

El deber de sinceridad del tomador del seguro en su declaración del estado del riesgo

FERNANDO HINESTROSA*

Fecha de recepción: 21 de noviembre de 2007

* Rector de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, y profesor de derecho privado en la misma.

1. *La cláusula general de buena fe.* El postulado con arreglo al cual las partes han de proceder de buena fe en la ejecución del contrato, ha sido predicado tradicionalmente por los códigos, a partir del *Code Civil français* (art. 1134; art. 1603 Código Civil colombiano). Durante el siglo XIX la referencia a la buena fe se circunscribió al cumplimiento de las obligaciones surgidas de aquél, con un juego bastante reducido del papel del juez, por cuya boca hablaba la ley, de modo de asegurar que el contrato fuera asunto exclusivo de las partes, a salvo de cualquiera intervención ajena (ante todo judicial) correctora o de ampliación del contenido.

Ya en los comienzos del siglo XX, la jurisprudencia francesa, abrió la puerta a las obligaciones contiguas, implícitas, resultantes de la naturaleza del objeto, pero, sobre todo, como exigencia de la buena fe.

2. *Ampliación e intensificación del principio de buena fe.* Igualmente, la proyección y el sentido de la buena fe se fueron ampliando en otras direcciones, a la vez que su contenido se tornó más exigente, en general, y con mayor severidad frente a ciertos contratos en los que la confianza recíproca o la de una parte en la otra es más intensa o, mejor, imperativa. El derecho, por principio, demanda al particular en todo momento de su relación, desde cuando se propone contratar hasta después de haber liquidado el contrato, un comportamiento ceñido a la consideración de los intereses de la contraparte, con la que ha de colaborar para alcanzar la finalidad común. La sensibilidad por la cláusula general de la buena fe fue extendiendo su radio de acción, de modo de gobernar igualmente las *negociaciones* que pueden anteceder a su celebración, y así la han venido resaltando, cada día con mayor fuerza, la doctrina y la jurisprudencia, e incluso la legislación, como aparece en los arts. 1337 y 1375 *Cod. Civile* italiano, los arts. 863 y 871 Código de Comercio colombiano, inspirado en ese modelo, el art. 1362 Código Civil peruano, y el art. 1375 del *Code Civil* de Québec.
3. *Surgimiento de la buena fe objetiva.* Pero, además, fue apareciendo o, quizá mejor, se fue desarrollando, adquiriendo autonomía y tomando gran vigor, una nueva

dimensión de la buena fe: la buena fe objetiva, diligente o exenta de culpa, que por lo mismo no puede darse por supuesta, y la persona que pretenda obtener la tutela o la ventaja prevenidas en la norma, habrá de demostrar que se estuvo a la altura de lo exigible, no en abstracto, sino según su condición personal y los patrones conducta correspondientes a las distintas circunstancias. Para el derecho colombiano, como corresponde a la tradición romano-germánica, el concepto de buena no es sinónimo de 'razonabilidad'. Esto quiere decir que la buena fe es una regla 'relacional', cuyo contenido es objetivo y cuyo entendimiento va siempre en función de la tutela de la otra parte, o sea en garantía de la confianza legítima que en ella despertó quien debía proceder lealmente: *Dictorum conventorumque constantia et veritas*. Por ello no se puede tomar la buena fe, ni siquiera la subjetiva, con una elasticidad que le permita al obligado a emplearla según su mejor saber y entender, sacrificando el interés ajeno, y menos aún, como una regla susceptible de atenuaciones que limiten su responsabilidad al caso de fraude¹. La buena fe en nuestro derecho contractual, y éste el espíritu del Código de Comercio, en locuciones tomadas directamente del *Codice Civile* italiano de 1942, es la buena fe objetiva y no la subjetiva². Es la denominada allá 'exenta de culpa', lo que en fin de cuentas quiere decir que el sujeto tiene que actuar con lealtad y corrección plenas, de acuerdo con los estándares sociales y legales, que en ocasiones se extreman (como en el caso de la declaración del estado del riesgo en el contrato de seguro, art, 1958 C. Co.)³, que no se

- 1 "[Buena fe objetiva] no es una diligencia media o en abstracto (aquella constantemente replanteada y elaborada tradicionalmente —en una orgía de *aurea mediocritas* y en virtud de una especie de revelación estadística de comportamiento uniformes— referida a una *bonus pater familias*, sino una diligencia en concreto, ... con criterio atento a la calidad de los intereses en juego": L. BIGLIAZZI-GERI, *La buona fede nel diritto privato*, en *Il principio di buona fede*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 56 s. "Se advierte la distinción recurrente entre la buena fe subjetiva y la objetiva y se agrega, para una mayor reflexión, la necesidad de ver incluso la primera, en una dimensión que no se limite a considerar la actitud de quien obra de buena fe, entendida emotivamente, y lleva al juez, como justificación, su convicción del ejercicio del derecho o el error. Además, está la exigencia, para la buena fe subjetiva, de no encerrarla en una visión unilateral limitada a quien la invoca, de modo de proceder a una comparación de los intereses no sólo con el estado subjetivo y la condición y defensa de quien obra, sino también de los sujetos frente a los cuales se hace valer la situación de buena fe": P. RESCIGNO, *Notazione generali sul principio della buona fede*, en *Il principio di buona fede*, Giuffrè, cit., pág. 35.
- 2 ESCOBAR SANÍN, G., *Negocios civiles y comerciales*, I, *Negocios de sustitución*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985, n° 144 ss.; II, *Teoría general de los contratos*, Dike, Bogotá, 1994, n° 527.
- 3 "No se puede decir que la buena fe no tenga su sitio en materia contractual. Ante todo, evidentemente, bajo una forma negativa, con la prohibición de su contraria: la mala fe. Se observa, así, al contratante que viola sus compromisos formalmente expresados, como también a aquel que hace surgir en su contraparte una esperanza que sabe no tendrá respuesta. Se aproxima de ese modo positivamente a la buena fe que impone ciertos deberes a los contratantes. / Ante todo, deber de lealtad en la ejecución del contrato, pero también en su negociación y su celebración (El proyecto de *Code Civile* del año VIII preveía que "las convenciones deben ser *contratadas* y ejecutadas de

atenuan, y en ningún caso según su propio criterio individual, de suyo proclive a la autocomplacencia. Y, además, que tiene que probar que así se desempeñó.

El art. 863 C. Co. colombiano, previene singularmente que “las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”, en redacción tomada del art. 1337 *Codice Civile*, a la que agregó la calificación de la buena fe “exenta de culpa”, que utiliza repetidamente, para precisar su especificidad y diferenciarla de la buena fe pasiva, imperante en materia posesoria, lo que en cierto sentido vino a constituir una innovación.

4. *El deber de información.* El deber de información oportuna, completa y veraz, es algo elemental, correspondiente a la exigencia de obrar con lealtad y corrección en que se proyecta el principio de buena fe, encarecido sobremanera en el comercio de bienes y servicios, que impone la mayor consideración hacia el otro, acá la contraparte en ciernes, en cuya vigencia ponen especial esmero jurisprudencia y doctrina por doquier, en procura de combinar pedagogía cívica con responsabilidad jurídica, para una mayor armonía y coherencia de las relaciones. Quien quiera que emita una oferta de contrato ha de precisar las características de los bienes y servicios relativos y, por ende las condiciones de aquel.

