

Esta obra colectiva es el resultado de un proyecto investigativo que nació con el propósito de rendir homenaje al profesor emérito Andrés Eloy Ordóñez Ordóñez, quien contribuyó significativamente al estudio riguroso del derecho de seguros en Colombia y en el exterior. El legado del profesor Ordóñez trasciende la academia, en la cual es reconocido como uno de los doctrinantes más influyentes del derecho de seguros, y el sector asegurador, donde el ejercicio activo de la abogacía le permitió participar en los asuntos que marcaron la evolución del derecho de seguros en el país.

En los trece trabajos que se presentan aquí se abordan diferentes temáticas que contribuirán al análisis y estudio de los problemas que en la actualidad enfrenta el derecho de seguros: la reciente jurisprudencia constitucional sobre el régimen de declaración del estado del riesgo; antecedentes del contrato de seguros; responsabilidad en materia ambiental y el seguro de responsabilidad; seguros en el transporte de mercancías y su logística; ley aplicable al fondo de la disputa en el arbitramento internacional; el seguro de cumplimiento en Colombia; el litisconsorcio en la acción directa del seguro de responsabilidad civil; incidencia de los seguros en los procesos de responsabilidad fiscal; introducción a la banca-seguros en el derecho colombiano; aspectos internacionales del contrato de seguro; el principio de indemnización en el contrato de reaseguro; la necesidad de reforma del título V del libro IV del Código de Comercio y el arbitraje de seguros y reaseguros.

ISBN: 978-958-790-052-1



Estudios sobre **DERECHO DE SEGUROS**

Homenaje al profesor
Andrés Eloy Ordóñez Ordóñez

Saúl Sotomonte S.
Tatiana Gaona Corredor
Editores

RAFAEL ALBERTO ARIZA VESGA *

*Comentarios a la reciente jurisprudencia constitucional
sobre el régimen de declaración del estado del riesgo
en el derecho de seguros colombiano*

Introducción. I. Posición tradicional sobre el tratamiento de la reticencia y la inexactitud en el contrato de seguro. A. El deber de declarar sinceramente el "estado del riesgo" en el contrato de seguros constituye una aplicación del principio de buena fe objetiva en materia contractual. B. El artículo 1058 del Código de Comercio contiene un régimen especial de vicios de la voluntad (del consentimiento) frente al previsto para los negocios jurídicos en general.

1. Se considera vicio el error de hecho determinante no solo de la celebración del contrato, sino también de la celebración del contrato en otros términos.
2. Se sanciona el dolo incidental (o eventual) y no solo el principal.
3. El dolo en materia de seguros no sólo se sanciona por intención positiva maliciosa del asegurando, sino también por omisión en la entrega de información relevante. El dolo por reticencia.
4. Se establece una sanción menos gravosa para la parte asegurada cuando su reticencia o inexactitud no están precedidas de cuestionario e incurrir en error inculparable.
5. Las sanciones por reticencia o inexactitud del artículo 1058 del Código de Comercio dejan de operar cuando el asegurador ha conocido los hechos sobre los que versan e, igualmente, cuando ha debido conocerlos (diligencia profesional).
6. La ausencia de necesidad de que exista vinculación entre las causas que determinaron el siniestro y los aspectos sobre los que versó la reticencia o inexactitud al momento de celebrar el contrato de seguro.

II. La posición expresada por la Corte Constitucional en reciente jurisprudencia y la ruptura realizada frente a la visión tradicional de los vicios de la voluntad en materia de derecho de seguros. Conclusiones. Bibliografía

RESUMEN

Es notoria la diferencia conceptual entre el actual criterio de la Corte Constitucional respecto del artículo 1058 del Código de Comercio, la visión que de él ha defendido la Corte Suprema de Justicia, la de la propia Corte Constitucional en decisiones anteriores y la doctrina más aceptada en Colombia. Para brindar protección a sujetos en estado de vulnerabilidad, se introdujo en el contexto nacional un contenido normativo extraño y no previsto entre nosotros.

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana, magister en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia, profesor de Derecho de Seguros en posgrado de las universidades Externado, Nacional de Colombia, de la Sabana, Libre y del Norte. Contacto: rafaelariza@arizaygomez.com.

Se procura demostrar la confusión conceptual en la jurisprudencia de la Corte, así como el grave desconocimiento de la legislación que ya se había declarado exequible.

Palabras clave: reticencia, preexistencia, dolo, buena fe, mala fe, nulidad.

Comments to the recent constitutional jurisprudence
on the declaration of the state of risk
in the Colombian insurance law

ABSTRACT

The Constitutional Court's current position on article 1058 of the Commercial Code is clearly different from the view advocated by the Supreme Court of Justice, the Constitutional Court itself in previous decisions, and the most accepted doctrine in Colombia. To provide protection to subjects in a state of vulnerability, a strange and unforeseen normative content was introduced in the national context. This article pretends to demonstrate the conceptual confusion in the jurisprudence of the Court, as well as the serious lack of knowledge of the legislation that had already been declared as constitutional.

Keywords: reluctance, preexistence, dolus, good faith, bad faith, nullity.

INTRODUCCIÓN

Muchos y sustanciales han sido los cambios que ha determinado en nuestro derecho la promulgación de la Carta Política de 1991 y, sin temor a equivocarnos, mayores aun los que ha significado la interpretación que de ella ha hecho hasta nuestros días la Corte Constitucional, su guardián por definición. Ello resulta innegable y palpable en el ámbito colombiano en diferentes áreas de la ciencia jurídica, destacando —para efectos de este estudio— la del derecho de los seguros. Quienes hemos tenido contacto con la actividad aseguradora en el ámbito patrio, bien desde el lado de los aseguradores, de los asegurados o de la academia, hemos sentido tales cambios en aspectos tan sensibles como la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad privada y su aplicación en materia de la selección de los riesgos¹, en los alcances de considerar la actividad aseguradora como de interés público y su incidencia, entre otros, en la imposición de cargas o erogaciones para la acreditación del siniestro no previstas por el legislador². La constante es que ante la tensión que pueda existir entre la protección de los derechos fundamentales de los asegurados o beneficiarios e instituciones de raigambre legal, estas últimas ceden o son aplicadas con gran flexibilidad en la decisión de los diferentes casos que se someten a la decisión de la jurisdicción constitucional.

No se puede desconocer que dentro de la concepción de un Estado social de derecho³ las instituciones que pertenecen a las diferentes ramas del poder

¹ En ese sentido, véanse, entre otras, las sentencias T-1165 de 2001, MP Alfredo Beltrán Sierra, T-517 de 2006, MP Marco Gerardo Monroy y T-400 de 2017, MP Alberto Rojas Ríos.

2 Véase, entre otras, la sentencia T-322 de 2011, MP Jorge Iván Palacio.

2 Véase, entre otras, la sentencia T-322 de 2011, MP Jorge Iván Gaviria.
3 Como lo ha señalado de tiempo atrás la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizar[se] a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado *no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todas las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales*” (sentencia SU-746 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz). Respecto de su finalidad, indicó en la sentencia C-567 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz: “El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prologadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, correa el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. En este sentido, el establecimiento de prestaciones, la asunción de ciertos servicios públicos, la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con una capacidad real de autodeterminación.

público en Colombia deben estar comprometidas con la corrección de disfuncionalidades que puedan presentarse en la vida social y económica de la comunidad, así como en racionalizar su ejercicio, cuandoquiera que su desarrollo ponga en riesgo postulados fundamentales del andamiaje colectivo. Sin embargo, tal encomiable labor debe estar sometida a límites, pues, así mismo, está de por medio la protección del principio democrático, con base en el cual es la ley emitida por órganos elegidos popularmente la que regula el ejercicio de las actividades económicas y permite a los particulares su realización en un ambiente de seguridad y confianza.

Justamente, el problema que ocupa a este artículo —que con gran sentido del deber se elabora en homenaje al maestro Andrés Ordóñez, a quien recordamos siempre con el mayor aprecio, respeto y agradecimiento— es identificar y visibilizar la incidencia que ha tenido la interpretación constitucional del contenido de los artículos 1058 y 1158 de nuestro Código de Comercio, consignada en recientes decisiones de la Corte Constitucional relacionadas con seguro de vida, para a partir de tal análisis establecer si ha mutado o no la concepción del deber de declarar el verdadero “estado del riesgo” en el marco de un contrato de seguro en Colombia y si tales decisiones han excedido o no las finalidades propias del Estado social de derecho que propugna nuestra Constitución Política.

Tuve la oportunidad de compartir esta preocupación con el maestro Andrés Ordóñez con la intención de conocer su opinión y sabio consejo, quien coincidió en la necesidad de estudiar este tema en detalle y avizorar posibles soluciones desde lo jurídico y lo académico. Ello sin duda nos anima y compromete a entregar este estudio a la consideración de la comunidad jurídica. A tal motivación se suma la observación de una tendencia —cada vez más creciente en los diferentes asuntos que cursan ante la jurisdicción ordinaria y de protección al consumidor— de pretender la aplicación de las tesis y los argumentos de la Corte Constitucional en acciones de tutela a juicios donde no está de por medio la posible vulneración de garantías o derechos fundamentales. Es necesario, pues, hacer aclaraciones en esta materia e incluso dilucidar sus posibles incidencias en otros ramos de seguro, pese a que la propia presidencia de la Corte Constitucional manifieste en foros académicos que la situación anotada no debe generar mayor preocupación⁴, posición que, como pasamos a desarrollar, no compartimos.

Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades”.
 4 Palabras de la magistrada María Victoria Calle en el marco del III Congreso Internacional de Derecho de Seguros, Fascicula, Pereira, 2016.

