran abusivas, si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes que se deriven del contrato (Villalobos & Aguirre, 2008, pág. 249).

Por su parte, “el Código Civil de Brasil del año 2002 consagró para los contratos de adhesión una definición general y abstracta de cláusulas abusivas, definiéndolas como todas aquellas que desnaturalizan el negocio o las obligaciones de las partes” (Díaz, 2012, pág. 167).

Para el caso de Colombia, conviene hacer referencia a la célebre sentencia de la Corte Suprema de Justicia, citada por varios autores (Jaramillo, 2013; Echeverri, 2011), que estableció las siguientes características de las cláusulas abusivas:

- a) Que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial –vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad–, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes (Corte Suprema de Justicia, 2001) (Echeverri, 2011, pág. 130).

La regulación Colombiana sobre cláusulas abusivas en el sector financiero se encuentra plasmada en la ley 1328 de 2009 y en las circulares externas 039 de 2011 y 018 de 2016 (que entra a regir en noviembre del presente año); estos preceptos normativos no traen una definición propiamente dicha de cláusula abusiva sino que contiene una clasificación y unos ejemplos de las estipulaciones contractuales prohibidas.

El artículo 11 de la ley 1328 de 2009 prohíbe expresamente las cláusulas abusivas en materia financiera y describe como tales las que: a) limiten los derechos de los consumidores financieros; b) inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; c) contengan espacios en blanco sin carta de instrucciones y d) las que limiten o exoneren las responsabilidad o deberes de las entidades vigiladas.

La norma además faculta a la Superintendencia Financiera para que establezca de manera previa y general otro tipo de cláusulas abusivas; en ejercicio de esta facultad, el órgano de control emitió las circulares 039 de 2011 y la 018 de 2016 en las que se presentan con mayor detalle un catálogo de cláusulas y prácticas prohibidas, entre las que se destacan las siguientes por ser especiales en materia de seguros:

- “Las que autorizan a las entidades aseguradoras para cobrar al consumidor financiero por efectuar el pago del siniestro.” (Circular externa 039 , 2011)

“6.1.1.3. Las que estipulan que el consumidor financiero no podrá ejercer el derecho de defensa y contradicción, limitan los medios probatorios, imponen medios de prueba,

exigen solemnidades no previstas en la ley, o cualquier otra que limite el ejercicio del derecho de defensa.

6.1.4.8. Las que exoneran de responsabilidad a la entidad aseguradora por demora o incumplimiento en los procesos de reposición, reparación o reconstrucción del bien asegurado efectuados a título de indemnización, cuando las causas de la demora son atribuibles a la entidad aseguradora o a la red mediante la cual presta sus servicios.

6.1.5.7. Las que incorporan causales de terminación de cobertura del contrato de seguro, diferentes a las enunciadas en la ley, sin que medie previa notificación al asegurado.

6.1.6.6. Las que condicionan el reconocimiento de la indemnización de siniestros que afectan una póliza de seguro a actuaciones meramente potestativas de las entidades aseguradoras.

6.1.6.7. Las que establecen que si durante la vigencia de la póliza se modifican las condiciones generales y/o particulares depositadas ante esta Superintendencia, las mismas se consideran automáticamente incorporadas al momento de su renovación, sin que estas hayan sido previamente informadas y suministradas al consumidor financiero.”
(Circular externa 018, 2016)

Y como prácticas abusivas por parte de las aseguradoras estableció las siguientes:

“6.2.3. Que los funcionarios de las entidades aseguradoras, intermediarios de seguros o instituciones financieras diligencien las solicitudes de seguro o las declaraciones de asegurabilidad sin permitir que el consumidor financiero lo haga o las conozca.

6.2.15. No informar al tomador que, con ocasión de la revocación del seguro de que trata el art. 1071 del C. Cio, procede el reintegro de la prima no devengada del seguro,

y/o dispone a su favor de unos saldos correspondientes a la devolución de la prima no devengada

6.2.18. Exigir documentos no relacionados con la ocurrencia del siniestro, la cuantía de la pérdida o el contrato de seguro para atender el pago de la indemnización derivada de una póliza de seguro.

6.2.19. Indagar los requisitos de asegurabilidad únicamente al momento de ocurrencia de los siniestros y no al momento de la celebración del contrato.

6.2.32. No informar al consumidor financiero sobre la posibilidad de obtener una devolución del valor de la prima pagada en caso de disminución del riesgo por el cambio en el valor del bien asegurado y del tiempo que ha transcurrido de la vigencia del seguro, de conformidad con el art. 1065 del C. Cio.

6.2.41. Exigir que las pólizas que aportan los deudores de seguros de vida o de bienes dados en garantía, sean redactadas de forma exacta al seguro colectivo contratado por la entidad financiera, aun cuando las coberturas otorgadas sean las mismas.

6.2.42. No entregar las condiciones de las pólizas colectivas cuando un asegurado o beneficiario la solicita al establecimiento de crédito o entidad aseguradora.” (Circular 018 de 2016)

Llama la atención la cláusula 6.1.5.7 relativa a la necesidad de notificar al asegurado las causales de terminación de la cobertura, diferentes a las legales; ello por cuanto en la sentencia T 136 de 2013 estudiada en el capítulo anterior, la Corte Constitucional ordenó a la aseguradora pagar la indemnización a un adulto mayor, la cual fue negado por la compañía aduciendo que el asegurado superaba el límite de edad de la cobertura, pese a que nunca le notificó la existencia de dicho condicionamiento. (CC Sentencia T 136, 2013).

También se resalta la práctica enlistada en el numeral 6.2.19 consistente en indagar los requisitos de asegurabilidad únicamente al momento de ocurrencia de los siniestros y no

al momento de la celebración del contrato, puesto que la Corte Suprema de Justicia en sentencia estudiada en el capítulo anterior ordenó a la aseguradora el pago de una indemnización que fue negada por la compañía aseguradora aduciendo que el asegurado no era propietario del vehículo siniestrado, la Corte advirtió que era obligación de la aseguradora cerciorarse de esa situación antes de expedir la póliza y no al momento de la ocurrencia del siniestro (CSJ Sentencia 2002-00373-01, 2008).