Esa exigencia genérica de lealtad y corrección, que se expresa en el deber de información de todas aquellas circunstancias relevantes concernientes a la formación del contrato, adquiere connotaciones singulares en determinados contratos y, dentro de ellos, más aún, en determinadas condiciones, a veces disciplinadas singular y

buena fe”). En la formación: no solamente cada una de las partes no debe engañar a la otra, sino que debe adoptar una actitud coherente permitiendo a su contraparte determinar su propia conducta. ... De manera general, cada vez que un contratante da lugar a una relación de confianza, debe asumir las consecuencias”: F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8e., Dalloz, Paris, 2002, n° 43. «En el desenvolvimiento de las negociaciones y en la formación del contrato las partes se deben comportar conforme a la buena fe (art. 1137 C. C.). La buena fe se presenta aquí como regla de conducta, o sea como buena fe en sentido objetivo. La buena fe expresa el principio de la solidaridad contractual y se especifica en los dos aspectos fundamentales de la lealtad y de la salvaguarda. La buena fe, precisamente, impone a la parte comportarse lealmente y, además, esmerarse para salvaguardar la utilidad de la otra parte dentro de los límites de un sacrificio apreciable. ... Deberes típicos de buena fe en la fase precontractual, por el aspecto de la lealtad, están los deberes de a) información, b) claridad y c) secreto, y por el aspecto de la salvaguarda, está d) el deber de cumplimiento de los actos necesarios para la validez y la eficacia del contrato. a) *Información.* Una expresión típica de la buena fe en las negociaciones es el deber de informar a la otra parte sobre las circunstancias relevantes concernientes al negocio. La violación del deber de información en las negociaciones se califica como reticencia. Queriendo determinar el contenido del deber de información en las negociaciones, debe decirse ante todo que éste no se refiere a la conveniencia de contrato, sino a las circunstancias objetivas que lo hacen inválido, ineficaz o inútil”: BIANCA, *op. cit.*, n° 78.

estrictamente por la ley. Así, ese deber general, se refuerza y especifica, en razón de la naturaleza de la relación jurídica en ciernes, que le impone a ambas partes o a una de ellas en especial, sinceridad, corrección, lealtad, mayores, o sea una buena fe más estricta: *ubérrima*, se dice. Y, a esa exigencia, el contrato de seguro no solamente no se sustrae, sino que en él es aún más apremiante⁴, y en la actualidad ocurre otro tanto con los contratos de consumo. A uno y otros les son aplicables, por supuesto, además de las reglas comunes, aquellas exigencias especiales que los ordenamientos han elaborado a propósito, en el ánimo de la mayor transparencia en su celebración y la mayor agilidad para atender las anomalías mediante sanciones expeditas, ante todo de tutela particular, pero también coloreadas de un interés general en la honestidad de los tratos, más vivo en la medida de la universalización de las figuras y del significado económico que su volumen enorme llega a alcanzar universalmente.

5. *La sanidad del consentimiento como requisito de validez del contrato.* De antaño se ha repetido que el consentimiento o la voluntad de los sujetos negociales ha de ser consciente, ilustrado y libre, y el derecho ha provisto al imperio de esa pauta, por medio de la institución de los vicios de la voluntad, para el caso, del dolo, que es el que acá interesa, entendido como error determinante provocado por la otra parte, y en los actos unilaterales, por el beneficiario de la atribución patrimonial, inicialmente con relevancia circunscrita a sus maniobras, esto es, a su comportamiento positivo insidioso, pero habiendo ampliado paulatinamente el criterio para comprender también la reticencia o silencio, naturalmente cuando en razón de precepto normativo o de regla de conducta social o profesional, el sujeto se encontraba en el deber de expresarse, alertar, informar, corregir la visión de los hechos y circunstancias, a fin de evitar el error del otro. Sólo que por razones múltiples de seguridad jurídica y de compaginación de los intereses en juego, los requisitos de relevancia de las figuras correspondientes han sido precisos y rigurosos. De ahí que, algunas más complejas refinadas, la ley ha delineado previsiones y soluciones que difieren de aquellos y se adaptan mejor a las mayores exigencias de corrección y sinceridad de ambas partes o de aquella a la que directamente concierne el deber.

El deber de corrección, de honestidad, de sinceridad, de solidaridad, o utilizando una expresión afortunada de la doctrina francesa reciente: un deber de decencia⁵,

4 "En todo contrato el proponente debe indicar los elementos que constituyen el contenido de su propuesta. Pero en el contrato de seguro esta indicación adquiere una importancia especial, porque no es el asegurador, sino el asegurado el llamado gestor del riesgo y solamente él conoce todas las circunstancias aptas para identificarlo y valorarlo. ... En el seguro la verificación por parte del asegurador de los elementos indicados por el asegurado es de ordinario imposible, por tratarse de acontecimientos ocurridos tiempo atrás o de naturaleza delicada": A. DONATI, *Tratatto del diritto delle assicurazioni private*, II, Giuffrè, Milano, 1954, n° 414.

5 Ph. STOFFEL-MUNCK, *Préavis contractuel et préavis raisonnable*, en *Revue des contrats*, LGDJ, Paris, 2004, pág. 943 y sigs.

con que se ha de comportar cada uno de los sujetos que emprenden negociaciones o que se aprestan a la celebración de un contrato, compelidas socialmente e incluso normativamente, a colocarse en el lugar del otro y precaver descalabros y quebrantos, en manera alguna justificables con la excusa de “no se me preguntó”, “no pensé que esa información tuviera importancia”.

6. *Importancia del conocimiento del riesgo en el contrato de seguro.* En lo que se refiere al contrato de seguro y, dentro de él, más a algunas variedades o modalidades suyas, dado que su función es trasladar en todo o en parte las consecuencias patrimoniales adversas del riesgo que corre una de las partes a la otra, que lo asume, la determinación precisa de aquel es esencial y definitiva⁶. De ahí el esmero que las legislaciones han puesto en la identificación y precisión del riesgo y en el deber del tomador de declarar con sinceridad y plenitud, las circunstancias que lo individualizan y permiten estimar sus caracteres, y la previsión específica del tratamiento de la reticencia y la inexactitud en que pueda incurrir aquel⁷. Para el asegurador, la noticia del estado del riesgo que se le propone o se le solicita asumir, es fundamental: ante todo para decidir si tiene en cuenta o rechaza la propuesta y, seguidamente, en caso inclinarse por la positiva, en qué condiciones económicas le sería aceptable. En tanto que en lo que hace al tomador-asegurado es elemental la consideración de ser el mejor informado del riesgo y sus distintos aspectos, y cuando menos, quien está en mejores condiciones de una averiguación completa al respecto, de donde viene su deber de colaboración para que el trato que se celebre sea legítimo y diáfano. Esto es que, al paso que el derecho y la experiencia imponen de ordinario a cada candidato a parte la carga de informarse cabalmente sobre las condiciones de los bienes y servicios y los términos del contrato que se propone celebrar, aquí,

“se deroga el derecho común de los contratos. Derogación que se impone porque el riesgo es el elemento esencial de todo seguro, y el asegurador ha de estar en condiciones

6 “Las probabilidades de que el siniestro ocurra son necesariamente diferentes según la variedad de situaciones objetivas y normalmente también según la persona del asegurado. De ahí la necesidad para el asegurador de conocer con exactitud la situación objetiva al momento del contrato. ... El contrato de seguro no contempla un riesgo genérico y abstracto, sino uno específico y concreto que es inherente a determinada situación objetiva. Para la valoración del riesgo es, por tanto, necesario que el asegurador conozca todas las circunstancias que pueden influir en la probabilidad de ocurrencia del evento”: G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, IV, ed., Utet, Torino, 1976, n° 610, pág. 844.

“Reticencia”, según el Diccionario Érciale, IV ed., Utet, Torino, 1976, n° 610, pág. 844.

7 “Reticencia”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa: “efecto de no decir sino en parte, ordinariamente con malicia. ... Figura que consiste en dejar incompleta una frase o no acabar declarar una especie. ... Callar”. E “Inexactitud” quiere decir: “falta de exactitud”. “Exacto: puntual, fiel, cabal”.

de apreciarlo, antes de comprometerse, sea para aceptar o no el riesgo, sea para determinar exactamente la prima correspondiente”⁸.

7. *La singularidad de la disciplina de cada ordenamiento.* De más está decir que en medio de una comunidad o generalidad de prevenciones y reacciones de los distintos ordenamientos delante de esos fenómenos, es indispensable observar la actitud singular, específica del ordenamiento que rige la relación en cuestión, para juzgar con acierto el caso y conceptuar sobre la eficacia del contrato.
8. *La disciplina tradicional de la formación del contrato de seguro.* La regulación del comportamiento debido por el asegurado a la hora de la celebración del contrato y de las consecuencias de su falta a la exigencia de información sincera sobre el estado del riesgo, arranca con el art. 348 del *Code de commerce maritime français* de 1808⁹, que, tomando el antecedente de la *Ordinanza* sobre la marina de 1608, sancionaba con la nulidad del contrato el incumplimiento de la obligación de declarar sinceramente¹⁰, cuya prevención se difundió universalmente. Así el código de comercio terrestre colombiano de 1871, que igual que el Código Civil, tuvo su origen en el ordenamiento chileno:

“Art. 680. *El asegurado está obligado: 1º. A declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos. ...*”. “Art. 681. *El seguro se rescinde: 1º. Por las declaraciones falsas o erróneas, o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato, o producir alguna modificación de sus condiciones*”, y el art. 429 del *Cod. comm. italiano* de 1882.