I. POSICIÓN TRADICIONAL SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA RETICENCIA Y LA INEXACTITUD EN EL CONTRATO DE SEGURO

El artículo 1058 del Código de Comercio establece un verdadero deber precontractual en cabeza del tomador (y, desde luego, del asegurado como titular del interés que se asegura) de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan lo que nuestra legislación nacional denomina “el estado del riesgo”. Tal deber tiene como fuente —y así lo han reconocido en forma unánime la doctrina y la jurisprudencia nacionales— el carácter de buena fe objetiva cualificada que se predica del contrato de seguro en cada una de sus fases (precontractual, contractual e incluso poscontractual)⁵.

La misma disposición, como es sabido, trae como consecuencia de la reticencia o inexactitud en que incurra el tomador-asegurado (en potencia) sobre circunstancias relevantes del riesgo (esto es, aquellas que de haber sido conocidas por el asegurador lo hubieran retraído de su celebración o le hubiesen determinado haberlo celebrado en condiciones más onerosas) la nulidad relativa del negocio jurídico. Esta solución está prevista en la legislación colombiana para aquellas reticencias o inexactitudes que se hubiesen presentado precedidas de un cuestionario formulado por el asegurador, así como en aquellos casos en que tal cuestionario no se hubiese formulado al candidato a tomador o asegurado, en la medida en que se hubiese dado un encubrimiento culposos de circunstancias relevantes para la emisión del consentimiento informado por parte del extremo asegurador. Nuestra legislación sanciona con menor severidad aquellas circunstancias en las que no haya mediado cuestionario y el candidato a tomador-asegurado incurra en reticencia o inexactitud de forma inculpable, caso en el cual se considera la reducción proporcional de la prestación a cargo del asegurador.

5 Se destaca que se utiliza la expresión “buena fe objetiva”, entendida por la doctrina internacional “[...] como comportamiento de fidelidad, se sitúa en el mismo plano que el uso o la ley, es decir, adquiere función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva que no halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial [...]”. Y es, precisamente que la buena fe es un criterio de reciprocidad, que debe ser observado en las relaciones jurídicas entre sujetos del mismo grado que tiene una misma dignidad moral. Reciprocidad en la cual se explica la solidaridad que lega uno al otro, de los participantes en una comunidad aunque limitada, y tanto más le lega, cuanto la comunidad sea más intensa en sí misma, como sucede en las relaciones asociativas”. De LOS MOSOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Barcelona, Bosh, 1965, pp. 45 a 48.

La hermenéutica del artículo 1058 del Código de Comercio a los diferentes asuntos donde este ha sido objeto de debate en el marco de discusiones referidas al reconocimiento y pago de prestaciones derivadas de contratos de seguro ha sido normalmente sometida al conocimiento de la jurisdicción ordinaria. Es así como la máxima autoridad de tal jurisdicción ha ido desarrollando toda una línea jurisprudencial en esa materia que, con algunos altibajos identificables, conserva elementos centrales para su aplicación que se han mantenido invariables desde la expedición del Código de Comercio actual (Decreto 410 de 1971).

Incluso, la propia jurisdicción constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 1058 del Código de Comercio, reconociendo tales aspectos sustanciales de la figura, en armonía con el entendimiento que la jurisdicción ordinaria ha venido aplicando sobre la materia. Tales aspectos básicos que identificamos o subrayamos como sustanciales en el entendimiento del régimen especial de vicios del consentimiento existente el contrato de seguro en el derecho colombiano son los siguientes, que pasamos a desarrollar muy sucintamente:

A. EL DEBER DE DECLARAR SINCERAMENTE EL
"ESTADO DEL RIESGO" EN EL CONTRATO DE SEGUROS
CONSTITUYE UNA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE
BUENA FE OBJETIVA EN MATERIA CONTRACTUAL

Es importante anotar que el asegurador asume obligaciones de información en desarrollo del principio de buena fe objetiva antes señalado, las cuales incluyen, por ejemplo, el suministro de información sobre el funcionamiento del negocio o producto que se ofrece o desea adquirir el asegurado, detallando cuáles son los amparos y exclusiones o solicitar la información que resulta relevante para la formación de su consentimiento acorde con el riesgo que se va a asumir, entre otros. Tales deberes de conducta resultan cada vez más exigentes dentro del marco de aplicación de las normas de protección al consumidor financiero, pero no por ello relevan al tomador-asegurado (en potencia) de las propias¹⁰.

**B. EL ARTÍCULO 1058 DEL CÓDIGO DE COMERCIO
CONTIENE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE VICIOS DE
LA VOLUNTAD (DEL CONSENTIMIENTO) FRENTE AL
PREVISTO PARA LOS NEGOCIOS JURÍDICOS EN GENERAL**

Este aserto ha sido decantado por la doctrina más autorizada del orden nacional en materia de derecho de seguros y aceptado, igualmente, en el campo jurisprudencial. En efecto, se ha concluido mayoritariamente¹¹ que el artículo 1058 del Código de Comercio, a diferencia del esquema general previsto para los negocios jurídicos en general (arts. 1508 y ss. del Código Civil y art. 900 del Código de Comercio), señala notorias particularidades como las que se pasan a desarrollar:

desproporcionadas en relación con los fines. [...] Para la Corte Constitucional, es claro que el régimen rectorio especial para las retenciones e inexactitudes relevantes, surge de bases objetivas, determinadas por la naturaleza de las cosas: la ineludible necesidad de contratar en masa, que contribuye a la empresa aseguradora, y la correlativa imposibilidad física de inspeccionar todos y cada uno de los riesgos contratados, que explica por qué el asegurador queda supeditado a la honradez del tomador, y por qué éste debe asumir, en todo momento, una conducta de máxima buena fe". Así mismo, precisó la Corte en su decisión: "Por el contrario, el interés público mencionado en la disposición, concuerda más con la defensa de la actividad aseguradora y, por consiguiente, de la comunidad de asegurados, así como con las sanciones a los tomadores que no declaran sinceramente el estado del riesgo, que con la indiferencia estatal alrededor de esos mismos temas".

10 Al respecto, véase la Ley 1328 de 2009, Circular Externa 018 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia y en lo aplicable, Ley 1480 de 2011 (particularmente, artículo 37).

11 En sentido contrario, algunos autores nacionales han sostenido que "El contrato de seguro fue concebido por el legislador colombiano (arts. 1036 al 1162 C. Co.) como un régimen contractual especial que se aparta, en aspectos puntuales, del régimen general aplicable a las obligaciones y a los contratos de derecho privado (en términos generales: el Libro Cuarto del Código Civil y el Libro Cuarto, Título I, del Código de Comercio). No obstante, esta especificidad no determina una independencia absoluta con respecto al régimen general de las obligaciones y los contratos". MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO y CLAVIO PATINO, LUIS EDUARDO (2003). "El error del asegurado en el contrato de seguro", en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 5(2), julio-diciembre, 2003, Bogotá, Universidad del Rosario, pp. 224-241, tomado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/260>.

**1. SE CONSIDERA VICIO EL ERROR DE HECHO DETERMINANTE
NO SOLO DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO, SINO TAMBIÉN
DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO EN OTROS TÉRMINOS¹²**

En efecto, a diferencia del tratamiento general dado por nuestra legislación al error como vicio de la voluntad en la generalidad de los contratos, en materia aseguradora el artículo 1058 determina efectos para el caso en que el error en que se incurre por parte del contratante (asegurador) habría determinado celebrar el contrato en condiciones más onerosas (con un cobro de prima superior). Bajo el régimen general, tendría que tratarse exclusivamente de un error de tal gravedad que sin su presencia no se habría celebrado el negocio¹³, lo cual es ampliado para el esquema propio del seguro, dadas sus particularidades. Es importante anotar que el error, a diferencia del dolo y la fuerza, constituye una representación inexacta de la realidad que "se circunscribe a la esfera de quien lo padece, es decir, ocurre tan solo en cuanto respecta a dicho sujeto, no sale de su propia órbita, en tanto que aquellos otros vicios implican también la consideración del desempeño del otro sujeto: en su orden, la otra parte o el beneficiario de la asignación patrimonial (dolo), o de alguien, que puede ser un extraño (violencia)"¹⁴. No se puede tampoco confundir con el denominado "error obstáculo", en el que ambas partes hubieren incurrido y determinado en últimas que no se pudo configurar un consentimiento válido entre ellas (que, por tanto, da lugar a inexistencia).

**2. SE SANCIONA EL DOLO INCIDENTAL (O EVENTUAL)
Y NO SOLO EL PRINCIPAL**

El inciso 1.º del artículo 1515 de nuestro Código Civil, aplicable en materia mercantil, determina que el dolo¹⁵ vicia la voluntad (el consentimiento) cuando es obra de una de las partes y "además aparece claramente que sin él no hubiera contratado". Pues bien, en materia de seguros el artículo 1058 del Código

12 HINESTROSA FORERO, FERNANDO, ob. cit., p. 955.

13 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y otro, *Teoría general del contrato y el negocio jurídico*, Bogotá, Temis, 2000, p. 187. "Dichos errores son de tal magnitud que imponen la presunción de que quien los comete no habría celebrado el acto de haberlos conocido".