Así mismo, la que se prevé en el numeral 6.1.1.3 relativa a la limitación de medios probatorios e imposición de medios de prueba específicos, pues la Corte Constitucional en sentencia estudiada en el capítulo anterior, ordenó el pago de indemnización negada por falta de aprueba del siniestro, amén de que la aseguradora exigía una prueba concreta del mismo, conducta que no fue avalada por el órgano judicial (CC Sentencia T-490, 2009)

Por último, es de resaltar la práctica contenida en el numeral 6.2.3 relativa a que sea la aseguradora o sus intermediarios quienes diligencien las declaraciones de asegurabilidad, pues coincide con otro caso estudiado en el capítulo precedente, en el que la Corte Suprema de Justicia ordenó el pago de una indemnización, entre otras razones, por haberse demostrado en el proceso que fue un funcionario de la aseguradora quien diligenció la declaración de asegurabilidad (CSJ Sentencia 5427, 2000)

Todo ello muestra que la lista consignada por la Superintendencia Financiera es producto de conductas reales utilizadas por las aseguradoras; en efecto, ello lo reconoce el órgano de control cuando en la circular 018 de 2016 indica que la intención de la instrucción administrativa es “incorporar aquellas identificadas en el ejercicio de la función de supervisión, así como las informadas por los Defensores del Consumidor Financiero, en desarrollo de la función de vocería atribuida por el artículo 2.34.2.1.6 del Decreto 2555 de 2010”

En materia de seguros, sin embargo, es importante destacar a partir de la doctrina y la jurisprudencia, otros ejemplos claros de este tipo de pactos contractuales.

Rubén Stiglitz (citado por Villalobos y Aguirre, 2008), trae los siguientes ejemplos:

a) Abreviar los plazos de prescripción b) Incluir cargas formales dirigidas al asegurado de observancia estricta (documental o las exigencias especiales de correspondencia) consistentes en denuncias o declaraciones dirigidas a ejecutar en plazos exiguos; c) Prever la extensión de la adhesión del asegurado a cláusulas que no han tenido la posibilidad de conocer antes del perfeccionamiento del contrato; d) Dirimir sus conflictos ante una jurisdicción que le es incómoda o más onerosa, hostil o que no le sea favorable; e) Consagrar la inversión de la carga probatoria en perjuicio del cliente o usuario (pág. 252).

Lo primero que se detecta en la cita es que el autor trae como ejemplo de cláusula abusiva, pactar un plazo más corto de prescripción. Sin embargo, en Colombia las normas relativas a la prescripción del contrato de seguro están estipuladas en el artículo 1081 del C de Co y son de orden público, lo que implica que no pueden ser modificadas por las partes de común acuerdo. Esta teoría se encuentra decantada por la jurisprudencia nacional que en un caso de seguros explicó lo siguiente:

Al respecto tiene dicho la Sala que “las disposiciones que gobiernan los fenómenos extintivos de esta naturaleza son normas de estricto carácter imperativo que no pueden ser modificadas por el acuerdo de las partes. Así, la Corte reconoce la esencia de orden público de las normas que fijan los plazos de prescripción, pues considera ‘que estos no pueden ampliarse ni reducirse por convenio particular tanto cuando se trata de adquisitiva, como de extintiva o liberatoria (...) Ese carácter de orden público impide, pues que, como sucede con las normas dispositivas, pueda estipularse en contrario, porque es evidente el interés del orden social en que este fenómeno sea controlado por la ley’ (G.J. T. CCVIII, p. 30). En el mismo sentido, la doctrina de vieja data ha logrado consenso casi unánime sobre la inadmisibilidad de los convenios que tengan como propósito la ampliación de los límites temporales fijados por la ley, lo cual se predica también de las causas de suspensión o interrupción de los términos de prescripción (CSJ Sentencia 00457-01, 2013).

Otra cláusula común en otros países como Venezuela, es el pacto relativo a que la prescripción se interrumpa con la notificación del auto admisorio a la aseguradora y no con la presentación de la demanda (Villalobos & Aguirre, 2008, pág. 250). Esta estipulación, injustificada y adversa a los intereses de los beneficiarios del seguro, no

acorta el tiempo de prescripción, sino que alarga el momento en que dicho término deja de correr. No basta entonces al demandante incoar la acción contra la aseguradora para interrumpir el término de prescripción, sino que esto ocurre solo con la notificación de la demanda, lo que puede tardar mucho más tiempo y aumentar las posibilidades de que la prescripción se configure.

En Colombia, esta práctica tampoco es usual puesto que desde el derogado artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, hoy artículo 94 del Código General del Proceso, vigente en la actualidad, el legislador consideró que la “presentación de la demanda interrumpe el término de prescripción e impide que se produzca la caducidad”²⁹. Esta norma tampoco puede ser derogada por acuerdo entre las partes porque es una norma de procedimiento y por tanto de derecho público, que no puede ser modificada por convenios particulares según el artículo 13 del Código General del Proceso.

Es por ello que en Colombia las aseguradoras no suelen pactar términos de prescripción más cortos a los establecidos en el artículo 1081 del C de Co, o parámetros diferentes para su cómputo, sino que usan otro tipo de maniobras para lograr la prescripción de las acciones en su contra. Sus prácticas se enmarcan en las descritas en el ordinal “b” que refiere Rubén Stiglitz (citado por Villalobos & Aguirre, 2008), que exige a los tomadores cargas formales para el reclamo de la indemnización, cuyo trámite demora mucho más que el término de prescripción en materia de seguros, de modo que, cuando logran cumplir todos los requisitos exigidos por las aseguradoras para hacer la reclamación, la acción ha prescrito.

Un ejemplo de común ocurrencia en Colombia es el dirimido por un Tribunal de Arbitramento, en el que un seguro de responsabilidad por daños a terceros en actividades de vigilancia y celaduría, se estipuló por la aseguradora que la prueba del siniestro sería la

²⁹ Es de resaltar que en materia de interrupción a la prescripción en Colombia, la notificación del auto admisorio de la demanda es parámetro para interrumpir la prescripción únicamente cuando no se ha efectuado esta carga por un lapso superior a un año.

sentencia ejecutoriada que declarara la responsabilidad de la empresa asegurada. A raíz de los daños sufridos por un tercero, causados por un disparo efectuado por un vigilante en el centro comercial Imbanaco en Cali, se efectuó la reclamación del seguro cumpliendo con el requisito de llevar la sentencia ejecutoriada que declarara la responsabilidad de la empresa en los hechos, pero el pago de la indemnización fue negado porque las acciones derivadas del contrato de seguro habían prescrito (Jaramillo, 2013, págs. 625-646).