9. *La regulación en el derecho colombiano.* El Código de Comercio colombiano de 1971 actualizó y precisó aquel deber y estas consecuencias en los siguientes términos:

“Art. 1058. *El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea presentado por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre los hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro*¹¹. / *Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario*

8 N. JACOB, *Les assurances*, Dalloz, Paris, 1974, n° 106.

9 “*Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l’assuré, toute différence entre le contrat d’assurance et le connaissance, qui diminueraient l’opinion du risque et en changeraient le sujet annulent l’assurance ...*”.

10 “Sanción que los jueces llegaron a considerar demasiado rigurosa porque afectaba a toda irregularidad del asegurado, que aun sin intención fraudulenta, se hacía culpable de una simple negligencia”: JACOB, *op. cit.*, n° 115.

11 “*Declaración inexacta o reticente.* El código anterior consignaba la *falsedad*, el *error*, la *reticencia* como vicios de la declaración que hacían rescindible el contrato de seguro. Mejor ajustado a la técnica, el nuevo (art. 1058) consagra tan sólo la *inexactitud* y la

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 riesgo¹² / Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable

reticencia, claro está “sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas”. Pero una y otra pueden ser *intencionales* (por venir de dolo o culpa grave), *culposas* (por venir de culpa leve o levisima) o *inocentes* (por venir de error inculpable). Su origen, en otras palabras, incide sobre la naturaleza de la sanción, que ayer fue la nulidad relativa y hoy, con mejor sentido de la equidad, puede ser la nulidad relativa o la reducción proporcional de la prestación asegurada en caso de siniestro. ... La inexactitud y la reticencia, pueden ser *relevantes* o *irrelevantes*. Lo que importa jurídicamente a los efectos de la procedencia o improcedencia de las sanciones establecidas en la ley. ... a) *Sobre hechos relevantes*. Si los hechos o circunstancias omitidos o inexactamente declarados: 1) eran o debían ser *conocidos* por el tomador (la declaración debe ser sincera) o por su representante (C. de Co. art. 834). Si los ignoraba, no estaba obligado a declararlos, a menos que hubiera podido conocerlos mediante una razonable diligencia. La ley exige la “buena fe exenta de culpa” en la etapa precontractual (art. 863). No creemos, con todo, que el tomador esté obligado a adelantar pesquisas, investigaciones exhaustivas en procura de información acerca de un hecho que ignora o del cual tiene apenas lejana referencia. Le basta, a nuestro juicio, en guarda de la lealtad debida al asegurador, proceder con la normal diligencia de un buen padre de familia. 2) Si los hechos o circunstancias encubiertos, por acción u omisión, eran de tal naturaleza que hubieran influido en el consentimiento del asegurado o en las condiciones de su otorgamiento o, como reza textualmente el art. 1058, “que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas”. Lo que pretende la ley es que el asegurador sea consciente del riesgo que asume, de su naturaleza de su extensión, de los hechos o circunstancias de carácter objetivo o subjetivo que lo hacen más o menos azaroso y, por tanto, más o menos probable el siniestro o si este ocurre, más o menos cuantioso el daño indemnizable a la luz del contrato. Y de ahí la fidelidad que exige en la declaración de asegurabilidad que, de otra parte, está concebida para relevarlo de acuciosas investigaciones, de laboriosas inspecciones y análisis ...”: J.E. OSSA G., *Teoría general del seguro*, II, *El Contrato*, Temis, Bogotá, 1991, pág. 330.

- 12 “Esos hechos o circunstancias a que se refiere el primer inciso del art. 1058, están constituidos por los que señalen las preguntas del cuestionario elaborado por el asegurador, tendientes a que el consentimiento de éste se halle libre de todo vicio al celebrar el contrato, especialmente del error; a que conozca exacta y debidamente la naturaleza, extensión y magnitud del riesgo que va a asumir y a que pueda juzgarlos convenientemente ... La rescisión el contrato de seguro ... se cumple en las siguientes hipótesis: a) Que el asegurado haga declaraciones que no sean verídicas acerca de los riesgos que debe asumir el asegurador; b) Que haya llamado u ocultado alguno de los riesgos; c) Que esas declaraciones inexactas o reticentes sean capaces de influir sobre el consentimiento del asegurador para asumir el riesgo ... Por consiguiente la ley pretende impedir con esa norma (art. 1058) que la conducta del asegurado genere en la aseguradora un consentimiento errado. “La redacción misma del segundo inciso del precepto que se comenta indica muy claramente que el solicitante, aunque el asegurador no le someta cuestionario en todo caso está

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 adeudada al verdadero estado del riesgo 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 allane a subsanarlos o los acepte expresa o tácitamente”.

10. *La norma del código peruano.* De su lado, el art. 376 del Código de Comercio del Perú de 1902, previene:

“Nulidad del contrato de seguro. Será nulo todo contrato de seguro: 1) Por la mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de celebrarse el contrato. 2) Por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe, siempre que pueda influir en la estimación de los riesgos. 3) Por la omisión u ocultación, por el asegurado, de hechos o circunstancias que hubieran podido influir en la celebración del contrato”.

11. *La especificidad de la regulación del contrato de seguro.* Bien se aprecia que dentro de la exigencia mayor de buena fe para ambas partes en la celebración del contrato de seguro, la ley se esmeró en la disciplina del comportamiento del asegurado¹³, con la previsión de que la omisión o inexactitud relativa a la declaración de hechos o circunstancias relevantes para la apreciación del riesgo¹⁴, cuando fue determinante para la celebración o definitiva para las condiciones económicas del contrato, da lugar a la anulación¹⁵, al margen de la calificación política o moral de

obligado a declarar los hechos o circunstancias que permitan a dicho asegurador tener un consentimiento libre de todo vicio para conocer el riesgo que va a cubrir y aceptar o rechazar el seguro pedido o para estipular condiciones más onerosas que las habituales para este tipo de riesgo ... En uno y otro caso, o sea con cuestionario o sin él, si las apuntadas inexactitudes o reticencias del tomador del seguro están libres de culpa de su parte, la sanción que establece la ley es más benigna”: Casación civil de 28 de julio de 1976.

- 13 “El deber de información es a veces descrito como exigencia, no sólo para el asegurado, sino también para el asegurador, de revelar todos los hechos materiales de su conocimiento ... Es obvio que usualmente el asegurador no tiene nada que revelar ... Si el asegurado deja de revelar los hechos, puede perder en su totalidad la suma correspondiente a la indemnización en caso de siniestro”: D. FRIEDMANN, *The transformation of ‘good faith’ in Insurance Law*, en *Good faith in contract, Concept and context*, ed. by R. Brownsword, N. J. Hird & G. Howells, Dartmouth, Aldershot, 1999, p. 314.
- 14 A propósito del concepto de “circunstancia de riesgo” y su clasificación, cfr. DONATI, *op. cit.*, n° 337 y 418.
- 15 “Cuando el derecho de seguros fue formulado en Inglaterra, ... estaba ya entrelazado con el concepto de buena fe. ... Los textos jurídicos están llenos de declaraciones en el sentido de que los contratos de seguros son contratos de máxima buena fe, al parecer porque ‘buena fe’ no era suficiente: ‘uberrima fides’, en palabras latinas, para fortalecerla. Este desarrollo del derecho de seguros se mantuvo por varios siglos en contraste

la conducta del tomador¹⁶. Con lo cual se palpa el contraste con el tratamiento dado por el derecho a los vicios de la voluntad relativos a ignorancia o falsa apreciación del estado del riesgo, cuya ocurrencia podría desembocar en la nulidad del contrato¹⁷. De un lado, en lo que hace al error, la no exigencia de su sustancialidad, esto es, de que verse sobre uno de los cuatro elementos o caracteres del contrato: *error in negotii*, *error in corpore*, *error in substantia*, *error in persona*, pudiendo darse sobre cualquier otro aspecto o factor, siempre que su conocimiento hubiera retraído al asegurador de la aceptación del contrato o lo hubiera llevado a aceptarlo en condiciones más onerosas. Y en lo que respecta al dolo, la aceptación directa del dolo negativo¹⁸, comoquiera que la parte tiene el deber legal de declarar y hacerlo sinceramente¹⁹ y a plenitud, la no exigencia de mala fe del tomador, cuya

grande con la posición del derecho general de los contratos, que rechazaba la doctrina de la buena fe, y que se atenía a la idea del imperio de la idea de *caveat emptor*": FRIEDMANN, *op. cit.*, pág. 310.