14 HINESTROSA FORERO, FERNANDO, ob. cit., pp. 945 y 946.

15 Entendido como "cualquier clase de maniobras, maquinaciones, artificios, engaños, estratagemas, mentiras, incluso retención de que se vale alguien para, induciéndola a error, obtener de otra persona la celebración de un negocio jurídico", HINESTROSA, ob. cit., p. 1023.

de Comercio permite que una reticencia o inexactitud dolosa del tomador o asegurado potencial genere la nulidad relativa del contrato de seguro, incluso si tales malicia o engaño, conocidos por el asegurador, simplemente habrían determinado que el negocio jurídico se hubiera celebrado en condiciones más onerosas. Esta última circunstancia, vista en otros tipos contractuales, determinaría apenas un dolo incidental que no generaría la rescisión del contrato¹⁶. Así las cosas, en tratándose de las sanciones por vicios del consentimiento a raíz del dolo de una de las partes, la legislación protege en últimas el orden público y la moralidad. Con mayor razón al referirnos a una actividad como la pública y la moralidad. Con mayor razón por la Carta Política, se proaseguradora, calificada como de interés público por la Carta Política, se procura proteger al asegurador y, en últimas, a la comunidad de asegurados, del engaño y el fraude, que resultaría en fuente inagotable de importantes pérdidas económicas y pondría en serio riesgo el desarrollo del seguro como institución.

3. EL DOLO EN MATERIA DE SEGUROS NO SÓLO SE SANCIONA POR INTENCIÓN POSITIVA MALICIOSA DEL ASEGURANDO, SINO TAMBIÉN POR OMISIÓN EN LA ENTREGA DE INFORMACIÓN RELEVANTE. EL DOLO POR RETICENCIA

El artículo 1058 del Código de Comercio sanciona la reticencia o inexactitud relevante para la celebración del contrato de seguro o que hubiera determinado condiciones más onerosas en la contratación, sea que exista cuestionario o no. En este último caso, la calificación de la reticencia o inexactitud exige para quien la pretenda alegar la acreditación de la culpa del tomador o asegurado

(que significa un juicio sobre la diligencia y el cuidado que debió emplear en la entrega de la información, pero no sobre su intencionalidad), mientras que en el primer caso (con cuestionario) la norma no impone tal exigencia. Incluso, en aquellos casos en que la reticencia o inexactitud provienen de un "error inculpable" del asegurado se establece una sanción menos gravosa que la nulidad relativa, correspondiente a la reducción proporcional de la prestación a cargo del asegurador, pero no por ello exenta de consecuencias. Es decir, se determinan consecuencias jurídicas gravosas a pesar de que no medie una intención de hacer incurrir en error al asegurador. Dado lo anterior, consideramos claro que para el legislador nacional lo que importa realmente es que se presente la reticencia¹⁷ o inexactitud¹⁸ independientemente de la consideración sobre la intencionalidad o mala fe de la conducta por parte del tomador o asegurado potencial. La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoció de tiempo atrás esta conclusión para los diferentes negocios jurídicos, en concordancia con el creciente desarrollo de los contratos de carácter masivo en el mercado, por lo que es posible hablar del "dolo por reticencia" para cuya acreditación no es necesario probar mala fe o intencionalidad de aquel que omitió la entrega de la información relevante. Basta acreditar que no se entregó la información y que quien incurrió en aquella tenía conocimiento de esta¹⁹. Más recientemente, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha ratificado lo antes expuesto en punto del contrato de seguro, así:

[...]

4.2. No importan, por tanto, los motivos que hayan movido al adquirente para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando

16 Sobre este punto, la doctrina nacional más autorizada ha indicado de tiempo atrás: "La inexactitud o la reticencia en la medida en que, conforme a los criterios expuestos, sean 'relevantes' producen la nulidad relativa del seguro". Generan vicio en el consentimiento del asegurador, a quien inducen en error en su declaración de voluntad frente al tomador. No importa que aquél no reúna las características que lo tipifican a la luz de los arts. 1510, 1511 y 1512 del Código Civil. Se trata, como hemos visto, de un régimen especial, más exigente que el del derecho común, concebido para proteger los intereses de la entidad aseguradora y, con ellos los de la misma comunidad asegurada, en un contrato que tiene por soporte la buena fe en su más depurada expresión y que, por lo mismo, se define unánimemente como contrato *uberrimae fidei*". "[...] Ni siquiera la norma del derecho común (C.C. art. 1515) que consagra el dolo como vicio del consentimiento sería suficiente para proteger al asegurador. Porque aquél sólo vicia el consentimiento si, además de ser obra de una de las partes, 'aparece claramente que sin él no hubiera contratado'. Es el dolo principal. Es decir, está desprotegido frente al dolo incidental que es, a juicio de Alessandri y Somarriva, 'el que no determina a una persona a celebrar el acto jurídico, pero sí a concluirlo en distintas condiciones que en las que lo habría concluido, generalmente menos onerosas, si las maniobras artificiosas no hubieran existido'". OSSA GÓMEZ, J. EFRÉN, *Teoría general del seguro - El contrato*, Bogotá, Temis, 1991, pp. 333 y 334.

17 Entendida como "Efecto de no decir sino en parte, o de dar a entender claramente, y de ordinario con malicia, que se oculta o calla algo que debiera o pudiera decirse". Fuente: <http://dle.rae.es/?id=WHKFG8>.

18 Entendida como "1. Falta de exactitud. 2. Dicho o hecho inexacto o falso". Fuente: <http://dle.rae.es/?id=LTZI0Si>.

19 En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 16 de diciembre de 1969, *Gaceta Judicial*, CXV, citada por HINESTROSA, ob. cit., pp. 1036 y 1037, ya la alta corporación indicaba: "En principio, la simple reticencia, es decir, el silencio, no es jurídicamente relevante, y ello [...] porque una solución contraria conspiraría contra el sello de firmeza y seguridad que debe revestir toda relación contractual. Mas, cuando por virtud de la ley misma, o por las circunstancias especiales del caso adquiriera particular operancia la buena fe, uno de los contratantes quedo colocado ante el deber de poner en conocimiento del otro hechos de trascendencia relativos al contrato que proyectan celebrar, la retención al respecto equivale a un certificado engañoso constitutivo de dolo [...] En este evento, y ya en relación con la carga de la prueba, quien invoque el dolo por reticencia debe demostrar el hecho materia del ocultamiento y que el demandado tenía conocimiento del mismo".

con claridad que el asegurador —para esta tipología de seguro— no tiene a su cargo un deber de diligencia tal que le obligue a realizar exámenes médicos a cada candidato a asegurado, pues está de por medio, en todo caso, el deber informativo en cabeza del asegurado. Si podemos predicar esto de los seguros de vida, estimamos que con mayor razón se podrá decir de otras tipologías de seguro (como los de daños), donde el deber de diligencia en cabeza del asegurador no puede ir hasta la inspección de cada uno de los riesgos, tal como lo reconoció la sentencia C-232 de 1997 de la Corte Constitucional (citada en nota de pie de página anterior). Distinto es que en la medida en que el asegurador no someta al asegurado al diligenciamiento de un cuestionario que indague sobre el estado del riesgo, se le exija una carga probatoria mayor para que la retención y la inexactitud relevantes tengan efectivas consecuencias jurídicas respecto del tomador-asegurado³³.

La posición de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha variado entre diferentes posturas frente al verdadero alcance de la expresión “debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración” y las fronteras del deber profesional de indagación de información en cabeza del asegurador al momento de celebrar el contrato de seguro. Podemos sintetizar tales posturas de la siguiente manera, las cuales muestran la evidente falta de claridad normativa y jurisprudencial sobre esta materia en el contexto colombiano:

(a) Entender que cuandoquiera que el asegurador no exija ningún tipo de información al asegurado sobre el estado del riesgo en la fase precontractual, debe interpretarse la asunción del riesgo por este sin ningún reparo²⁴

(figura que existe en legislaciones foráneas como la de Chile²⁵, pero que fue sorpresivamente incorporada por la jurisprudencia en esta decisión, que hasta el momento es aislada);

(b) Considerar que el hecho de que el asegurador no exija cuestionario no releva al asegurado de declarar la información, pero el asegurador debe actuar activa y diligentemente en la fase precontractual, si advierte motivos o indicios sobre los cuales deba indagar²⁶, al punto que no operan las sanciones

[illegible]

23 Como lo señala con toda claridad el maestro Andrés Ordóñez (q. e. p. d.), “En aparte anterior, se observaba de qué manera, en la legislación colombiana, la regulación del artículo 1058 del Código de Comercio castiga en cierta medida al asegurador cuando no somete un cuestionario al tomador del seguro para orientarlo cuando procede a suministrar la información correspondiente a las circunstancias que rodean el estado del riesgo. El castigo se traduce en un aumento significativo de la carga probatoria que el asegurador tiene en cuanto a la inexactitud o reticencia, ya que en caso de no existir cuestionario el asegurador además de la realidad objetiva de la inexactitud o reticencia, debe demostrar culpa o error de conducta del tomador al incurrir en ella. Sin embargo, nuestras disposiciones legislativas son claras en el sentido de que el no sometimiento del cuestionario al tomador del seguro, como tampoco el hecho de que no se someta a los asegurados a exámenes médicos en el caso del seguro de vida (art. 1158 del C. de Co.), no exoneran a la pate asegurada de cumplir con su carga de declarar veraz y certamente al asegurador sobre las circunstancias que rodean el riesgo, por lo menos aquellas que con mediana diligencia y para el conocimiento normal de las personas según su grado de educación y la operación económica que desarrollan, deban entender significativas a este respecto”.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de mayo 1999, exp. 4923, MP José Fernando Ramírez Gómez, donde se sostuvo: “Ahora, es posible la contratación sin ninguna información sobre el estado del riesgo, porque no hubo declaración alguna, ni tampoco inspección, caso

comportamiento condigno con su actividad, dado su profesionalismo en tal clase de convenios. [...] Conviene el

25 Artículo 525 Ley 20.667 de Seguros de Chile: "Declaración sobre el estado del riesgo. [...] Conviene el contrato de seguro sin que el asegurador solicite la declaración sobre el estado del riesgo, éste no podrá alegar los errores, reticencias o inexactitudes del contratante, como tampoco aquellos hechos o circunstancias que no estén comprendidos en tal solicitud" (énfasis agregado). Fuente: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=15050848>.