Aunque el autor estudia el laudo arbitral desde el punto de vista de la doctrina de los actos propios, y en el mismo sentido se argumenta por el órgano colegiado decisorio para negar la excepción de prescripción, lo cierto es que también se está frente a una típica cláusula abusiva, pues causa un desequilibrio probatorio injustificado en perjuicio del beneficiario del seguro. En otro caso similar estudiado por la Corte Suprema de Justicia, citada por Rengifo (2002), el alto tribunal destacó lo siguiente:

En sentencia del 2 de febrero de 2001, la Corte Suprema de Justicia afrontó con ponderación el estudio de la presencia de una cláusula abusiva en un contrato de seguro de cumplimiento consistente en la limitación que desde el punto de vista probatorio la compañía le imponía al asegurado para acreditar la ocurrencia del siniestro y, en consecuencia, pagar o satisfacer la prestación asegurada". En efecto, la cláusula supeditaba el pago de la indemnización a cargo de la aseguradora después de la ejecutoria del fallo judicial, administrativo o laudo arbitral, a elección del beneficiario, que declarara el incumplimiento y además, después de que la compañía recibiese la comunicación escrita del beneficiario en la que éste exigía el pago, acompañada de una copia auténtica del respectivo fallo (pág. 302).

Se trata de una restricción contractual, que trasgrede el principio de libertad probatoria, y que impone una carga excesiva al tomador, que se ve obligado a adelantar un proceso judicial para obtener una sentencia, que sería la única prueba del siniestro admitida por la aseguradora, con el agravante que el tiempo que transcurre mientras el beneficiario de la póliza consigue el fallo judicial es suficiente para que prescriban las acciones derivadas del contrato de seguro. Rengifo cita a la Corte Suprema de Justicia:

La acreditación extrajudicial del siniestro ante la aseguradora no podía limitársele a la sociedad beneficiaria mediante estipulación contenida en las condiciones generales del seguro de cumplimiento que hubo de tomar la sociedad demandada, dado que esa disposición negocial es abusiva; entendiendo la Corte por cláusula abusiva aquella que "favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente (Rengifo, 2002, pág. 302).

Otra forma de las aseguradoras de abusar de su posición dominante es estableciendo parámetros restringidos para definir el daño cubierto. Es el caso de la destrucción total de vehículos, que aparentemente está cubierta pero que a través de una cláusula definitoria la aseguradora convierte este siniestro en un evento tan improbable que en realidad no va a cubrir, como cuando fija como pérdida total de un vehículo el hecho de que su valor después del accidente sea inferior al 20% del precio del vehículo en el mercado. El ejemplo es ilustrado por Shina (2014) que describe el siguiente caso:

Es obvio que al *seleccionar*, como base de cálculo del rubro destrucción total el precio de realización de saldo de vehículo, y fijar el piso en el 20% de ese valor, le da como resultado una bajísima probabilidad estadística de ocurrencia. Es decir, ésta es una "selección a conveniencia" del asegurador que resulta inconveniente para el asegurado, al punto de generar o profundizar el desequilibrio negocial de las partes.

Está demostrado estadísticamente que es casi imposible que luego de un siniestro, el valor de la unidad accidentada sea inferior al 20% de su precio en plaza. Ese cálculo estadístico, que obviamente es perfectamente conocido por la aseguradora demandada, hace que las probabilidades de verificación de un DT (destrucción total) sean bajísimas. Ergo, en los hechos ofrece y vende un producto que de antemano sabe que no va a entregar. Como ya fuera dicho, el asegurador se desobliga en el mismo momento en que percibe el premio de esa cobertura que jamás va a cubrir (pág. 394).

Con este tipo de definiciones de los siniestros, las aseguradoras desnaturalizan el objeto del contrato, pues cubren los riesgos de manera aparente porque, al definirlos de forma tan restrictiva, nunca se presentan exactamente del modo como lo define la compañía, lo que produce un desequilibrio contractual y defrauda las expectativas legítimas del contratante.

Con el objeto de proteger al consumidor financiero, se ha tratado de controlar el uso de las cláusulas abusivas en los contratos en diferentes frentes, empezando por la prevención general que hace el legislador. También se han creado controles administrativos por los entes de vigilancia y, por último, el control posterior que efectúan los jueces en casos concretos.

Siguiendo a Echeverri, se presenta una clasificación del control, entre cuyos puntos se distingue el control administrativo, legislativo y judicial. El primero lo relaciona con el efectuado por los órganos ejecutivos, como por ejemplo las superintendencias que tienen el deber de estudiar las cláusulas generales usadas por las entidades financieras y aseguradoras, entre otras, y aprobar dichos formatos; el control legislativo consiste en definir las cláusulas abusivas y prohibir su uso; y el control judicial, siempre posterior, consiste en determinar si hubo incumplimiento de las disposiciones del legislador y los órganos de control e imponer las sanciones del caso (Echeverri, 2011, págs. 137-138).

El control legislativo consiste en establecer una lista de cláusulas que, dependiendo de su efecto, han sido denominadas por la doctrina como listas blancas, grises o negras. Son blancas las que solo mencionan las cláusulas que en un determinado escenario y analizando cada caso concreto podrían ser abusivas; las segundas, es decir las grises, son las que, además de la lista, se incluye una presunción de que estas son abusivas; y las negras son las que prohíben el uso de las cláusulas contenidas en la lista (Gual, 2008, págs. 26-28).

En Chile, por ejemplo, el control legislativo consiste en un sistema de listas negras en el que se prohíbe un catálogo de cláusulas no permitidas (Baraona, 2014, pág. 390); que, en palabras de Díaz, implica una presunción de derecho que no admite prueba en contrario (Díaz, 2012, pág. 159).