- 16 G. VISINTINI, *La reticenza nel contratto di assicurazione*, en *La reticenza nella formazione dei contratti*, Cedam, Padova, 1972, p. 42, anota que EMERIGON en su *Traité des assurances et des contrats à la grosse* (1783), sostuvo que "se es responsable de dolo no sólo cuando para inducir al asegurador al contrato o a bastarse con una prima baja, se declaran hechos contrarios a la verdad, sino también si se callan circunstancias graves cuya consecuencia era importante para el asegurador", y que POTHIER, en su *Traité du contrat d'assurance* (nº 196), se pronunció claramente por la nulidad del contrato de seguro en caso de declaraciones falsas que indujeron al asegurador a error en su representación del riesgo, independientemente de la mala fe del asegurado". "No importan, entonces, los motivos que hayan movido al tomador para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando se le ha inquirido para que dé informaciones objetivas y de suficiente entidad que le permitan a ésta medir el verdadero estado del riesgo; sea cual haya sido la razón de su proceder, con intención o con culpa, lo cierto es que la consecuencia de su proceder afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz. ... ": casación 25 noviembre 2005.
- 17 "No pareciendo adecuadas las normas generales sobre los vicios del consentimiento, se dictaron normas especiales que establecieron que cualquiera declaración falsa o errada y cualquiera reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, así no fueran influyentes sobre el siniestro, pero si tales que el asegurador no habría celebrado el contrato o no lo habría celebrado en las mismas condiciones, de haber conocido el verdadero estado de las cosas, era causal de nulidad, y en caso de mala fe, el asegurador tenía derecho a la prima": DONATI, *op. cit.*, nº 414.
- 18 "La excepción a la irrelevancia del llamado dolo negativo es de ordinario justificada en razón del carácter singularmente aleatorio del contrato de seguro y de la consiguiente necesidad de prever explícitamente por ley un deber específico de información a cargo del asegurado y de garantizar su observancia con sanciones oportunas": G. VISINTINI, *op. cit.*, pág. 39.
- 19 Conforme lo señala el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española*, "*Sinceramente*" es un adverbio que significa "con sinceridad", y "sinceridad un

omisión o inexactitud, por sí solas, independientemente de cualquier fraude o culpa, completan el supuesto de hecho de la sanción de invalidez, no sólo al ser determinantes de la celebración del contrato (*causam dans*), sino incluso en el supuesto de haber conducido a su celebración en condiciones desproporcionadas (*incidens*). O sea que la figura de la anulabilidad del contrato por falla en la declaración del proponente encuentra su fundamento en la peculiaridad del seguro, dentro de un desarrollo singular y más del deber común de asegurar que los contratos se celebren reglar y equitativamente²⁰. Lo que no se puede afirmar es que la culpa sea ingrediente esencial de la invalidez del contrato. Otra cosa es que la inexactitud proveniente de un error inculpable o inocente permita que la sanción de nulidad pase a ser de reducción de la indemnización en caso de siniestro (art. 1058, inc. 3°).

12. *Explicaciones de la disciplina de la formación del contrato de seguro*. De antiguo se han formulado tesis variadas para explicar la anulación del contrato de seguro por declaración inexacta o reticente²¹. Acá vale resaltar la tendencia marcada a atribuirle a vicio de la voluntad²², que sería *sui generis*, dadas los caracteres del *factum* normativo, que de insistir en ella, conduciría a la formulación de un cuarta categoría de vicio, por demás innecesaria²³ y en contraposición con ella, la que encuentra el *fundamentum iuris* de la figura en el “incumplimiento de deberes pre-contractuales”²⁴. A este propósito y advirtiendo que no se trata de “incumplimiento

sustantivo que quiere decir “veracidad”: “decir la verdad”: “*realidad, existencia real de una cosa*”. O sea que se trata de conceptos objetivos y no subjetivos. No decir la verdad es declarar algo distinto de la realidad, más cuando se conoce esa realidad. Es claro que la mentira implica una falta a la verdad, con la intención de engañar; no todo el que falta a la verdad miente; pero sí todo aquel que no dice la verdad no declara sinceramente. En otras palabras, lo que la ley exige al asegurador es decir, la verdad objetiva, y no la suya personal, y lo que la ley sanciona con la nulidad del seguro es esa falta objetiva, y no un dolo o engaño.

- 20 “La vía escogida por el legislador fue la de: a) elevar a presupuesto de validez plena y eficacia del contrato la correspondencia objetiva (o sea independientemente del conocimiento o ignorancia el contratante) entre el riesgo presentado al asegurado y el riesgo real; b) la declaración exacta y completa del riesgo constituye una carga al tomador en interés del asegurador, para que éste pueda obtener la correspondencia, de modo que se satisfaga el interés de que el contrato sea válido y eficaz; c) la violación de la carga tiene por efecto la debilitación del contrato: debilitación más profunda (anulación) ... o menos profunda (terminación o reducción de la prestación en caso de siniestro anterior a aquella)”: DONATI, *op. cit.*, n° 417.
- 21 DONATI, *op. cit.*, n° 416, pág. 301 y sigs.
- 22 Entre nosotros, asimilándolo al dolo, A. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, *Lecciones de derecho de seguros, 3, Las obligaciones y cargas de las partes en el contrato de seguro y la inoperancia del contrato de seguro*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 26 y sigs. y p. 138 y sigs.
- 23 VISINTINI, *op. cit.*, pág. 87.
- 24 VISINTINI, *op. cit.*, págs. 88 y 96 y sigs.

de obligaciones" y, menos contractuales, derivadas un contrato que aún no se ha celebrado, sino de "deberes" ("obblighi", más que "cargas" propiamente dichas), legalmente impuestos y cuyo "incumplimiento" (para el tiempo de la celebración de aquel) está igualmente prevenido por la ley con esa sanción. Actitud política del ordenamiento que, por lo demás, no versa exclusivamente con el contrato de seguro, sino que se ha extendido a numerosos contratos de consumo, en donde campea el deber de información oportuna, completa y veraz respecto de los objetos y de las condiciones del contrato, con la misma previsión tutelar, que deja en manos del 'beneficiario' del deber, víctima de la trasgresión, la decisión de impugnar la validez del contrato. Como respuesta, en mi sentir, más ágil y propia a la opción normativa, a la que se agrega la cláusula general de la responsabilidad precontractual (art. 863 C. Co. cit.).

13. *Procedimientos para la formación del contrato de seguro.* El procedimiento para llegar a la celebración del contrato exige de todas maneras una declaración cierta y completa sobre el estado del riesgo de parte del asegurado²⁵. Declaración que puede ser solicitada o propiciada por el asegurador al proveer al tomador de un formulario que éste debe responder con protesta de la mayor sinceridad y, aun cuando la mayoría de los seguros se toman anteceditos de esa declaración formal, que en algunos casos puede llegar a ser requisito ineludible, los dos regímenes: con formulario previo o sin él, se encuentran prevenidos legalmente y con diferencias fundamentales en su tratamiento.

25 Cfr. arts. 15, 17 y 21 sigs., ley francesa de 1930. «La declaración de los riesgos que se asegurarán es una de las obligaciones absolutamente fundamentales del asegurado, cuyo fin es permitirle al asegurador formarse su opinión sobre el riesgo que va a garantizar, de clasificarlo dentro de las categorías de los riesgos comprendidos en sus estadísticas y determinar así su costo y, por ende, el precio de la garantía. ... El contrato de seguro es un contrato de buena fe, en el que el asegurador debe confiar ampliamente en las declaraciones del asegurado, de modo que las meras reticencias, al alterar la apreciación del riesgo, falsean la evaluación correcta del costo de la seguridad que toma a su cargo y el mecanismo mismo del seguro por la compensación de riesgos. El art. L. 113-2, inc. 2, adicionado al código de seguros, dispone que el asegurado está obligado a "responder exactamente las preguntas formuladas por el asegurador, concretamente en el formulario de declaración del riesgo en el que el asegurador le pregunta para la celebración del contrato, sobre las circunstancias cuya naturaleza le permite apreciar los riesgos que toma a su cargo". La declaración de los riesgos debe hacerse sobre la base de un solo cuestionario dispuesto por el asegurador. 1. *Este cuestionario es pues, limitativo* y, si el asegurador omitió una pregunta sobre un aspecto importante del riesgo, el asegurado no incurrirá en culpa. Los aseguradores deben velar por presentar los cuestionarios tan completos y exhaustivos como sea posible. 2. Este cuestionario debe ser preciso: a este propósito el art. L. 112-3, inc. 2 del código de seguros, trae una advertencia severa: 'Cuando, antes de la celebración el contrato, el asegurador formula preguntas por escrito, o por otro medio, no podrá prevalerse del hecho de que una pregunta formulada en términos generales haya sido contestada en forma imprecisa. ... En consecuencia, el objeto de la declaración está circunscrito a las solas preguntas formuladas en el cuestionario limitativo': Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 10e. éd., Dalloz, Paris, 1998, n° 312.