26 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de agosto de 2001, exp. 6146, MP Carlos Ignacio Jaramillo donde se señaló: “Tan cierto será lo afirmado, que la declaración de asegurabilidad puede hacerse en Colombia —al contrario de otras naciones— sin ‘... sujeción a un cuestionario determinado’ (C. de Co., art. 1058, inc. 2’), lo que demuestra que éste no se erige en frontera infranqueable, a la vez que insustituible. Tan sólo es un útil instrumento que, al arbitrio del asegurador, puede o no emplearse, sin que por ello se pueda pretextar que, en este supuesto, el tomador no esté igualmente obligado a ‘... declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo’, ya que es un deber general —lato sensu—. [...] Y es que resulta razonable que si la entidad aseguradora, como un indiscutido profesional que es, en tal virtud ‘debidamente autorizada’ por la ley para asumir riesgos (C. de Co., art. 1037), soslaya información a su alcance racional, de suyo conducente a revelar pormenores alusivos al estado del riesgo; o renuncia a efectuar valoraciones que, intrínsecamente, sin traducirse en pesado —u oneroso— lastre, lucen aconsejables para los efectos de ponderar el riesgo que se pretende asegurar, una vez es enterado de posibles anomalías, o en fin deja de auscultar, pudiendo hacerlo, dicentes efectos que reflejan un específico cuadro o estado del arte (existencia de ilustrativas señales), no puede clamar, ex post, que

por reticencia o inexactitud ante una falta de diligencia del asegurador en la verificación del estado del riesgo²⁷⁻²⁸; y

(c) Considerar que la carga informativa está prioritariamente asignada en cabeza del asegurado, la cual sólo puede ser desvirtuada ante la existencia de un error inculparable cuando no se exigió cuestionario o ante un notorio desconocimiento de las señales de alerta sobre la reticencia o inexactitud por parte del asegurador²⁹. Así mismo, en esta postura estimamos pertinente incluir la interpretación según la cual el hecho de que el asegurador formule un cuestionario hace presumir relevante lo allí preguntado para efectos de la expresión de un consentimiento informado por parte de este³⁰. De esta manera, bajo esta última tesis (que es la más recientemente expresada por la alta corporación judicial) se reconoce la existencia de deberes profesionales para el asegurador,

se decreta la nulidad, como si su actitud fuera la de un asegurador acucioso y diligente, presto a ser informado, es cierto, pero igualmente a informarse, dimensión ésta también cobijada por la diligencia profesional, rectamente entendida, sin duda de mayor espectro, tanto más si 'El tomador no es un especialista en la técnica del seguro' y, por tanto, 'Su obligación no puede llegar hasta la extrema exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio, criterio este materia de aval por parte de la doctrina comparada [...]'.²⁷

Aspecto ampliamente criticado por el maestro Ordóñez, quien al respecto señaló: "Es cierto que existen circunstancias que rodean el estado del riesgo que 'deben ser conocidas por el asegurador' si el mismo actúa con la diligencia profesional que le corresponde. Pero ¿debe por ello presumir siempre que el tomador actúa de mala fe, y su diligencia profesional debe llevarlo a desconfiar de todo lo que diga el tomador para constituirse en investigador profesional de todas las artes con miras a descubrir sus falsas declaraciones? Y aún si llegara a establecerse una culpa del asegurador, como parecía existir en el caso que se juzgó, ¿es jurídicamente aceptable, como se ha dicho, que esa culpa tenga la virtualidad suficiente de excusar el dolo de la otra parte? [...] Creemos firmemente que es muy discutible que una simple culpa del asegurador pueda tener esa virtualidad. De vieja data se conoce el adagio latino *ad utroque parte doli compendandus*, esto es, el dolo de ambas partes debe compensarse, que es lo que se traduce en la fórmula del artículo 1515 del Código Civil: 'El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes...'. Es claro que si ambas partes actúan con dolo, ese dolo común se compensa; pero no a la misma situación conduce el hecho de que una parte actúe con dolo y la otra con culpa". ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, ANDRÉS E., ob. cit., p. 410.

En sentido similar, OSSA GÓMEZ, ob. cit., pp. 350 y 351, destacando la diferencia entre el "deber conocer" y el "poder conocer".

Corte Suprema de Justicia, Sala civil, sentencia del 4 de marzo de 2016, ya citada, donde se señala: "No puede, entonces, exigirse que el profesionalismo que requiere la actividad aseguradora, de entrada, exige el agotamiento previo de todos los medios a su alcance para constatar cual es el 'estado del riesgo' al instante en que se asume, como si fuera de su exclusiva cargo, so pena de que la inactividad derive en una 'renuencia' o la 'nulidad relativa por reticencias'. Esto por cuanto, se reitera, el tomador está compelido a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que lo determinan y los efectos adversos por inexactitud se reducen si hay error inculparable o se desvanecen por inadvertir el asegurador las serias señales de alerta sobre inconsistencias en lo que aquel reporta".

En este sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1.º de septiembre de 2010, expediente 05001-3103-001-2003-00400-01, MP Edgardo Villamil Portilla.

pero morigerando su alcance, al reconocer el carácter masivo de la actividad y la importancia del deber de declaración en cabeza del potencial tomador-asegurado.

6. LA AUSENCIA DE NECESIDAD DE QUE EXISTA VINCULACIÓN ENTRE LAS CAUSAS QUE DETERMINARON EL SINIESTRO Y LOS ASPECTOS SOBRE LOS QUE VERSÓ LA RETICENCIA O INEXACTITUD AL MOMENTO DE CELEBRAR EL CONTRATO DE SEGURO

Este punto ha sido igualmente admitido por la doctrina y la jurisprudencia como aspecto característico, destacando que al tratarse de un régimen especial de vicios de la voluntad (del consentimiento) resulta sustancial y determinante que el negocio jurídico *ab initio* haya surgido inválido, viciado, por lo que no podría posteriormente permitirse que se produzcan efectos jurídicos sobre la base de que la causa fáctica del siniestro obedezca a un motivo diferente a aquel sobre el cual versó la reticencia o la inexactitud³¹.

II. LA POSICIÓN EXPRESADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN RECIENTE JURISPRUDENCIA Y LA RUPTURA REALIZADA FRENTE A LA VISIÓN TRADICIONAL DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN MATERIA DE DERECHO DE SEGUROS

Tal como lo hemos expuesto en líneas anteriores, existen aspectos sustanciales en el entendimiento del régimen especial de vicios de la voluntad (del consentimiento) en materia de seguros que han sido delineados durante años por la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Los asuntos donde se presenta la discusión sobre su aplicación se desarrollan habitualmente dentro de la jurisdicción ordinaria, donde es posible predecir de manera razonable los criterios interpretativos que los jueces han de aplicar en los casos concretos. Sin embargo, cuandoquiera que este tipo de discusiones han sido vinculadas a situaciones fácticas en las que se alegue la posible violación de derechos fundamentales

31 Así lo ratifica la sentencia C-232 de 1997: "Esto, con prescindencia de extemporáneas consideraciones sobre la necesidad de que la reticencia o inexactitud tenga relación de causalidad con el siniestro que haya podido sobrevenir, justamente porque lo que se pretende es restablecer o tutelar un equilibrio contractual *roto ab initio*, en el momento de celebrar el contrato de seguro, y no al acaecer el siniestro. La relación causal que importa y que, para estos efectos, debe existir, no es, como sostienen los demandantes, la que enlaza la circunstancia riesgosa omitida o alterada con la génesis del siniestro, sino la que ata el error o el dolo con el consentimiento del asegurador".

de los ciudadanos, su conocimiento ha llegado al escenario decisivo de la jurisdicción constitucional a través de acciones de tutela.

Es en ese tipo de asuntos, la Corte Constitucional, en su más reciente jurisprudencia, ha emitido decisiones donde se ha presentado una verdadera ruptura frente al entendimiento tradicional que del deber o carga de declaración del estado del riesgo en seguros se ha tenido en el derecho colombiano, así como se ha planteado una muy sorpresiva visión respecto de los deberes precontractuales que las partes tienen a su cargo, que no dejamos de catalogar como un verdadero retroceso frente a la concepción nacional e internacional en esta materia, en la que predomina la priorización de los deberes de lealtad y corrección, como expresiones del principio de buena fe.

Pese a que tal posición se ha venido planteando en sentencias de tutela (que, en principio, sólo aplican en relación con el caso en concreto), la Corte ha sostenido la aplicación de una línea de precedente judicial en sus decisiones, en aras de la protección del principio de seguridad jurídica³², que ha determinado que estas tesis se apliquen a otros casos, sin que en realidad se trate de circunstancias equiparables.

En efecto, la posición actual de la Corte Constitucional sobre la aplicación del régimen de vicios de la voluntad (o del consentimiento) a raíz de la reticencia o la inexactitud relevante del “asegurado” en los contratos de seguro de vida grupo deudores y salud, cuando están de por medio los derechos fundamentales de determinados asegurados, ha generado pronunciamientos como los siguientes:

Mediante la sentencia T-222 de 2014³³, que traemos a colación por su representatividad en la medida en que acumuló tres expedientes distintos con

diferentes aseguradoras y fue la primera decisión conocida de tal relevancia³⁴ y que ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores, la Corte Constitucional compila una nueva visión sobre los requisitos para tener como relevante la reticencia y la inexactitud en el derecho de seguros colombiano e introduce nuevos deberes para el asegurador en la fase precontractual.