Este sistema de listas negras tiene varios inconvenientes que influyen en la eficacia del control: en primer lugar, por la variada dinámica contractual es imposible que una lista contenga todas las posibles cláusulas abusivas presentes en todos los contratos de

adhesión, de modo que, si el sistema se entiende como un compendio taxativo, no se estaría protegiendo al consumidor del abuso de la posición dominante respecto de determinadas cláusulas enlistadas en la norma, sino que se le estaría desprotegiendo respecto de todas las demás disposiciones leoninas o vejatorias que puedan contener las disposiciones generales de un contrato; pues la taxatividad implica la permisión de cualquier otra cláusula no incluida del listado, aunque ésta resulte leonina.

El otro problema es que se crea un sistema estático e inflexible que no comulga con las relaciones mercantiles que regula, que se caracterizan por ser dinámicas y cambiantes, de modo que es preferible tener un control legal mixto que prohíba expresamente una lista de cláusulas abusivas, las más usadas, pero que no sea taxativo o restringido, sino que le permita al intérprete en el control judicial posterior, con unos parámetros generales establecidos por el legislador, establecer si una cláusula es o no abusiva en cada caso específico. En palabras de Pizarro (2004):

Es insuficiente la propuesta de listas de cláusulas prohibidas por no contemplar una cláusula general que pueda subsumir aquellas estipulaciones abusivas que vaya creando el tráfico mercantil y que reconozca una labor activa a los tribunales en el control de dichas nuevas cláusulas abusivas.

El sistema de listas prohibidas va indisolublemente unido a una cláusula general como la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones que posea una aplicación en defecto de la enumeración prevista en la lista negra. De esta manera se permite anticipar un mecanismo de control de cláusulas abusivas que vayan surgiendo en el tiempo. Lo contrario implica una rigidez del sistema de protección que dará lugar, con el tiempo, a un modelo anquilosado. Es la cláusula general la que otorga flexibilidad y perdurabilidad al modelo de control de las listas, ya que permite a los tribunales ir respondiendo a la necesaria protección del adherente (Pizarro, 2004).

En Colombia, el legislador consagró una lista negra del cláusulas abusivas, y a la vez estableció una cláusula general en el literal c) del artículo 11 del Estatuto del Consumidor Financiero (Ley 1328, 2009), en donde destaca que es abusiva cualquier cláusula que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas

derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.

Por su parte la Superintendencia Financiera en la circular 039 de 2011 expresamente advirtió que: “se establecen las cláusulas que de acuerdo con la ley se consideran abusivas, señalando para mayor ilustración y claridad algunos ejemplos de las mismas, razón por la cual los eventos citados son de carácter ilustrativo y no comprenden todos los casos que pueden presentarse en la dinámica contractual.”

De lo anterior se desprende que en Colombia existe un sistema de control mixto compuesto por listas negras en donde se cataloga una serie de cláusulas como abusivas y se prohíbe de plano su uso; pero dicha enumeración no es taxativa sino meramente ilustrativa, permitiendo, a través de unos parámetros dados por la misma ley, identificar en cada caso la existencia de otras cláusulas abusivas aunque no estén expresamente contempladas en el lista.

Como vimos hasta este punto, en materia de seguros, la forma de establecer cláusulas abusivas no es tan simple que puedan encajar fácilmente en la lista negra que trae el legislador o el órgano de control. Se trata de elaborados postulados que son inofensivos a simple vista y solo al aplicar su contenido en la práctica se ve su efecto leonino. Es por ello que el control mixto que contiene la normativa colombiana es acertada, pues desde la practica el ente administrativo detecta las cláusulas abusivas e integra periódicamente con ellas una lista negra que sirva como herramienta, pero siempre con la flexibilidad que permita establecer cláusulas nuevas que en casos particulares sean vejatorias.

Conclusiones parciales capítulo 3

El deber de información, el deber de coherencia y las cláusulas abusivas son categorías teóricas que emanan del principio de la buena fe en su dimensión objetiva, se trata de deberes de conducta exigibles a las aseguradoras en el contrato de seguro amén que

también este extremo contractual tiene un deber de probidad y lealtad para con el tomador en todas las etapas del contrato.

Sin embargo; no basta con que esas conductas sean exigidas de manera abstracta a las aseguradoras, sino que es necesario traducirlas a prohibiciones concretas, así como la ubérrima buena fe del tomador se representa en la exigencia de la sinceridad al momento de declarar el estado del riesgo, a la aseguradora debe exigírsele una serie de comportamientos ajustados a este postulado.

Es por ello que resulta valioso el papel de la doctrina que desde tiempo atrás ha tratado de establecer unos ejemplos o parámetros de exigencias específicas a las aseguradoras, como es el caso de Ruben Stiglitz y Andres Ordoñez referenciados en este capítulo; esos avances doctrinales han generado que también el legislador se haya preocupado por regular de manera profunda el tema, lo que en Colombia inició con la ley 1328 de 2009 y se desarrolló con la completa regulación que ha hecho la Superintendencia Financiera por mandato que le hiciera el propio legislador en la mencionada normativa.

El máximo órgano de control y vigilancia ha realizado importantes esfuerzos por detectar y normativizar conductas precisas y establecer las prohibiciones del caso amparado por el legislador que en la ley 1328 de 2009 estableció una especie de tipos abiertos, incorporando en la norma todas las prohibiciones y deberes que determine a futuro la Superintendencia Financiera (literal u) del artículo 7; literal e) del artículo 11 y literal d) del artículo 12); papel que ha cumplido el ente administrativo al expedir variadas instrucciones administrativas al respecto y que fueron tratadas en este capítulo.

Este incremento normativo que es relativamente reciente, entendiendo que ha surgido con mayor énfasis en la última década, da cuenta de la necesidad de compensar al consumidor financiero de una regulación que ha sido desigual, para el caso del contrato de seguro, por ejemplo, el deber de información y la buena fe que debe exigírsele al tomador ha tenido un vasto desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial que viene de vieja data, desde la expedición misma del código de comercio con el artículo 1058, de modo

que resulta positivo que se reconozca la necesidad de equilibrar entre ambas partes los deberes mutuos de actuar con buena fe.

No obstante lo anterior, aunque los pasos dados en materia del deber de información han sido importantes, falta un camino por recorrer especialmente en lo atinente a los canales a través de los cuales las aseguradoras deben impartir esa información, a mi juicio no es suficiente con que se haga por canales virtuales, sino que debería exigirse que la información fuera expresa y directa.