14. *Seguro mediante formulario*. El formulario, dados los pasos que preceden al contrato, adquiere el carácter de propuesta del tomador al asegurador: documento impreso o electrónico contentivo de un sinnúmero de preguntas relativas a hechos y circunstancias que el asegurador considera de importancia (relevantes) para la clase de seguro en cuestión, cuya respuesta le permitirá valorar la trascendencia y magnitud del riesgo y, en consecuencia, asumirlo o desechar la propuesta y, en la primera opción valorar su costo y, por ende el monto de la prima. Los distintos ordenamientos recalcan, tanto el deber de plenitud, como el de exactitud en la respuesta del asegurado²⁶. Lo primero, en cuanto ponen de presente, o ello va implícito, que aquel ha de rastrear las circunstancias que rodean al riesgo que pretende le sea cubierto, y lo segundo en cuanto no le vale un juicio personal de la suficiencia de la averiguación y de la declaración²⁷. Cuando al contrato se llega mediante formulario, el *factum* de la causal de anulación está constituido en el ordenamiento colombiano, por la reticencia o la inexactitud en la declaración de “hechos o circunstancias conocidos por el asegurador, lo habrían retraído de celebrar el contrato o lo habrían conducido a estipular condiciones más onerosas”. Adicionalmente, los hechos y circunstancias materia del formulario se presumen relevantes para la determinación del asegurador²⁸. A dicho propósito surge inquietud sobre la naturaleza de unos y otras, que se resuelve en abstracto diciendo que han de ser relevantes para la apreciación del riesgo; y acerca de la diligencia que ha de emplear el asegurado en la indagación de ellas, que corre parejas con la diaphanidad que se le exige al declararlas, sobre lo cual se volverá adelante, pero a cuyo propósito, preventivamente, puede decirse que es allí donde se manifiesta el carácter de *uberrima fidei* del contrato de seguro y la demanda normativa de máximas diligencia y buena fe a cargo del asegurado²⁹.

Ahora bien, el derecho se ha orientado universalmente en el sentido de que el cuestionario contenido en el formulario es la oportunidad por excelencia, para

26 Así el art. L. 113.2 *Code des assurances français* y la Ley 31 diciembre 1989.

27 Cfr. casación civil 2 agosto 2001, expediente 6146.

28 “Se presumen esenciales”: VIVANTE. “Para concluir si hubo o no violación, no se debe reducir el examen a la declaración de una sola circunstancia, sino mirar a todo el conjunto de las declaraciones, dado que una declaración singularmente incompleta puede ser integrada por otras; ni reducirse a la interpretación puramente literal de una palabra, sino ir al espíritu de las expresiones empleadas, teniendo en cuenta el grado de cultura del declarante. Si delante de declaraciones manifiestamente equívocas, el asegurador no pidió aclaración, ello ha de entenderse como que no consideró relevante la circunstancia”: DONATI, *op. cit.*, n° 419.

29 Al respecto es muy significativa la jurisprudencia italiana comentada por VISINTINI, *op. cit.*, pág. 65 y sigs., que sostiene que la reticencia o la falsedad es asimilable a dolo o, cuando menos, a culpa grave, y que “el dolo que debe presumirse es aquel que se revela objetivamente”: si el asegurador prueba la reticencia sobre circunstancia especialmente influyente en el riesgo, faltando la prueba de la buena fe (por lo demás muy difícil en la práctica), es frecuente la afirmación de que la prueba del dolo está *in re ipsa*.

algunos única, que tiene el asegurador para indagar sobre lo que le interese con relación al estado del riesgo, de manera que, por una parte, sobre él pesan las cargas de plenitud y precisión, con lo cual se indica que no podrá alegar como omisión o inexactitud relevante para los fines de la anulación, nada por fuera de los puntos contenidos en el formulario, y que, a más de las lagunas, las ambigüedades en el cuestionario pesan en su contra³⁰. O sea que el formulario y su contestación son los puntos de referencia ciertos y concretos a propósito del comportamiento de uno y otro contratantes, para el juzgamiento de su proceder y los efectos consiguientes. Lo que no obsta para que el asegurado “haya de declarar las circunstancias excepcionales que agravan el riesgo, así no estén incluidas dentro del cuadro de preguntas del formulario”³¹.

15. *Contrato sin formulario previo*. Claro está que el no haber mediado formulario, no releva al tomador del deber de declarar sinceramente el estado del riesgo³². Lo que ocurre es que entonces, a tiempo que el ámbito de los hechos y circunstancias relevantes no tiene los linderos precisos del formulario, y por ende la relevancia de ellos será material y no exclusivamente formal, la omisión o la inexactitud tienen que ser culposas y, demás, han de versar sobre hechos o circunstancias que impliquen objetivamente una agravación del riesgo. En otras palabras, mientras que cuando media formulario, la falta de exactitud (sinceridad) o de plenitud en la declaración

30 “El asegurador no se puede prevaler del hecho de que una pregunta formulada en términos generales haya recibido una respuesta imprecisa”: ley francesa de 31 diciembre 1989. *En la declaración dirigida*. En ella cuentan, ya lo hemos visto, hechos o circunstancias que incidan sobre el estado del riesgo en su doble dimensión *objetiva* y *subjetiva*. Hechos o circunstancias sobre los cuales, además, se suscite la atención del tomador en el respectivo cuestionario y que hay que suponer relevantes por su influencia en la evaluación del riesgo. Supuesto lo cual, la sola inexactitud, la sola reticencia, si son imputables a la *insinceridad* del tomador (porque tenía conocimiento de la realidad objetiva de los hechos omitidos o falsamente declarados), constituyen fundamento suficiente de la acción rescisoria. Ya hemos anotado que, dado el cuestionario, la ley exige más de la conducta precontractual del tomador quien, interrogado sobre hechos concretos, debe dar respuestas claras, precisas, inequívocas, enmarcadas por la más estricta buena fe”: Ossa, *loc. cit.*

31 JACOB, *op. cit.*, n° 108.

32 “*En la declaración espontánea*. En este caso tan sólo, por expresa voluntad de la ley, los “hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo” esto es, los que inciden sobre una sola de sus dimensiones y no aquellos que puedan contribuir a la evaluación del riesgo moral. Pero, además, sólo en cuanto la inexactitud o la reticencia que los encubre sean imputables a *culpa* del tomador, que debe entenderse siquiera *leve* (Código Civil, art. 63, inc. 3°) y que, claro está, involucra también la culpa grave y el dolo. Se advierte cómo, en esa hipótesis, la ley exige menos de la conducta precontractual del tomador. Consciente de que hay que suponerlo normalmente profano en la técnica aseguradora y de que el asegurador dispone de medios complementarios para identificar y calificar el riesgo propuesto a su estudio, instituye un régimen más flexible, más favorable, sin duda, al titular del interés asegurado”: Ossa, *loc. cit.*

el tratamiento, basta para legitimar la pretensión anuladora del asegurador, y su relevancia puede consistir simplemente en que el conocimiento de ellos habría retraído al asegurador de celebrar el contrato (determinante) o lo habría llevado a celebrarlo en condiciones más onerosas (incidental), si no hubo formulario, la inexactitud o la omisión han debido ser culposas, a más de determinantes de una agravación objetiva del riesgo.