En efecto, en este pronunciamiento la Corte plantea los siguientes aspectos que pasamos a sintetizar y revisar, así:

1. En palabras de la propia Corte, “[La reticencia] implica una valoración subjetiva, mientras que la preexistencia es un hecho objetivo. No basta probar preexistencia, la aseguradora debe demostrar la mala fe”. La alta corporación desarrolla este aspecto de la siguiente manera:

En este orden de ideas, si el artículo 1058 del Código de Comercio obliga al asegurado a declarar “sinceramente”, es claro que la preexistencia, no siempre, será sinónimo de reticencia. En efecto, como se mencionó, la reticencia implica mala fe en la conducta del tomador del seguro. Eso es lo que se castiga. No simplemente un hecho previo celebración del contrato. Por su parte, la preexistencia es un hecho objetivo. Se conoce con exactitud y certeza que “antes” de la celebración del contrato ocurrió un hecho, pero de allí no se sigue que haya sido de mala fe. La preexistencia siempre será previa, la reticencia no.

En criterio de esta Sala, la preexistencia puede ser eventualmente una manera de reticencia. Por ejemplo, si una persona conoce un hecho anterior a la celebración del contrato y sabiendo ésto no informa al asegurador dicha condición por evitar que su contrato se haga más oneroso o sencillamente la otra parte decida no celebrar el contrato, en este preciso evento la preexistencia sí será un caso de reticencia. Lo mismo no sucede cuando una persona no conozca completamente la información que abstendría a la aseguradora a celebrar el contrato, o hacerlo más oneroso. Por ejemplo, enunciativamente, casos en los que existan enfermedades silenciosas y/o progresivas. En aquellos eventos, el actuar del asegurado no sería de mala fe. Sencillamente no tenía posibilidad de conocer completamente la información y con ello, no es posible que se deje sin la posibilidad de recibir el pago de la póliza. Esta situación sería imponerle una carga al usuario que indiscutiblemente no puede cumplir. Es desproporcionado exigirle al ciudadano informar un hecho que no conoce ni tiene la posibilidad de conocerlo. Mucho menos, para el caso del seguro de vida grupo de deudores, suministrar con preciso detalle su grado de discapacidad.

y la T-751 de 2012 (si aborda el tema de reticencia), pero que no hacen explícitos los aspectos que se narran en la T-222 de 2014.

34 Ha sido reiterada la posición allí consignada en sentencias T-830 de 2014, T-393 de 2015, T-024 de 2016 y T-282 de 2016, entre otras.

32 Al respecto señala la sentencia T-222 de 2014: “El sistema de precedente ha sido valorado por la Corte como un método de interpretación que no solo ayuda a unificar su jurisprudencia, sino también incentiva la seguridad jurídica y materializa el derecho a la igualdad. En ese orden, por ejemplo, permite a los jueces conocer con exactitud cuáles son las reglas aplicables a un caso y cómo este Alto Tribunal ha entendido la vulneración, o no, de un derecho fundamental en ese evento en específico. Así mismo, garantiza que las personas sean tratadas de igual manera, siempre que los supuestos fácticos de sus casos coincidan en lo esencial. Pues bien, este método consiste en identificar las sentencias más relevantes sobre un asunto, y extraer de ellas las principales razones que ha tenido la Corte a la hora de fallar situaciones similares. Ello para fijar una regla concreta aplicable al caso estudiado. Naturalmente, todas las veces los casos no serán exactamente iguales y por tal motivo se hace necesaria una interpretación adicional por parte del juez, quien deberá a su vez desplegar una carga argumentativa lo suficientemente fuerte en su decisión. Si fuera de otra forma, cada juez, según su arbitrio, podría tomar decisiones por fuera del marco constitucional vigente. Y mucho más, por fuera de lo que la Corte Constitucional ha establecido”.

33 Corte Constitucional, expedientes T-4143382, T-4148791, T-4143384, MP Luis Ernesto Vargas Silva. Existen pronunciamientos anteriores como la T-832 de 2010 (referida a la exclusión de “preexistencias”).

Ahora bien, ¿quién debe probar la mala fe? En concepto de esta Corte, deberá ser la aseguradora. Y es que no puede ser de otra manera, pues solo ella es la única que puede decir con toda certeza (1) que por esos hechos el contrato se haría más oneroso y (2), que se abstendrá de celebrar el contrato³⁵ [énfasis agregado].

Tal como se aprecia, la Corte Constitucional introduce un elemento que consideramos absolutamente nuevo en la dinámica interpretativa de la sanción a la reticencia o la inexactitud relevante en el contrato de seguro: la exigencia indiscriminada de demostrar la mala fe del tomador-asegurado en cabeza del asegurador. Dicha visión, estimamos, es completamente ajena a la configuración legislativa prevista en el artículo 1058 del Código de Comercio y deja de lado todo el desarrollo jurídico efectuado en los campos nacional e internacional respecto del denominado “dolo por reticencia”, tal como lo hemos puesto de presente en el numeral 3 anterior, así como la distinción conceptual del principio de buena fe con el fraude o la ilicitud³⁶.

Se parte de un tratamiento, que no dudamos en calificar de confuso, sobre dos temas que resultan diferentes en materia de seguros, cual es, por un lado, el establecimiento de una exclusión a la cobertura de enfermedades preexistentes (dentro de un contrato eficaz); y, por otro, la reticencia o inexactitud en la declaración del estado del riesgo para efectos de la celebración del contrato como tal (que se traduce en que el negocio nace viciado).

35 Esto mismo se reafirmó en sentencia T-282 del 1.º de junio de 2016, MP Gloria Stella Ortiz, donde la Corte Constitucional indicó: “Por consiguiente, las aseguradoras sólo podrán eximirse de la responsabilidad de realizar el pago de la indemnización por razón de la presunta configuración del fenómeno de la ‘reticencia’, cuando se encuentre debidamente probada la mala fe del tomador, es decir, la voluntad de ocultar la existencia de una condición médica al momento de adquirir el seguro. Es por esta razón que dichas entidades tienen la carga de redactar de forma taxativa las exclusiones contractuales y realizar los exámenes de ingreso previamente a la suscripción del contrato”.

36 Al respecto, De los Mosos señala: “Si utilizamos un concepto muy amplio de dolo o culpa, haremos coincidir, con él a la mala fe, pero técnicamente hablando, en pura dogmática, esta acepción debe ser rechazada; frente al dolo como elemento tipificador de la conducta delictiva, civil o penal, o la culpa como negligencia imputable, existe la mala fe, que puede darse, perfectamente, sin que medie dolo o culpa, simplemente, por no concurrir la creencia o confianza adecuada para que exista la buena fe, ya que aquella es un concepto puramente negativo. [...] en términos generales, como afirma Carnelutti, no ya el dolo, sino también la culpa, excluye la aplicación de la buena o mala fe. [...] Además, si la buena fe consiste en un comportamiento correcto conforme al Derecho, en una actuación, que, en el ejercicio de los derechos, ha de mostrarse *civiler*, es lógico que toda manifestación de lo ilícito, bien sea como dolo, culpa o fraude, en sus distintos planos, impida la buena fe”. De LOS MOSOS, JOSÉ LUIS, ob. cit. pp. 64-66. En el mismo sentido, GÓMEZ MOLINA, DIANA, *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, tomo II, Medellín, Diké, 2011, p. 1127.

Tal confusión no es menor y resulta determinante de la equivocación conceptual en la que estimamos incurre la Corte, pues el combinarlas analíticamente implica que el reproche, que puede llegar a ser justificado, respecto de la ambigüedad o el abuso de una cláusula de exclusión demasiado abierta o carente de especificidad (que se sanciona con la ineficacia de pleno derecho de la estipulación conservando en lo demás la validez del contrato), traiga consigo, al llevarlo a un escenario diferente, la fase precontractual (donde aún no se han acordado exclusiones, no hay contrato aún) dejar sin protección jurídica al asegurador en el desarrollo de una actividad masiva, en la que es el tomador-asegurado quien conoce con mayor detalle y profundidad el interés que desea proteger frente al acaecimiento de un riesgo que se cierne sobre él.

No se explica, así mismo, cuál es el criterio o razón constitucional que, en estas decisiones, permita desconocer lo que la misma corporación judicial sostuvo al estudiar la constitucionalidad de la disposición (que no ha sufrido variación alguna)³⁷ y que en cuanto a su *ratio decidendi* tiene efectos vinculantes³⁸. En efecto, la propia Corte Constitucional señaló inequívocamente que la estructura del artículo 1058 del Código de Comercio resulta plenamente acorde con nuestra Carta Política, con absoluta contradicción del nuevo planeamiento, como se constata al leer el siguiente aparte:

Por último, la Corte considera que el sistema sancionatorio basado en los artículos 1058 (nulidades relativas y reducción proporcional de la prestación asegurada) y 1059 (pérdida de las primas a título de pena) del Código de Comercio, es reflejo de una política legislativa

37 Se destaca que, conforme lo ha señalado la propia Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-634 de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva, el precedente constitucional contenido en la *ratio decidendi* de sentencias de constitucionalidad, tiene efectos *erga omnes* y no puede ser desconocido, vale decir, ni siquiera por la propia Corte Constitucional. La Corte allí señala: “El estándar aplicable cuando se trata del acatamiento de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, resulta más estricto. En efecto, el artículo 243 C. P. confiere a las sentencias que adopta este Tribunal en ejercicio del control de constitucionalidad efectos *erga omnes*, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional e implican la prohibición para todas las autoridades de reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan las normas superiores que sirvieron de parámetro para el control. En otras palabras, los argumentos que conforman la razón de los fallos de control de constitucionalidad son fuente formal de derecho, con carácter vinculante ordenado por la misma Constitución” [énfasis agregado].