Tal vez los pasos más significativos que aún faltan son en el ámbito de las sanciones, la protección efectiva del tomador y del asegurado se vería reflejada realmente si las omisiones al deber de información tuvieran consecuencias contractuales, pero al quedarse en el plano administrativo, cumplen solo la función de prevención general pero no son representativas para quien se vio afectado con la conducta del otro extremo contratante. No ocurre lo mismo con las cláusulas abusivas, pues en este caso el legislador previó expresamente una sanción de orden contractual al estipular en el párrafo del artículo 11 de la ley 1238 de 2009, que dichas cláusulas se tendrán por no escritas.

CONCLUSIONES FINALES

El tratamiento que se le ha dado tradicionalmente a la ubérrima buena fe en el contrato de seguro ha sido desigual, pues se ha desarrollado con mucha más fuerza esta especial exigencia respecto del tomador, en comparación con la forma en que se ha abordado respecto a las compañías de seguros, sin que para ello haya una justificación teórica clara, aunque puede haber razones de orden económico y político, pues las aseguradoras hacen parte de un pequeño grupo en la sociedad, encargados de definir los riesgos, su peligrosidad, quien los genera, quienes son los potencialmente afectados, sus causas, dimensiones, actores; definen la compensación para los afectados. Ese poder de definición se traduce en un control de las instituciones y de la sociedad misma a cambio de ofrecer algo de certidumbre frente a los peligros en muchos casos prefabricados (Beck, *la sociedad del riesgo global*, 2002, págs. 237-238).

En Colombia, solo de manera reciente ha habido un interés por equilibrar la regulación estableciendo una serie de exigencias a las aseguradoras, enmarcadas en el ámbito de la buena fe, lo que ha significado un gran avance, pero las desigualdades subsisten sobre todo en materia de sanciones.

Según algunos autores, ello se debe a que la Compañía de seguros queda a merced de lo que a bien tenga informar el tomador sobre el estado del riesgo que la aseguradora asume (Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros N° 1 “Cuestiones generales y caracteres del contrato*, 2001, pág. 103).

Además, por la asimetría entre el valor de la prima y el monto de la indemnización, fue necesario que el legislador y la jurisprudencia desarrollaran el concepto y la aplicación

de la buena fe respecto del tomador, pues dicha herramienta permite varias exigencias centradas en el deber de información del tomador para evitar que este tenga un provecho inadecuado de la ventaja económica que tendría el asegurado en caso de que ocurra el siniestro. Sin embargo, aunque no se desconoce que hay razones para exigir la buena fe al tomador, lo cierto es que también hay múltiples razones para dar el mismo tratamiento a las aseguradoras.

Ciertamente, hay varias asimetrías contractuales que ponen en desventaja al tomador de la póliza respecto al empresario, justificando igual trato en el marco de la especial exigencia de la buena fe contractual en materia de seguros.

En primer lugar, el contrato de seguro es un contrato de consumo en el que el tomador es el consumidor y la aseguradora es el empresario, de modo que surge entre ellos una relación contractual en la cual una de las partes, la aseguradora, tiene una posición dominante que se manifiesta en la redacción y diseño de las condiciones contractuales, con el agravante de que se trata de un tipo de contrato con una técnica jurídica compleja, ampliamente conocida por la aseguradora, que el tomador generalmente ignora.

Otro aspecto que afecta el equilibrio contractual respecto al tomador o asegurado, es la naturaleza aleatoria del negocio, pues, mientras que este siempre tendrá que asumir su obligación consistente en el pago de la prima, la obligación de la aseguradora surge solo si ocurre el siniestro, hecho este que depende, en principio, del azar, pero en realidad obedece en gran medida a las condiciones contractuales que ella misma diseña, pues recuérdese que es la aseguradora quien define lo que se entenderá por siniestro y en qué circunstancias debe ocurrir este para proceder al pago.

Desde ese punto de vista, la exigencia especial de buena fe para las aseguradoras debe estar encaminada a evitar que las compañías pretendan librarse del eventual pago de la indemnización, valiéndose de maniobras contractuales para tratar de disminuir a cero la probabilidad de que ocurra el siniestro en los términos establecidos, pues, de este modo,

están eliminando el azar, que es pieza esencial de este tipo de contratos y constituye la base de las exigencias para el tomador.

Luego, se hace palpable que en el contrato de seguro, así como existe un desequilibrio que afecta a la aseguradora y que obligó al legislador, en su momento, a tomar medidas para enfatizar en la exigencia de buena fe al tomador o asegurado, también se dan desequilibrios, tratados en el primer capítulo de este trabajo, que afectan al tomador y que justifican un trato igualitario en la exigencia de ubérrima buena fe para ambas partes del contrato.

Recuérdese que una de las funciones de la buena fe es la de equilibrar las asimetrías entre los contratantes, de manera que debe usarse esta figura para nivelar las diferencias que afectan al tomador, a través de las múltiples aristas que derivan de este principio.

La doctrina es pionera y avanzada en la protección al asegurado, tomador o beneficiario del contrato de seguro. Y es en la academia donde inician los avances que a la postre se reflejan en la ley y en la jurisprudencia; en este tema se han desarrollado teorías que han significado el comienzo en el cambio del paradigma tradicional.

Es el caso del deber de información y de cómo este debe ser exigido a las aseguradoras para que lo ejerzan frente al tomador del contrato, hablándose incluso de un deber de asesoría de la compañía al contratante desprovisto de conocimientos técnicos sobre el punto. Este deber surge de la asimetría entre los contratantes respecto a los conocimientos técnicos sobre el tema y que fue tratado en el capítulo tres.

Se destaca también el desarrollo de la teoría del abuso de la posición dominante, en la que se reconoce un desequilibrio entre empresario y consumidor y se despliegan elementos para subsanarlo. Así mismo, la aparición del concepto de las cláusulas abusivas, cuyo perfeccionamiento teórico ha permitido reconocerlas, prevenirlas y prohibirlas. El principio de coherencia, que impone deberes de conducta invariables y consecuentes para no defraudar las expectativas legítimas de los contratantes; todos estos instrumentos

importantes han producido avances teóricos que de alguna manera se ven reflejados en lo legal y en la resolución de casos concretos.