16. *La culpa en el contrato de seguro.* Ahora bien, y el punto ha de subrayarse, en aras de la coherencia y para evitar confusiones y tergiversaciones frecuentes, la culpa en materia de seguro, sea por la positiva (insinceridad culposa), sea por la negativa (error inculpable), es culpa a secas. Falla en la conducta: negligencia, descuido, temeridad, exceso de confianza, inadvertencia, en una palabra, no estar el desempeño del sujeto a la altura de lo que legal o socialmente en concreto le es exigible. Acá nada tienen que hacer lugar los grados de culpa: lata o grave, leve y levisima, que el Código de Bello aisladamente y con poco acierto vertió en la normatividad, con definición y la previsión de que, según el *commodum obligationis* o *utilitas contrahentium*, o sea la utilidad de la parte contractual con relación a la otra, el deudor respondería (arts. 63 y 1604 c. c.)³³. En primer lugar, por la especificidad de esa regulación exclusiva de los contratos, que no se puede extender a relaciones ciertamente no contractuales (pre-contractuales), como es aquella en que está insertado el deber de declaración sincera en la fase pre-contractual del seguro; en segundo término, porque no se ve a qué título los términos o condiciones del contrato en ciernes podrían resultar determinando (imponiendo) un régimen a todas luces extraño a las negociaciones³⁴. Y por último, razón definitiva, porque, no solamente no hay fundamento para echar mano de esa graduación, sino porque ello sería incompatible, de entrada con la exigencia de buena fe calificada en las negociaciones, y singularmente con la exigencia de máxima diligencia y buena fe inherente al contrato de seguro, conforme a la ley y a la jurisprudencia inalterable de nuestras Cortes. En tal sentido no se pueden aceptar las voces que sustentan la presencia de un patrón de conducta estándar, y menos con las que lo identifican

33 Téngase presente que en la evolución de los conceptos de *diligentia* y *culpa*, siempre con relación al cumplimiento de obligaciones, ante todo las de dar, y "la preocupación por encontrar patrones de referencia hicieron pensar en la figura del *diligens pater familias*, como "ideal ético con ropaje jurídico". La necesidad de apreciar las circunstancias en función de la idoneidad misma de la vigilancia y del interés de cada parte en la relación propició una doctrina no clásica del llamado 'principio de la utilidad', con arreglo a la cual, en general, quien no tiene interés en la relación sólo responde por *dolus*, en tanto que el interesado ha de responder por *culpa*. De allí se pasó a una división de la culpa en culpa contraria a la fides (*culpa lata*, equiparada al *dolo*), y otra (*levis*) no contraria a la fides": F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones*, 1, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, n° 61, notas 213 ss. y bibliografía allí citada.

34 Cual ocurre con la exigencia de que el poder para la celebración de un acto o contrato solemne, se someta a la solemnidad de aquel, según el desajuste introducido por la innovación del art. 836 C. Co.

con la figura anodina del buen padre de familia: *culpa leve*. Es que el contrato de seguro demanda la diligencia máxima y, por lo mismo, el deber de buena fe se conculca incurriendo con cualquiera clase de culpa, incluida la levisima.

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

Por otra parte, es palmaria la dificultad de establecer qué se entiende por "error inculpable". Para cuya solución se ha tener en cuenta que por culpa se entiende el error de conducta en que no habría incurrido el tomador de haber procedido con la diligencia, advertencia, cuidado, lealtad que le eran exigibles en las circunstancias en que actuó, habida cuenta de la naturaleza y las condiciones del contrato³⁵. Lo que no es aceptable es asimilar el error 'inculpable' al error 'involuntario'³⁶, porque este adjetivo es en extremo equívoco, con propensión a excluir todo aquello que no sea intencional.

18. *Qué es lo que el tomador debe declarar*. En todos los casos ronda por doquier la preocupación, ya advertida, de determinar qué es lo que el tomador debe declarar³⁷,

35 "El error excusable. Falsa representación de la realidad, ¿debe tenerse en cuenta el error cuando quien se equivocó estaba en posesión o fácilmente podía haberse procurado todos los elementos necesarios para el conocimiento de aquella realidad? El derecho responde negativamente. El error debe ser excusable. Al abstenerse de tomar las precauciones elementales, el *errans* falta a su deber de informarse. Comete una culpa por negligencia ... *De non vigilantibus non curat praetor*": TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, *op. cit.*, n° 223.

36 FERRI, *op. cit.*, n° 611, pág. 847.

37 Solamente aquello que sabía, fue la respuesta inicial (art. 429 C. Co. italiano de 1882), por lo demás, demasiado ambigua, pues tras de la ignorancia bien puede ocultarse una negligencia incluso grave, de ninguna manera tolerable.

y antes de ello, averiguar, para que su información sea completa y exacta, e inclusive, si a él lo grava este deber de lealtad y solidaridad para con el asegurador, hasta dónde sobre éste pesa, a su turno, un deber de averiguación. No sin cierto aire sofisticado, se pregunta si el asegurado tiene el deber de declarar lo que no sabe y, si debe declarar lo que debe saber, tanto al responder el formulario, como con relación a la omisión o inexactitud culposa, en la hipótesis de ausencia de formulario, y en todo caso, cuando a la acción de nulidad relativa oponga la excepción de “error inculparable”.

A este propósito hay que recalcar que las cargas de la autonomía privada, como tampoco las cargas probatorias y, por supuesto los deberes de lealtad y corrección, no se pueden tomar en abstracto y rígidamente, sino, forzosamente, en atención a las circunstancias objetivas en que estaba colocado el sujeto en cuestión y a cómo resultó colocado en ellas, si que también a la naturaleza y a la función de la figura negocial en cuestión. Sentado lo anterior, es oportuno reiterar que al asegurado no le basta alegar que ignoraba el hecho o la circunstancia de que se trata, para así invertir la carga probatoria y exigirle al asegurador que pruebe que él sí conocía el hecho relevante. Y agregar que acá, cual ocurre en las más de las oportunidades en que la ley protege o trata con preferencia a quien ignoraba los hechos relevantes, la cláusula general de la buena fe va más allá de la carencia de noticia, de modo de plantear la vinculación adversa no sólo de quien sabía, sino de quien debía saber y, más todavía, de quien podía saber de haber indagado o empleado la diligencia debida en la indagación³⁸. En concreto, no es dable sostener que, siempre, al asegurador le incumbe probar que el tomador, sabiendo la realidad del riesgo la calló o incurrió en inexactitud en su declaración y la relevancia de esa omisión o esa tergiversación sobre el contrato, por lo mismo que en los más de los casos los hechos hablan por sí mismos, sobre todo, muestran que el asegurado no empleó la diligencia específicamente exigible y que, de haberla empleado, hubiera conocido aquello de cuya ignorancia no se puede prevaler. Se habla de ignorancia razonable, pero en la apreciación de este adjetivo es preciso tener en cuenta, ante todo, que al asegurado se le exige obrar con óptima fe, lo que implica no solamente declarar lo que se sabe, sino averiguar lo que se debe saber.

19. *Recapitulación.* Queda en claro que el tomador del seguro, al celebrar el contrato, debe haber declarado completa, exacta y sinceramente al asegurador las circunstancias que puedan influir en el estado del riesgo; que la reticencia y la inexactitud en la declaración tienen prevista en ciertas condiciones la nulidad relativa

38 Así, por ejemplo, en lo relacionado con el conocimiento del conflicto de intereses por parte del tercero para la anulación del contrato celebrado por el representante con él, M. MAGRI, *La rappresentanza*, Cedam, Padova, 2007, pág. 164 y sigs., anota con fundamento jurisprudencial, que la conocibilidad ha de ser valorada de acuerdo con las circunstancias del caso concreto y con lo que le es exigible al sujeto de acuerdo con su calificación personal, y puede ser deducida de elementos indiciarios. Cfr. Sentencia de Corte Constitucional de 15 mayo 1997.

del contrato; que dicha declaración puede estar o no contenida en formulario sometido por el asegurador al tomador; que la plenitud y sinceridad de su respuesta a las preguntas es más exigente aún cuando va en el formulario, caso en el cual la sola reticencia o inexactitud autorizan impetrar la nulidad del contrato, con la sola condición de que el asegurador, de haber tenido noticia de la realidad del estado del riesgo, no lo habría asumido o lo habría asumido en condiciones más onerosas para el tomador; que cuando la inexactitud o la reticencia se dan en declaración sin formulario, la pretensión de nulidad, a tiempo que exige culpa de parte del tomador, demanda que los hechos o circunstancias no declarados u ocultados impliquen agravación del riesgo; que este régimen es imperativo y no puede ser modificado por las partes.