38 No podemos desconocer que para un sector de la doctrina, el aparte de la sentencia C-232 de 1997 base de nuestro argumento podría no corresponder en sentido estricto a “*ratio decidendi*”, pues no es argumento central de la resolutive de la decisión (es decir, que la decisión habría podido darse sin tal ratiocinio). Sin embargo, encontramos que el argumento de la Corte según el cual el artículo 1058 del Código de Comercio corresponde al desarrollo de una “política legislativa equilibrada” acorde con la Constitución, corresponde a un argumento central y determinante de su decisión.

equilibrada, basada en las realidades del medio en el que se desenvuelve la actividad aseguradora, pues, en esta materia específica, a diferencia de lo que acontece en otras áreas de la regulación del contrato de seguro, en las que prima la defensa de tomadores y asegurados, se busca proteger el interés de la parte aseguradora, teniendo en cuenta que, en lo que se refiere al conocimiento precontractual del riesgo, el asegurador, por su natural ignorancia del mismo, es el contratante que está en la posición débil. Sistema sancionatorio (el de los artículos 1058 y 1059) que en nada vulnera la Constitución³⁹ [énfasis agregado].

Visto lo anterior, no resulta entendible cómo en el marco de decisiones acumuladas de tutela, tal criterio se modifique *sin ninguna referencia a éste* o explicación sobre la variación en la posición, para dejar de reconocer el especial criterio orientador del régimen de sanciones a la reticencia y la inexactitud que con carácter *vinculante* ya había determinado la alta corporación judicial.

Por otro lado, acorde con lo que hemos anotado en apartes anteriores de este artículo, el criterio adoptado por la norma nacional en esta materia es *objetivo*, mucho más cuando de por medio ha mediado un cuestionario elaborado por el asegurador que es diligenciado por el tomador-asegurado. En tal hipótesis, que ninguna consideración, encontramos, le haya merecido a la Corte en su decisión, la acreditación de la buena o mala fe no resulta relevante en modo alguno para el legislador, mucho menos para el operador judicial que aplique la disposición. Al mediar un cuestionario propuesto por el asegurador, que indaga sobre diferente información relativa al estado del riesgo, la jurisdicción ordinaria y la doctrina han interpretado, de manera mayoritariamente pacífica, que basta con que el asegurador demuestre (1) el hecho sobre el cual versó la reticencia o la inexactitud y (2) la formulación del cuestionario donde consta la omisión o inexactitud informativa. La línea jurisprudencial de la Corte que venimos comentando impone la necesidad de demostrar la mala fe (esto es, la ilicitud de la conducta, el fraude, el engaño) cuando en modo alguno esto resulta necesario, máxime cuando, incluso, el silencio mismo sobre una circunstancia conocida basta para que se presente la sanción jurídica establecida.

En nuestra opinión, la Corte Constitucional, al exigir la acreditación de la mala fe, convierte el sistema de vicios de la voluntad del contrato de seguro (1058 del Código de Comercio) en un sistema que exclusivamente sanciona el *dolo principal positivo* del asegurado o la *intención de fraude*, y deja de lado otras fenomenologías reprochables para el ordenamiento, como la existencia del escenario del error y el dolo no determinantes, el papel del dolo negativo, del

silencio determinante, al igual que las hipótesis de la reticencia o inexactitud involuntaria o “inculpable” en el que el legislador propende a un restablecimiento del equilibrio patrimonial de las cargas del contrato.

Por esta vía, en consecuencia, encontramos que la Corte cercena y limita la norma legal, sumado a que se aleja de la concepción aceptada de esta figura de tiempo atrás, no sólo en el ámbito nacional sino en el internacional⁴⁰, lo cual genera inseguridad jurídica (tanto para aseguradores como asegurados que, según la jurisdicción a la que acudan, tendrán un resultado u otro). Así mismo, en términos prácticos, constituye una medida que facilita el fraude en seguros (pues el tomador-asegurado que incurra en reticencia o inexactitud delictuosa tendrá a su favor una “presunción de buena fe” que tendrá que desvirtuar el asegurador con todas las dificultades reales que ello conlleva). Esto último resulta de la mayor complejidad, pues finalmente se coloca en riesgo una actividad de interés público que, en tal virtud, ha sido beneficiada de disposiciones legislativas orientadas a garantizar su continuidad en el tiempo⁴¹.

2. La exigencia para el asegurador de realización de exámenes médicos en el seguro de vida (deudores). Como si lo anterior fuese poco, pasa la Corte Constitucional a sostener en la sentencia T-222 de 2014 (reiterado en los demás pronunciamientos que conforman esta línea jurisprudencial):

[...] *Lo anterior significa que la reticencia solo existirá siempre que la aseguradora en su deber de diligencia, no pueda conocer los hechos debatidos.* Si fuera de otra manera podría, en la práctica, firmar el contrato de seguro y solo cuando el tomador o beneficiario presenten la reclamación, alegar la reticencia. En criterio de esta Sala, no es posible permitir esta interpretación *pues sería aceptar prácticas, ahora sí, de mala fe* [énfasis agregado].

40 Al respecto se pueden consultar autores como Raymond Célice, quien claramente desliga la sanción por reticencia o inexactitud en el seguro de cualquier consideración sobre la buena o mala fe: “Para que el error pueda tener alguna consecuencia jurídica, es preciso que haya recaído sobre una cualidad esencial, que haya modificado la opinión que el asegurador tenía acerca del riesgo de que se hacía cargo. Y con este fundamento, no hay para [qué] tener en cuenta la buena o mala fe del asegurado, ni hay que establecer diferencia con la reticencia involuntaria, y basta que el asegurador haya incurrido en error para que el contrato sea nulo” (énfasis agregado), CÉLICE, RAYMOND, *El error en los contratos*, Buenos Aires, Ara, 2016, p. 218.

41 Como lo señaló tiempo atrás el profesor Ossa, “El seguro es un contrato peculiar. El asegurador no puede asumir los riesgos, sin conocer antes su extensión, vale decir el grado de peligrosidad que ellos encierran. Y la fuente natural de ese conocimiento no es otra, no puede serlo (si se considera que la gradación del riesgo responde a un complejo de circunstancias de orden objetivo y subjetivo), que el tomador mismo, a quien ordinariamente hay que suponer en contacto directo con la relación asegurable. [...] Teóricamente, el seguro bien puede agotar en la ‘estricta buena fe del tomador la génesis de su operación jurídico-comercial’”. OSSA GÓMEZ, ob. cit., p. 325.

39 Corte Constitucional, sentencia C-232 de 1997.

Con base en la anterior afirmación, para el caso concreto, señala:

Además de lo anteriormente expuesto, la aseguradora no demostró reticencia. Tal y como se desarrolló en el cuerpo de esta decisión, reticencia no es sinónimo de preexistencia. La preexistencia es un hecho objetivo y la reticencia exige mala fe. En estos eventos, a la aseguradora no le es suficiente con probar una preexistencia sino demuestra que el tomador actuó de mala fe. Adicionalmente, no podrá alegar preexistencia si antes de celebrar el contrato, no solicitó exámenes médicos al asegurado. Así las cosas, en este caso no se evidencia que la compañía demandada haya cumplido con tales cargas. No cumplió con su deber mínimo de exigir un examen médico a fin de establecer la onerosidad del seguro o definitivamente decidir su no celebración, ni tampoco logró demostrar que el accionante haya actuado de mala fe. Tan solo se limitó a señalar un caso, parcial, de preexistencia [énfasis agregado].

De esta manera, si bien refiriéndose al seguro de vida del caso concreto, pero con consecuencias insospechadas para otro tipo de seguros, la Corte Constitucional sostiene que es un *deber mínimo* del asegurador exigir la realización de un *examen médico* al tomador-asegurado potencial para definir si celebra o no el contrato de seguro o si lo realiza en condiciones más onerosas. Nuevamente con esta conclusión, la Corte se aparta de su propio pronunciamiento del año 1997 donde declaró la exequibilidad de la disposición, en el que sostuvo la razonabilidad de las disposiciones que morigeran el deber de inspección por parte del asegurador, atendiendo el carácter *masivo* de la operación. Resulta igualmente sorpresivo el hecho de que para efectuar tal aseveración no se haya revisado el contenido del artículo 1158 del Código de Comercio, que, explícitamente, determina que aun si el asegurador no realiza tal tipo de exámenes, el asegurado no se encuentra exento de cumplir con sus deberes de lealtad y transparencia en la contratación. No encontramos en la decisión ningún aparte en el que la Corte hiciera mención de una hipotética "excepción de inconstitucionalidad" frente al contenido del citado artículo, por lo que no resulta explicable por qué omitió su consideración y aplicación.

La posición de la Corte en este punto trae nuevamente la discusión jurídica muy pertinente sobre si el *dolo* del asegurado puede llegar a resultar exculpado ante una *falta* en el cumplimiento de los deberes a cargo del asegurador en la fase precontractual. Podemos ejemplificar tal discusión de la siguiente manera: pensemos en que una persona en estado de vulnerabilidad desde el punto de vista constitucional para el momento del siniestro (no para la fecha en que celebró el contrato) solicita su inclusión dentro de un seguro de vida grupo deudores sabiendo plenamente que padece cáncer de estómago, pero no le manifiesta tal circunstancia al asegurador en la declaración espontánea o niega padecerlo en la declaración de asegurabilidad dirigida (cuestionario). ¿Será que en este tipo de

caso podría argumentarse la improcedencia de alegar la reticencia y sus efectos sobre la base de que el asegurador no le realizó exámenes médicos al asegurado? Consideramos claro, en aplicación del artículo 1515 del Código Civil, que la respuesta a tal interrogante *no* puede ser positiva, pese a lo cual, a la luz de la línea jurisprudencial de la Corte que venimos exponiendo, se tendría que considerar que el dolo del asegurado no sería objeto de consecuencias jurídicas. Es importante recordar que ni siquiera en las posiciones más exigentes respecto del deber profesional del asegurador la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha admitido tal conclusión⁴².