En materia normativa la ley 1328 de 2009 significó el primer paso para un gran avance en la materia, estableció el deber de información de las entidad financieras y el correlativo derecho a la información de los consumidores financieros; estipuló las características que debe tener esa información y facultó a la Superintendencia Financiera para proferir instrucciones en la materia.

En lo referente a las cláusulas abusivas estableció de manera expresa su prohibición y previó como sanción su ineficacia; además de ello facultó al órgano de control para que estableciera un catálogo de cláusulas prohibidas por ser rubricadas, per se, como vejatorias.

En respuesta a estas facultades el ente administrativo ha efectuado un importante desarrollo en exigencias al deber de información y prohibición de cláusulas abusivas, a través de las circulares 038 de 2011, 049 y 050 de 2015, estableció deberes de información específicos para las aseguradoras y sus intermediarios, y a través de las circulares 039 de 2011 y la reciente circular 018 de 2016 (que aún no está vigente) estableció un completo catálogo de cláusulas abusivas prohibidas; dentro de las cuales ese plasman muchas especiales para las aseguradoras , tal como se vio en el desarrollo de este trabajo.

Sin embargo tales disposiciones no resultan suficientes, en primer lugar porque para el caso específico de la información que deben suministrar las aseguradoras, la circular 038 de 2011 dispone expresamente que esta debe proporcionarse “mediante la publicación en un vínculo destacado en la página de inicio de su sitio Web.” (Art. 9.8 circular 038 de 2011 Superintendencia Financiera), lo que no garantiza el recibo efectivo de esta información, ni mucho menos la comprensión de la misma por parte del consumidor, máxime si se tiene en cuenta que según las estadísticas oficiales la cobertura en internet está lejos de ser completa o siquiera aceptable.

En segundo orden, las sanciones previstas por la infracción a los deberes de información son de carácter administrativo y van desde la amonestación, multa, remoción de administradores, suspensión y cierre; así lo dispone el artículo 21 de la ley 1328 de 2009 que a su vez remite al artículo 208 del estatuto orgánico del sistema financiero; pero nótese que las sanciones no afectan en absoluto el contrato propiamente dicho, como si ocurre con la falta al deber de información por parte del tomador que tiene consecuencias de orden contractual pues generan la nulidad del acto jurídico y la pérdida de las primas pagadas.

La jurisprudencia colombiana, en materia de seguros y en particular en lo que se refiere a la protección del tomador, ha avanzado en algunos aspectos pero ha sido tímida en otros. En la Corte Suprema de Justicia son casi nulos, pues, según quedó demostrado, las sentencias a favor de los beneficiarios del contrato son en su mayoría aplicaciones de normas del Código de Comercio, especialmente del artículo 1058 que descarta la nulidad por reticencia cuando la aseguradora debía saber, o con un mínimo de diligencia debió conocer el dato omitido, pero ello no engendra grandes progresos teóricos; se pudo ver incluso que la Corte Suprema de Justicia ni siquiera utiliza los avances legales ya existentes en favor del consumidor, de modo que en lugar de conquistas ha provocado retrocesos.

En cambio la Corte Constitucional ha creado unas sub-reglas que han permitido una importante evolución hacia la protección de los derechos de los asegurados, entre ellas, i) los límites a las preexistencias en los seguros de salud; ii) límites a las objeciones para el pago que hacen las aseguradoras en los seguros de invalidez; iii) desconocimiento de los efectos jurídicos de la cláusulas compromisorias en procesos ejecutivos basados en pólizas.

En general, todos los precedentes de la Corte Constitucional analizados en el capítulo segundo de este trabajo constituyen escaladas importantes, dado que no se limitan a la aplicación taxativa de normas existentes, sino que con base en los principios dinamiza su interpretación generando un equilibrio entre los contratantes.

A nivel normativo ha habido un auge por regular las exigencias de buena fe a las aseguradoras en la última década, ello da cuenta de la necesidad de compensar al consumidor financiero de una regulación que ha sido desigual y los esfuerzos por cambiar la mentalidad de los entes vigilados desde el nivel legislativo como el administrativo son un paso valioso en el camino correcto.

TRABAJOS CITADOS

- Aguad, A., & Pizarro, C. (2010). El papel morigerador de la buena fe en la determinación del sujeto obligado. La técnica del levantamiento del velo societario y la doctrina de los actos propios. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, 197-205.
- Baraona, J. (2014). La regulación contenida en la ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, 41(2), 381-408.
- Barrientos, M. (2015). Nuevos deberes precontractuales de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 22(1), 65-104.
- Beck, U. (2002). *la sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.
- Beck, U. (2002). *La Sociedad del Riesgo Global*. Madrid: Siglo XXI .
- Bernal, M. (2008). El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra Factum Proprium. *Revista Colombiana de derecho Internacional*, N° 13, 291-321.
- Bernal, M. (2010). La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. *Vniversitas*, N° 120: enero-junio, 253-270.
- Boetsch, C. (2011). *La buena fe contractual*. Santiago de Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho .
- Bonorino, P. R., & Peña, J. I. (2008). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Borda, A. (1993). *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

- Carvajal, L. (2014). La buena fe mercantil en la tradición jurídica occidental. *Revista de estudios histórico-jurídicos No.36*.
- CC Sentencia C-232. (1997). *Sentencia C-232/97. Prevalencia del derecho sustancial*. MP: Jorge Arango Mejía. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- CC Sentencia T 136. (2013). *Sentencia T 136 del 13 de marzo*, MP: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional Colombia.
- CC Sentencia T-057. (1995). *Sentencia T-057 del 20 de febrero*, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- CC Sentencia T-1091. (2005). *Sentencia T-1091 del 26 de octubre*, MP: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- CC Sentencia T-118. (2000). *Sentencia del 10 de febrero de 2000*, MP: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- CC Sentencia T-222. (2014). *Sentencia T-222 del 2 de abril*, MP: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- CC Sentencia T-490. (2009). *Sentencia T-490 del 23 de julio*, MP: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- CC Sentencia T-662. (2013). *Sentencia T-662 del 23 de septiembre*, MP: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- CC Sentencia T-738. (2011). *Sentencia T-738 del 30 de abril*, MP: Mauricio González Cuervo. Bogotá: Gaceta de la Corte Constitucional de Colombia.
- Chinchilla, C. A. (2011). El deber de información contractual y sus límites. *Revista de Derecho Privado N° 21. Julio–Diciembre* , 327-350.
- Circular básica jurídica 029. (2014). *Instrucciones generales relativas a las operaciones de las entidades aseguradoras, capitalización e intermediarios de seguros*. Superintendencia Financiera de Colombia.
- Circular externa 018. (2016). *Modificación del numeral 6 del Capítulo I, Título III, Parte I de la Circular Básica Jurídica – Cláusulas y Prácticas Abusivas*. Superintendencia Financiera de Colombia.