20. *Deberes de buena fe del asegurador.* Correlativamente, conforme al precepto legal, el asegurador ha de ser también diligente, sagaz, advertido y, por supuesto, leal, y su desempeño habrá de examinarse teniendo en cuenta su condición profesional y las prácticas generales de la industria del seguro³⁹. Así mismo, por razones elementales de coherencia⁴⁰, no puede legítimamente invocar la inexactitud o la omisión en la declaración del estado del riesgo hecha por el asegurado, pero de cuya realidad cierta tuvo o debió tener conocimiento oportuno, es decir, con anterioridad a la celebración del contrato, sin protesta de su parte.
21. *Exaltación del deber de buena fe.* Síguese de la anterior presentación, que nuestro ordenamiento ha sido, y continúa siéndolo, especialmente severo con el asegurado en cuanto a la exigencia de sinceridad en su declaración de los hechos determinantes del estado del riesgo, como también en cuanto a la sanción consiguiente a la falta de ese deber, cuanto lo primero al autorizar al asegurador para impetrar la nulidad relativa del contrato, al margen de si la falta de sinceridad fue intencional o culposa y, en ese supuesto, señalar determinado grado de culpa, con la sola salvedad, en el evento de obre declaración mediante formulario, de que el asegurado pruebe que la reticencia o inexactitud se dieron por error inculpable suyo. Todo ello sobre la

39 Cfr. cas. civ. 18 octubre 1995, expediente 4640. "Al lado de la protección que la ley brinda al asegurador cuando sanciona con la nulidad del seguro las declaraciones viciosas que le impidieron conocer el real estado del riesgo, le exige que sea diligente, que use de esos especiales conocimientos que debe de tener en razón de ser un profesional, a fin de percatarse del real estado del riesgo, lo cual conlleva en muchas ocasiones un análisis de delicado equilibrio por parte del juzgador a efectos de que no quede en letra muerta la sanción de la nulidad relativa por reticencias so pretexto de que el asegurador no indagó por sí mismo por el real estado del riesgo, pues ésta no es obligación que la ley le imponga, sino deber profesional que es dable sopesar en cada caso, mediante un análisis obviamente posterior, pero en el cual el juzgador debe mentalmente ubicarse antes del perfeccionamiento del contrato de seguro, a fin de verificar cómo debió haber actuado el asegurador frente al riesgo que se le propuso": casación civil 11 abril 2002, expediente 6825.

40 Casación civil 14 julio 2006 julio 14, expediente 1177.

base de un concepto riguroso de la buena fe⁴¹, que la jurisprudencia ha recalcado con vehemencia, tanto la de la Corte Constitucional⁴², como la de la Casación Civil⁴³.

- 41 “El principio de la buena fe. Este principio, quizá como ninguno otro —o por lo menos como muy pocos—, reviste en el seguro y muy singularmente en el reaseguro, tanta importancia, no sólo como aquilatado enunciado —regla angular o de oro—, sino también como un concepto —o institución— que, en la praxis precontractual y contractual, adquiere mayúscula significación, al punto que se alude con inusitada frecuencia a que ambos tipos negociales, por excelencia, son de *uberimae fides* (*utmost good faith*) ... justamente por las circunstancias tan atípicas que signan a cada uno de los descritos negocios jurídicos de raigambre asegurativa: el seguro y el reaseguro, el que además. Por la singularidad de las precitadas relaciones en la esfera contractual, es objeto de prototípicas manifestaciones, tales como las que conciernen al régimen —más estricto— de los vicios de la voluntad, dueños de especificidad y sustantividad —en el derecho comparado— respecto del sistema general inmerso en la reglamentación predicable de las obligaciones y contratos.”: C.I. JARAMILLO, *Distorsión del reaseguro tradicional, su problemática actual*, Aida y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1999, pág. 5.
- 42 “... como al asegurador no se le puede exigir que inspeccione toda la masa de riesgos que contractualmente asume, debe reconocerse que él contrae sus obligaciones, en la mayoría de los casos, solamente con base en el dicho del tomador. Esta particular situación, consistente en quedar a la merced de la declaración de la contraparte y contratar, generalmente, en virtud de su sola palabra, es especial y distinta de la que se da en otros tipos contractuales, y origina una de las características clásicas del seguro: la de ser un contrato de ubérrima buena fe. Aseverar que el contrato de seguro es *uberrimae bonae fidei contractus*, significa, ni más ni menos, sostener que en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, sino que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo... Naturalmente, la necesidad de que el contrato de seguro se celebre con esta buena fe calificada, vincula por igual al tomador y al asegurador. Sin embargo, la Corporación centra su interés en la carga de información precontractual que corresponde al tomador, pues es en relación con ésta que pueden surgir las nulidades relativas contempladas en el artículo 1058 del Código de Comercio. Para la Corte Constitucional, es claro que el régimen rescisorio 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 constriñe 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. Finalmente, la justicia conmutativa hace fácil entender que si el asegurador, como se ha visto, está normalmente obligado a proceder con base en una extrema confianza respecto de la persona y las declaraciones del tomador, es equitativo y razonable que la traición de esa inusual confianza se castigue con sanciones que excedan los niveles ordinarios... En efecto, cuando, a pesar de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen el estado del riesgo, de buena fe se le ha expedido una póliza de seguro, la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico”: Sentencia de constitucionalidad 15 mayo 1997, expediente D 1485.

43 "... en lo tocante al contrato de seguro el concepto de buena fe adquiere mayor severidad porque, a diferencia de muchos otros contratos en que la astucia o habilidad de las partes pueden llevarlas a obtener ciertas ventajas amparadas por la ley, en el contrato de seguro esta noción ostenta especial importancia, porque tanto en su formación como en su ejecución él se supedita a una serie de informaciones de las partes, que muchas veces no implican verificación previa. Generalmente estas manifestaciones en lo que respecta al tomador o asegurado las hace al solicitar el seguro, las que exige la ley deben hacerse con pulcritud, que sean verídicas y que no haya callado ni ocultado circunstancias que de conocerlas el asegurador, no habría consentido en el contrato, o habría consentido en él bajo otras condiciones. / Las exigencias legales sobre la obligación de declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para apreciar exactamente el riesgo que se va a cubrir, además de ser requisito del objeto, constituyen la motivación para contratar. De allí que el estatuto de Comercio contenga en los dos primeros incisos del artículo 1058 severos parámetros de conducta al tomador del seguro, a quien le ordena que declare "sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado de riesgo según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador", y le señala las consecuencias que le conlleva si procede con reticencia o inexactitud. / Se trata como ya se anotó, de exigencias legales para la contratación, tendientes a que el consentimiento del asegurador se halle libre de todo vicio, especialmente del error, para que pueda conocer en toda su extensión el riesgo que va a asumir exigencias que deben cumplirse cualquiera que sean las circunstancias en que se produzcan tales declaraciones, esto es, que bien se hagan a iniciativa del particular o de la compañía aseguradora; ora sea precedidas o no de efectos, situaciones o contrataciones anteriores. Es decir, de una u otra manera, lo primordial, lo importante es que las declaraciones que el tomador del seguro haga, sean sinceras, exactas y sin reticencias. / Sin embargo, se trata de exigencias con tratamiento especial, porque el legislador impuso graves sanciones para las declaraciones falsas o las inexactitudes en que se incurra en el contrato de seguro. Contempla el citado artículo 1058 del Código de Comercio que la reticencia o inexactitud del asegurado en la declaración de los hechos o circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión del riesgo, producen la nulidad relativa del contrato de seguro o la modificación de las condiciones.": casación de 18 de octubre de 1995, expediente 4640. "Dicho texto legal [el art. 1058 del C. de Comercio] se halla inspirado en la estricta buena fe que, como principio insustituible, debe rodear tanto la celebración como la ejecución del contrato de seguro, y de él se puede deducir lo siguiente: 1º) Que la obligación del tomador de pronunciarse sinceramente frente al cuestionario que le formule el asegurador con el fin de establecer el estado del riesgo asegurado, no tiene por fuente misma el contrato de seguro sino que opera en la fase previa a su celebración y tiene por objeto garantizar la expresión inmaculada de la voluntad del primero de consentir en dicho vínculo o de abstenerse de hacerlo, o de contraerlo pero bajo condiciones más onerosas. 2º) De ese modo la formación del consentimiento de la aseguradora libre de vicios, y en cuanto prevé los efectos específicos de la inexactitud y de la reticencia que provengan de error inculpable del tomador distintos de la nulidad relativa que consagra como principio general, significa que ésta como sanción fue concebida para los casos en que el tomador obre con dolo o culpablemente. 3º) No importan, entonces, los motivos que hayan movido al tomador para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando se le ha inquirido para que dé informaciones objetivas y de suficiente entidad que le permitan a ésta medir el verdadero estado del riesgo; sea cual

22. *Cambio de actitud del derecho frente a la buena fe pre-contractual.* Habiendo sido por largo tiempo esta la orientación general del derecho a propósito de la declaración del asegurado sobre el estado del riesgo, valga precisar y resaltar la dispersión posterior de criterios y posiciones y, dentro de ella, la diferencia de los ordenamientos europeos entre sí, pero más entre algunos de ellos y el derecho colombiano, si que también el peruano.