Estimamos que, nuevamente, para la conclusión a la que llega la Corte cumple un papel fundamental la confusión conceptual entre la existencia de una *exclusión genérica de las preexistencias* en un contrato de seguro y la *declaración del estado del riesgo* para celebrar un contrato de seguro. En efecto, la Corte ha pretendido, en múltiples pronunciamientos, *vedar* en los contratos de medicina *prepagada* y en los seguros de salud⁴³ la existencia de exclusiones genéricas de enfermedades *preexistentes*. Para ello, ha exigido dentro de tales tipos contractuales que la empresa de medicina prepagada o el asegurador *definan e identifiquen previamente las preexistencias que serán objeto de exclusión*, lo que supone realizar exámenes médicos de ingreso. Este aspecto ha sido traslapado en forma equivocada al escenario del seguro de vida, sin ningún rigor, y aplicado al escenario de la declaración del estado del riesgo, donde están también presentes, así se haya olvidado en las decisiones, deberes informativos y de lealtad del tomador-asegurado cuyo incumplimiento resulta trascendente⁴⁴.

⁴² En sentencia del 26 de abril de 2007, exp. 11001-31-03-022-1997-04528-01, MP Manuel Isidro Árdila, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló: "Ya recapitulando, bueno es reiterar que la esencia de todo está en la declaración de asegurabilidad, por cuya virtud se hace el asegurador a la información atinente a las circunstancias que afectan el estado del riesgo; la asunción del mismo y el cálculo de la prima se apoyan en la que allí brinde el tomador, quien [sea ésta dirigida o espontánea] tiene en sus hombros una carga de responsabilidad y solvencia que le impone comunicar al asegurador de manera fidedigna, veraz y oportuna de aquellas circunstancias, porque de no ser así nulidad relativa del contrato deviene como sanción del negocio; tal carga de lealtad hace ecuación con el deber de información que a la par gravita también en el asegurador, el que, entonces, dado su profesionalismo en el seguro está llamado a orientar al tomador en esa fase de conformación, de suerte que por cuenta de ello considera la ley que adquiere un conocimiento presuntivo del riesgo, sin que, desde luego, esto signifique que por ese conducto ha de entenderse enterado de aspectos que desbordan los confines de esas indagaciones, sobre los cuales, es natural, no hay lugar a suponer ese conocimiento" (énfasis agregado).

⁴³ Véase, por ejemplo, la sentencia T-152 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil.

⁴⁴ Esta posición ha sido reiterada por la Corte Constitucional en sentencia T-251 de 2017, MP Iván Humberto Escrueria, pero brindando *alternativamente* la posibilidad de exigir tal información mediante cuestionario. En efecto, la citada decisión señaló: "En este sentido, el actuar de la aseguradora desconoce los derechos fundamentales de la señora xxxxxx al negarle el pago de la póliza, con el único argumento

Finalmente, no podemos dejar de anotar, como apunte histórico, que la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en esta materia, en últimas, ha hecho retroceder al seguro de vida desde el punto de vista normativo, al estadio existente para el momento en que se encontraba vigente el artículo 22 de la Ley 105 de 1927 (estatuto reglamentario de las empresas de seguros), donde se señalaba:

Quando las compañías de seguros de vida no exigen certificado médico antes de expedir las pólizas, se entenderá que renuncian a todo derecho que pueda asistirles por causa de la salud del asegurado, en caso de que ésta no fuere aceptable al tiempo de verificar el seguro.

3. La Corte introdujo vía jurisprudencia una nueva exigencia que la ley no ha previsto —la necesidad de nexo causal entre el hecho sobre el que versó la “preexistencia” (hecho sobre el cual versó la reticencia o la inexactitud) y la causa del siniestro—. Además de lo hasta aquí expuesto, la reciente sentencia T-282 de 2016 de la Corte Constitucional, que hace parte de esta línea de decisiones, incluyó un nuevo requisito al régimen del artículo 108 del Código de Comercio, en tratándose de casos en los que esté de por medio la posible afectación de derechos fundamentales de personas en estado de vulnerabilidad, cual es el de exigir un “nexo de causalidad entre la preexistencia aludida (*vale decir, objeto de la reticencia*) y la condición médica que dio origen al siniestro”.

En efecto, la referida decisión señala en lo pertinente:

22. Es por esto que, en caso de que la aseguradora alegue la existencia de la figura de la "retención", deberá demostrar el nexo de causalidad entre la preexistencia aludida y la condición médica que dio origen al siniestro, de forma clara y razonada, y con fundamento

de que “para la fecha de los desembolsos de los créditos, ya le había sido diagnosticada la demencia en la enfermedad de alzheimer [...] circunstancia que no cubre el seguro al ser un hecho cierto”, afirmación que carece de validez ya que, en primer lugar, XXXXXX debió ser diligente a la hora de verificar el estado de salud de la acaionante, más si tenía la autorización de la demandante de verificar su historia clínica, asimismo debió practicarle un examen médico para conocer el verdadero estado de salud de la actora o *cundo menos* debió haber indagado de forma precisa si tenía alguna enfermedad con el fin de adjudicar este tipo de pólizas. Tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de este Tribunal en diversos casos, la aseguradora es quien debe asumir la carga de los defectos, omisiones o imprecisiones en los cuales haya incurrido en el clausulado del negocio jurídico, en la medida en que el tomador de la póliza se adhiere inexorablemente a los términos y condiciones allí establecidas, por lo que mal podrían trasladarse estas irregularidades. Al no referirse a la obligación relacionada con la imposibilidad de tomar el contrato ante el diagnóstico de la *enfermedad de Alzheimer*, tal imprecisión no puede ser asumida por quien no puso las condiciones sino que simplemente las cumplió, y bajo esa lógica la parte dominante de la relación contractual no puede aducir su propia incuria para sustentar la no afectación de la póliza” (énfasis agregado).

en las pruebas aportadas en el expediente. De esta manera, la aseguradora es la parte contractual que tiene la carga de probar dicho elemento objetivo *para efectos de exonerarse de su responsabilidad en el pago de la indemnización.*

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

23. Ahora bien: la Sala resalta que, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la aseguradora que alega reticencia, además de probar este elemento objetivo: a saber, el nexo de causalidad entre la preexistencia alegada y la ocurrencia del siniestro, tiene la obligación de probar el elemento subjetivo, esto es, la mala fe del tomador. En consecuencia, la aseguradora tiene una doble carga: [1] por un lado, probar que existe una relación inescindible entre la condición médica preexistente y el siniestro acaecido, y [2] por otro, demostrar que el tomador actuó de mala fe, y que voluntariamente omitió la comunicación de dicha condición [énfasis agregado].

En nuestra opinión, esta posición de la Corte corresponde a un desconocimiento total del artículo 1058 del Código de Comercio, particularmente, de que se trata de un régimen de vicios de la voluntad (del consentimiento), por lo que la correlación o nexo de causalidad entre la causa del siniestro y el aspecto sobre el cual versó la retención y la inexactitud es absolutamente irrelevante. En realidad, la decisión de la Corte, si bien alega estar fundada en la filosofía de protección a los derechos fundamentales de los tomadores, más parece la aplicación o introducción de un derecho diferente, de otro país, a nuestro contexto. No existe una *ratio decidendi* clara en la decisión, que permita conocer con profundidad cuáles son los sustentos o fundamentos constitucionales sobre los que se soporta esta novedosa exigencia impuesta por la Corte, más allá de buscar de alguna manera que el asegurador deba reconocer, en el caso concreto, la indemnización a favor del tutelante, dejando sin piso su argumento de objeción, y se adentra en terrenos contractuales que no son propios de este escenario constitucional.

No podemos desconocer que otros países cuentan con esta exigencia para que la retención o la inexactitud puedan dar lugar a la nulidad relativa o rescisión del seguro y, en consecuencia, pueda el asegurador alegarla⁴⁵. Tampoco

45 Tal es el caso de la legislación peruana, en donde el artículo 15 de la Ley de Contrato de Seguro n.º 20046 establece *expresamente*: "Artículo 15. Subsistencia del contrato. En los casos de reticencia y/o

podemos desconocer que otras legislaciones contienen regulaciones distintas para el tratamiento de la reticencia o inexactitud en la declaración del estado del riesgo, que pueden llegar a ser deseables⁴⁶. Pero no consideramos constitucional (artículo 230 de la C. P. que determina el “imperio de la ley”) que, sin contar con tal tipo de disposición en el derecho de seguros interno, pueda procesarse, bajo el pretexto de la prevalencia de principios de rango constitucional, no suficientemente expuestos, a reemplazar al legislador e incorporar a través del aparato judicial tal tipo de requisitos al ordenamiento jurídico interno⁴⁷.