- Circular externa 038. (2011). *Por medio de la cual se emiten instrucciones sobre la información a los consumidores financieros*. Superintendencia Financiera de Colombia.
- Circular externa 039 . (2011). *Por medio de la cual se emiten instrucciones sobre cláusulas y prácticas abusivas*. Superintendencia Financiera de Colombia.
- Circular externa 049. (2015). *Por medio de la cual se emiten Instrucciones relacionadas con la comercialización de productos y servicios a través de uso de red de las entidades vigiladas autorizadas*. Superintendencia Financiera de Colombia.
- Circular externa 050. (2015). *Por medio de la cual se imparten instrucciones sobre los requisitos de idoneidad para la intermediación de seguros, el deber de información frente a los consumidores de seguros y el Sistema Unificado de Consulta de Intermediarios de Seguros*. . Superintendencia Financiera de Colombia.
- CP. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.
- CSJ 5670. (2001). *Sentencia 5670, devolución del precio pagado, MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, sala de casación civil.
- CSJ Sentencia 00359 01. (2007). *Expediente N° 05001 31 03 002 1999 00359 01. Sentencia del 6 de julio de 2007. MP: César Julio Valencia Copete*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 00457-01. (2013). *Sentencia del 4 de abril, Expediente: 00457-01, MP: Fernando Giraldo Gutierrez*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 01177-00. (2006). *Expediente No. 01177-00, Sentencia del Catorce de julio de dos mil seis. MP: Silvio Fernando Trejos Bueno*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 05001. (2010). *Expediente 05001-3103-001-2003-00400-01. Sentencia del primero de septiembre de dos mil diez, MP: Edgardo Villamil Portilla*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 050013. (2005). *Expediente C-0500131860041998-00174-01, Sentencia del siete de julio de dos mil cinco. MP: Jaime Alberto Arrubla Paucar*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.

- CSJ Sentencia 08001. (2007). *Expediente N°. 08001-3103-004-2000-00326-01, Sentencia del ocho de agosto de dos mil siete. Magistrado Ponente. César Julio Valencia Copete.* Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 17380. (2006). *Expediente N° 17380-31-03-002-1998-00382-01, Sentencia del dieciocho de diciembre de dos mil seis. MP César Julio Valencia Copete.* Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 2002-00373-01. (2008). *Expediente 2002-00373-01. Sentencia del veinticinco de enero de dos mil ocho. MP: Ruth Marina Díaz Rueda.* Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 5427. (2000). *Expediente No. 5427. Sentencia del once de mayo de dos mil, MP: Nicolás Bechara Simancas.* Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 5858. (2001). *Expediente No. 5858. Sentencia del Cuatro de abril de dos mil uno. MP: Nicolas Bechara Simancas.* Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 5952. (2001). *Expediente No. 5952, sentencia del catorce de diciembre de dos mil uno. MP: Jorge Antonio Castillo Rugeles.* Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 6146. (2001). *Expediente No. 6146. Sentencia del dos de agosto de dos mil uno. MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.* Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 6806. (2003). *Expediente No. 6806. Sentencia del dieciocho de febrero de dos mil tres. MP: José Fernando Ramírez Gómez.* Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia 7011. (2002). *Expediente No. 7011, 12 de septiembre, MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.* Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, sala de casación civil.
- CSJ Sentencia 76001. (2011). *Sentencia del 28 de noviembre de 2011. Expediente 76001-3103-015-2005-00099-01. MP: Arturo Solarte Rodríguez.* Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.

- CSJ Sentencia 7903. (2005). *Expediente No. 7903. Sentencia del doce de agosto de dos mil cinco*. MP: *Edgardo Villamil Portilla*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- CSJ Sentencia S-002-2001 [5670]. (2001). *Expediente S-002-2001 [5670]. Sentencia del veintisiete (27) agosto de dos mil ocho (2008)*. MP: *William Namén Vargas*. Bogotá: Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil.
- De la Maza, I. (2011). La distribución del riesgo y la buena fe. A propósito del error, el dolo y los deberes precontractuales de información. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVII, 115-135.
- Decreto 034 . (2015). *Por el cual se modifica el Decreto 2555 de 2010 en lo relacionado con la prestación de servicios financieros a través de corresponsales y se dictan otras disposiciones*. Presidencia de la República: Diario Oficial 49394 de enero 14.
- Decreto 2555. (2010). *Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones*. Presidencia de la República: Diario oficial 47.771 de julio 15.
- Decreto 410. (1971). *Código de Comercio*. Presidente de la República de Colombia: Diario Oficial.
- Decreto 663. (1993). *Por el cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración (Modificado por el Decreto 2359 de 1993, Modificado por el Decreto 1577 de 2002, Modificado por los Decretos 206, 288 de 2004)*. Presidente de la República de Colombia: Diario Oficial N° 40.820 de fecha abril 5.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2016). *Ministerio de las tecnologías de la información y las comunicaciones*. Recuperado el 21 de Julio de 2016, de www.colombiatic.mintic.gov.co
- Díaz, I. (2012). Límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, N° 23, julio - diciembre, 127-178.
- Echeverri, M. (2010). Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión. *Opinión Jurídica*, Vol. 9, N°17, 2011, enero-Julio, 127-144.