Estimamos, igualmente, que la Corte Constitucional, en su análisis respecto del carácter de interés público de la institución, en el sentido de que existe una comunidad asegurada que confía en la estabilidad económica

[illegible]

46 Al respecto, puede consultarse: ARIZA VESGA, RAFAEL y CALVO, ELOY, “¿Debe Colombia replantear el tratamiento legal a la retención e inexistencia en la declaración del riesgo en materia de seguros? Panorama comparado de este problema frente a las legislaciones española, francesa, y suiza”, en *Revista e-mercatoria*, volumen 16, n.º 1 (enero-junio, 2017), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, donde desarrollamos las diferencias y posibles ventajitas del tratamiento dado a la retención en las legislaciones española, francesa y suiza, que pudieran servir de referente para nuestro derecho.

47 La Corte Constitucional ha reconocido el grado de vinculación del precedente jurisprudencial emitido “por las altas cortes”, por lo que no resulta entendible cómo si la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado en diferentes decisiones que el requisito de vinculación entre la causa del sinistro y la circunstancia objeto de retención o inexactitud en la declaración del estado del riesgo *no* es necesaria, pueda la Corte Constitucional sin mayor análisis específico sobre el punto y sin referir tales decisiones, apartarse de tal precedente. La propia Corte exige en la sentencia C-634 de 2011 para poderse apartar de tal tipo de precedente que “esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros [1] hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y [2] demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual propicia, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos *stare decus*”, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del

de la actividad, la cual depende —en gran medida— de una selección adecuada e informada de los riesgos por parte del asegurador, junto con la existencia de unas reglas que protegen, en últimas, el orden público. En efecto, estimamos que la Corte Constitucional utiliza el carácter de interés público de la actividad para habilitar la procedibilidad de las acciones de amparo constitucional, pero no en su contrapartida técnica-económica para vislumbrar que sus decisiones tienen un efecto financiero en toda la comunidad asegurada. Tampoco considera el carácter masivo del aseguramiento en la realidad, ni el efecto perjudicial que tal tipo de requisito implica al generar un notorio aliciente al fraude, pues un tomador-asegurado podrá guardar silencio u ocultar su verdadero estado del riesgo y esperar que, finalmente, el evento no se produzca por la circunstancia ocultada o informada de manera inexacta. El seguro puede convertirse —paradójicamente— en una apuesta del asegurado en que su verdadero estado del riesgo no sea advertido por el asegurador, lo cual no aparece analizado en modo alguno en la decisión de la Corte.

Por esta vía, el régimen especial de vicios de la voluntad en materia de seguros que reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-232 de 1997 como creado por la particular misión de proteger al asegurador y a la comunidad asegurada es apreciado por la Corte en las decisiones de tutela como un esquema menos protector o garantista que el de la generalidad de los contratos, donde —como hemos demostrado en este artículo— probado el dolo determinante que vició la voluntad, siempre que sea obra de una de las partes, no es necesario entrar a considerar factores adicionales. Para el caso del seguro, con la doctrina constitucional expuesta, resultará irrelevante.

CONCLUSIONES

Hemos procurado mostrar a través de este artículo la notoria discrepancia del actual criterio de la Corte Constitucional con la visión tradicional del régimen de retencencias e inexactitudes sobre el estado del riesgo en materia de seguros. Fruto de tal ejercicio, podemos concluir que resulta clara la distorsión que ha introducido la jurisprudencia constitucional a este régimen, sobre la idea de brindar protección a sujetos que se encuentren en especial estado de vulnerabilidad, lo cual, por loable que sea, no puede hacer perder de vista el objetivo y filosofía de las disposiciones legales o introducir modificaciones o adiciones a su contenido, sin apego al proceso democrático. Encontramos que es evidente la confusión de conceptos en la jurisprudencia de la Corte (v. gr., preexistencia con retención), así como el desconocimiento grave de la jurisprudencia de

la más alta corporación de la jurisdicción ordinaria y la doctrina ampliamente desarrollada en nuestro país en torno al correcto entendimiento de los artículos 1058 y 1158 del Código de Comercio, con la consecuente introducción de requisitos o aspectos que no hacen parte del derecho nacional.

El resultado no puede ser más desalentador. Por un lado, una evidente inseguridad jurídica para el desarrollo de la actividad aseguradora, en particular para el ramo de seguro de vida, grupo deudores. Tal inseguridad jurídica ha comenzado a mostrar consecuencias económicas para los aseguradores y también, ya en el campo jurídico, en la atención de asuntos litigiosos ante la jurisdicción ordinaria, donde los litigantes plantean sin discriminación alguna —esto es, sin que esté de por medio una persona en estado de debilidad y vulneración— la jurisprudencia de la Corte Constitucional como base de sus pretensiones y alegaciones. La situación se hace aún más compleja cuando en la jurisprudencia Constitucional hay notable contradicción, la cual se acredita al revisar el pronunciamiento que declaró la constitucionalidad del artículo 1058 (sentencia C-232 de 1997) y, al mismo tiempo, decisiones de tutela con una posición completamente opuesta. En últimas el gran inconveniente, como en otros temas, es que la Corte Constitucional se involucró en terrenos que no son realmente propios de la esfera constitucional, máxime si se repara en el carácter eminentemente residual de la acción de tutela.

Por otra parte, advertimos con gran preocupación que las decisiones de la Corte Constitucional lanzan un mensaje que, en últimas, resulta alentador del fraude en seguros y de la deslealtad en materia contractual para la sociedad colombiana. En una etapa de nuestro país en la que cada vez se hace más pública la falta de ética y moralidad en diferentes sectores de la política y la economía, estimamos que no resulta útil la flexibilización en la aplicación de normas que, justamente, reconocen la necesidad de proteger a determinados productores de bienes y servicios que están más expuestos a sufrir los efectos de la falsedad y la falta de principios. Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que es hora de que el legislador aborde a fondo —dentro del marco de una gran actualización a diferentes puntos relativos al contrato de seguro— la introducción o no de estos aspectos —que la Corte Constitucional ha pretendido imponer— al ordenamiento jurídico mediante leyes, sobre la base de que es ese el escenario democrático y de debate profundo en el que se podrá realmente determinar si convienen o no a la realidad jurídica y económica del país.

BIBLIOGRAFÍA

Autores varios, *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, tomo II, Medellín, Diké, 2011.

CÉLICE, RAYMOND, *El error en los contratos*, Buenos Aires, Ara, 2016.

DE LOS MOSOS, JOSÉ LUIS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español*, Barcelona, Bosh, 1965.

HINESTROSA FORERO, FERNANDO, *Tratado de las Obligaciones II, De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico*, volumen I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO y otro, *Teoría general del contrato y el negocio jurídico*, Bogotá, Temis, 2000.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, ANDRÉS E., *Estudios de seguros*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

OSSA GÓMEZ, J. EFRÉN, *Teoría general del seguro - El contrato*, Bogotá, Temis, 1991.

ARTÍCULOS Y REVISTAS

ARIZA VESGA, RAFAEL y CALVO, ELOY, “¿Debe Colombia replantear el tratamiento legal a la reticencia e inexactitud en la declaración del riesgo en materia de seguros? Panorama comparado de este problema frente a las legislaciones española, francesa y suiza”, en *Revista e-mercatoria*, volumen 16, n.º 1 (enero-junio 2017), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO y CLAVIJO PATIÑO, LUIS EDUARDO (2003), “El error del asegurador en el contrato de seguro”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, 5(2), julio-diciembre, 2003, Bogotá, Universidad del Rosario, pp. 224-241, tomado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/260>.

NEME VILLARREAL, MARTHA LUCÍA, “El error como vicio del ‘consentimiento’ frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato”, en *Revista de Derecho Privado*, n.º 22, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, tomado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3194/3440>.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, ANDRÉS E., “Las nuevas tendencias del derecho de seguros en las legislaciones más recientes de los países latinoamericanos”, en *Revista Ibero-Lationamericana de Seguros*, Bogotá, Universidad Javeriana-AIDA, 40(23): 13-60, enero-junio de 2014.

LEGISLACIÓN

Código Civil colombiano

Código de Comercio colombiano.

Ley 105 de 1927 (no vigente).

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional:

Sentencia C-232 de 1997, MP Jorge Arango Mejía.

Sentencia SU-747 de 1998 MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia T-1165 de 2001, MP Alfredo Beltrán Sierra.

Sentencia T-152 de 2006, MP Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-517 de 2006, MP Marco Gerardo Monroy.

Sentencia T-832 de 2010, MP Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia T-322 de 2011, MP Jorge Iván Palacio.

Sentencia C-634 de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-751 de 2012 MP María Victoria Calle Correa.

✓ Sentencia T-222 de 2014, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-830 de 2014, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-393 de 2015, MP Myriam Ávila Roldán.

Sentencia T-024 de 2016, MP María Victoria Calle Correa.

✓ Sentencia T-282 de 2016, MP Gloria Stella Ortiz.

Sentencia T-251 de 2017, MP Iván Humberto Escrucería.

Sentencia T-400 de 2017, MP Alberto Rojas Ríos.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil:

Sentencia del 19 de mayo 1999, exp. 4923, MP José Fernando Ramírez Gómez.

Sentencia del 2 de agosto de 2001, exp. 6146, MP Carlos Ignacio Jaramillo.

Sentencia del 26 de abril de 2007, exp. 11001-31-03-022-1997-04528-01, MP Manuel Isidro Ardila.

✓ Sentencia del 1.º de junio de 2007, exp. 66001-3103-004-2004-00179-01, MP Ruth Marina Díaz Rueda.

Sentencia del 1.º de septiembre de 2010, exp. 05001-3103-001-2003-00400-01, MP Edgardo Villamil Portilla.

Sentencia del 13 de febrero de 2012, exp. 14027-01, MP William Namén Vargas.

✓ Sentencia del 4 de marzo de 2016, exp. SC2803-2016, radicación n.º 05001-31-03-003-2008-00034-01, MP Fernando Giraldo Gutiérrez.