- Echeverri, M. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10(20), 125-144.
- Ferrari, V. (2012). *Derecho y Sociedad. Elementos de Sociología del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Galgano, F. (1992). *El negocio jurídico*. Valencia (Es.): Tirant Lo Blanch.
- Granados, J. I. (2013). Las Declaraciones Publicitarias y la Integración de las Obligaciones que de ellas Emanan al Contenido del Contrato con el Consumidor . *Revista E-mercatoria* 12(1), 1-48.
- Gual, J. (2008). Cláusulas restrictivas de responsabilidad. Observaciones al régimen vigente y propuestas de reforma. *Revista Civilizar* 8(15) julio–diciembre.
- Isaza, F. (2011). *Historia legal del seguro en Colombia análisis normativo del sector asegurador*. Bogotá: Fasecolda.
- Jaramillo, C. I. (2009). *Estudios de derecho privado. La doctrina de los actos propios y su proyección en la esfera del derecho de los contratos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Jaramillo, C. I. (2013). *Derecho de seguros. El contrato de seguro. Teoría general del contrato, Tomo II*. Bogotá: Temis.
- Jaramillo, C. I. (2014). *Interpretación, calificación e integración del contrato*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Koteich, M., Neme, M. L., & Cortés, E. (2005). Formalismo negocial romano y neoformalismo. *Revista de Derecho Privado* N° 5, 129-174.
- Laguado, C. A. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Vniversitas*, núm. 105, junio, 231- 251.
- Largo, A. (2012). *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea (tesis laureada)*. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Ley 1328. (2009). *Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones*. Congreso de Colombia: Diario Oficial 47.411 de julio 15.

- Ley 1328. (2009). *Por medio de la cual se expide el Régimen de Protección del Consumidor Financiero*. El Congreso de Colombia: Diario Oficial No. 47.411 de 15 de julio .
- Ley 142. (1994). *Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*. El Congreso de Colombia: Diario Oficial 41.433 del 11 de julio.
- Ley 1480. (2011). *Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*. Congreso de la República: Diario Oficial 48220 de octubre 12.
- Ley 16879-Uruguay. (1997). *Apruébase la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*. Congreso de Uruguay: Diario Oficial N° 24902 del 03/11/1997.
- Ley 57. (1887). *Código Civil. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución. Sancionado el 26 de mayo de 1873*. El Congreso de Colombia.
- López, D. E. (2006). *Interpretación Consistucional*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- López, M. J. (2009). La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación. *Vniversitas* N° 119, julio-diciembre, 189-222.
- Mans Puigarnau, J. (1947). *Los principios generales del derecho*. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- Monsalve, V. (2008). La Buena fe como Fundamento de los Deberes Precontractuales de Conducta: una Doctrina Europea en Construcción. *Revista de Derecho* N° 30. *Universidad del Norte Barranquilla*, 30-74.
- Monsalve, V. (2012). La responsabilidad precontractual por violación de la obligación de información en la nueva ley de protección al consumidor. *Vniversitas* N° 125, 219-255.
- Monsalve, V., & Rodado, D. P. (2011). La integración de la buena fe objetiva en la etapa de formación de los contratos de consumo. *Revista Vniversitas* 122 , 483-518.
- Neme, M. L. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de derecho privado* N° 11, 79-125.

- Neme, M. L. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado Externado* 17, 45-76.
- Neme, M. L. (2010). *La buena fe en el Derecho Romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ordóñez, A. (2001). *Lecciones de Derecho de Seguros N° 1 "Cuestiones generales y caracteres del contrato"*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ordoñez, A. (2005). Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro y especialmente el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro. *Revista de Derecho Privado* N° 9, 75-114.
- Ordoñez, A. (2008). *El Contrato de Seguro*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ordoñez, A. (2008). *Lecciones de Seguros N° 3. Elementos Esenciales, partes y carácter indemnizatorio del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ordoñez, A. (2012). *Estudios de Seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ordoñez, A. (2014). Las nuevas tendencias del derecho de seguros en las legislaciones más recientes de los países latinoamericanos. *Revista de Derecho Privado*, N° 26, enero -junio, 305-349.
- Ordóñez, A., Jaramillo, C. I., & Barrera, C. D. (2012). Pasado, presente y futuro de la regulación del contrato de seguro en el código de comercio colombiano de 1971. *Revista E-mercatoria* 11(1). <http://revistas.uexternado.edu.co/index>.
- Ordoqui, G. (2012). *Buena fe contractual*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Ossa, E. (1991). *Teoría General del Seguro, t.2: El Contrato*. Bogotá: Temis.
- Padilla, R. A. (2013). Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, 197-205.
- Palacio Sánchez, F. (2007). *Seguros, temas esenciales*. Bogotá: Universidad de la Sabana.
- Parra, J. (2009). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

- Pizarro, C. (2004). La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. *Revista Estudios Socio-Jurídicos* 6(2) julio-diciembre.
- Rengifo, E. (2002). *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Bogotá: Sigma Editores y Universidad Externado de Colombia.
- Salah, M. A. (2008). La doctrina de los actos propios y de la protección a la apariencia, una mirada comparativa. *Revista del Magister y Doctorado en derecho* N° 2, 189-202.
- Scognamiglio, C. (2008). Contratos de empresa y voluntad de los contratantes. *Revista de Derecho Privado* N° 15, 27-40.
- Shina, F. (2014). *Daños al consumidor*. Bogotá: Astrea y Universidad de la Sabana.
- Solarte, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta. *Vniversitas* N° 108, 281-315.
- Tamayo, A. (1979). *Manual de obligaciones, teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Bogotá: Editorial Derecho y Ley.
- Valdés, C. (2012). Apuntes sobre Alea y condición en los negocios jurídicos contractuales. En L. B. Gallardo, *Contratos Aleatorios* (págs. 17- 32). Bogotá: Temis.
- Valenzuela, G. (2011). *Módulo de Derecho de Seguros. Plan Nacional de formación judicial*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Villalba Cuellar, J. C. (2011). Los Contratos de Consumo en el Derecho Colombiano y el Derecho Comparado. *Revista Facultad de Ciencias Económicas: Investigación y Reflexión* 19(2), 171-195.
- Villalobos, F., & Aguirre, A. (2008). Las cláusulas abusivas en el Contrato de Seguro. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, 10(2), mayo-agosto, 237-261.
- Zornosa, H. E. (2012). *Escritos Sobre Riesgos y Seguros*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.