La inclinación a diferenciar en los distintos aspectos de las relaciones jurídicas entre el comportamiento de mala fe y el de 'buena fe', que para el caso del seguro se proyectaba en la distinción entre la declaración *intencionalmente falsa* y la declaración inexacta por negligencia o por mera inadvertencia⁴⁴, fue tomando fuerza para los

haya sido la razón de su proceder, con intención o con culpa, lo cierto es que la consecuencia de su proceder afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz. 4º) La sanción de la nulidad relativa remedia los vicios del error y del dolo que afectan el consentimiento otorgado por el asegurador en la creencia de que el tomador obró con sinceridad, y por lo mismo si con ella se reprueba la conducta del último en la etapa previa a la celebración del contrato de seguro, superada esta fase, ora porque no se dio la reticencia o la inexactitud, ora porque se dio sin culpa, ora porque habiéndose presentado la una o la otra el asegurador pudo verificar el vicio de la declaración o la aceptó posteriormente de modo expreso o tácito, o en fin por efecto de la prescripción, no queda ningún otro camino para dejarlo sin efecto que el indicado en el citado precepto.": casación de 24 de octubre de 2005, "No en vano, rectamente entendido, se precisa que, en línea de principio, el asegurador, en materia informativa, está a merced del futuro tomador, lo que explica la especial —y justificada— preocupación del legislador, consciente de que el asegurador, cuando asume un riesgo, debe hacerlo con pleno conocimiento, vale decir, con sujeción a una creencia fundada de un específico estado fáctico (representación de un *factum*), de suerte que cuando se eclipsa su asentimiento —en forma indiscutida— y, por ende, se conculca su voluntad —y ello es acreditado—, es menester erradicar del cosmos comercial ese negocio viciado y espurio en prueba fehaciente de que el quebranto del acrisolado postulado de la buena fe, es la regla, no debe quedar impune.... Es por este conducto, en atención a la vigencia del prenotado principio de la buena fe que, reiterábase, de manera marcada y sistemática orientada a la regulación y disciplina del contrato de seguro (durante todas sus fases), que la disposición mercantil en cita propende porque el asegurador tenga un conocimiento suficiente y oportuno de las características del riesgo (objetivas y subjetivas), a fin de que, en ejercicio de la autonomía privada, es decir, haciendo uso concreto de su libertad para contratar —cual lo autoriza el aludido artículo 1056 *ibídem*— defina, a su arbitrio, si lo hace o no...": cas. 12 septiembre 2002, expediente 7011.

- 44 Inclusive acentuando la carga de reproche que suele incluirse en las expresiones *reticencia* y *falsedad*, por implicar de ordinario *malicia*, en contraste con el sustantivo *inexactitud* que se estima neutro, para concluir que el sentido cabal de la norma era o debía ser el de reprobar sólo la falta intencional o, en últimas, también la culposa, pero no la *inocente*. o en que se incurrió por mera *inadvertencia*. Y con diferenciación entre la declaración, en donde podía prescindirse "del estado subjetivo" del asegurado, y la reticencia u omisión, con exigencia de la intencionalidad (*animus decipiendi*). Cfr. VISINTINI, *op. cit.*, págs. 45 y 49.

efectos de la interpretación de la norma, de modo de discriminar las hipótesis, a fin de excluir de su previsión el 'error inocente'. La ley francesa de 1930 dio paso a un cambio de actitud del derecho frente al asegurado insincero, al introducir la distinción entre el de mala fe y el de buena fe para los fines de sancionar las reticencias y las declaraciones falsas o inexactas, y graduar de conformidad las sanciones (arts. 21 y 22). Siendo de mala fe el tomador, es decir, habiendo procedido intencionalmente (fraude)⁴⁵, la consecuencia es la nulidad del contrato; pero siendo él de buena fe, o sea apenas reo de negligencia (culpa), la posibilidad de reacción del asegurador se reduce a plantear el mantenimiento del contrato, pero reajustado, o pedir su terminación, obviamente, todo antes de la ocurrencia del siniestro. En el mismo sentido se pronunció más tarde, el art. 1894 *Cod. comm. italiano*, al prevenir que el asegurador puede alegar la nulidad del contrato, cuando el asegurado obró con dolo (mala fe) o culpa grave, y cabe agregar que esa resulta siendo la tendencia generalizada actualmente en el derecho europeo⁴⁶.

45 Los arts. L. 113.8 y L. 113.9 del *Code des assurances* sancionan con la nulidad del contrato las declaraciones de mala fe y las irregularidades de buena fe, eventualmente con la reducción de la indemnización proporcional a la prima. De acuerdo con la casación, la mala fe presupone la intención de engañar; el solo conocimiento de la circunstancia que había que declarar no es suficiente: JACOB, *op. cit.*, n° 116.

46 "Si bien el candidato a tomador se encuentra por doquier obligado por la ley a declarar las circunstancias que pueden tener influencia en la evaluación del riesgo, las modalidades anexas a la obligación de declarar varían de un derecho a otro. / La propia extensión de la obligación de declaración y el alcance del cuestionario de seguro generalmente utilizado a dicho fin son objeto de soluciones muy diferentes a lo ancho de Europa. La mayoría de las legislaciones consagra el principio de la declaración espontánea, según el cual el candidato a tomador tiene el deber de describir el riesgo lo mejor que pueda, y de su propia iniciativa debe declarar todo elemento de naturaleza tal que pueda influir en la apreciación del riesgo, incluidos aquellos que no se encontrarían expresamente contemplados por el cuestionario del asegurador: sistema del cuestionario abierto, provisto de una cláusula que invita al candidato a declarar toda circunstancia no cubierta por las preguntas expresadas por el asegurador (Alemania, Austria, Bélgica y Luxemburgo, Irlanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido). En una minoría de países (Dinamarca, España, Francia, Grecia, Italia [por solución jurisprudencial], el candidato a tomador puede limitar su declaración a los aspectos expresamente indicados por el cuestionario (cuestionario cerrado) ... / Varias legislaciones (Alemania, Bélgica, España, Luxemburgo) regulan con precisión un cierto número de aspectos vinculados a la declaración del riesgo. ... Si bien las consecuencias de una omisión o inexactitud intencional son globalmente idénticas en todos los países (nulidad del contrato, rechazo de la intervención del asegurador en caso de siniestro, no reembolso de las primas al tomador y, llegado el caso, indemnización para compensar el perjuicio sufrido por el asegurador) ..., las consecuencias de las omisiones o inexactitudes no intencionales varían sensiblemente de un derecho a otro. / Algunos países prevén la adaptación del contrato bajo la forma de una prima adicional o de una modificación de las condiciones contractuales: adaptación del contrato, con posibilidad de su terminación en caso de desacuerdo sobre las nuevas condiciones, salvo que el asegurador pruebe que de ninguna manera habría cubierto el riesgo, de haber sido informado correctamente. Otras legislaciones autorizan al asegurador para terminar el

El art. L. 113-8 cód. francés de seguros dispuso: "... el contrato de seguro es nulo en caso de reticencia o de declaración falsa *fraudulenta* de parte del asegurado, cuando dicha reticencia o dicha declaración falsa cambia el objeto del riesgo o altera la opinión del asegurador sobre él"⁴⁷, con evidente preferencia por la explicación y justificación de la nulidad por vicio de la voluntad, para el caso, el dolo, noción de suyo intencional, que no puede presumirse. Bien se aprecia, entonces, el giro dado por el legislador en la materia, y la degradación consiguiente del concepto y del patrón de la buena fe en materia de seguros: "una buena fe que no significa ignorancia, sino simplemente ausencia de fraude"⁴⁸. Así, no hay lugar a anulación por "declaración errada o por reticencia sobre circunstancias desconocidas por el tomador, o en razón de un error de apreciación del cuestionario o sobre la influencia del hecho en el riesgo en el siniestro o debido el derecho anterior, no sólo la falla en la declaración de hechos relevantes autoriza la nulidad, y el asegurado no tiene otra salida que la de alegar y probar el error inocente o inculpable, en el régimen nuevo sólo la falla fraudulenta en la declaración permite la impugnación del contrato, y el asegurador está gravado con la carga probatoria de la mala fe del asegurado.

La tendencia allá generalizada es como se ha dicho, en contraste con una expresión de mentalidad "consumista"⁴⁹ y, en todo caso, benevolente para con las inexactitudes o reticencias en que incurra el tomador al responder el cuestionario del asegurador

contrato, con reembolso de las primas (Italia, Países Bajos) ... En algunos (Francia, Grecia), el asegurador puede escoger entre la terminación (con reembolso de la prima) y la adaptación del contrato o de la prima. ... La sanción de las omisiones o inexactitudes de buena fe es uno de los aspectos sobre los cuales los cambios legislativos ocurridos recientemente en numerosos países dan razón de una inspiración consumista más marcada que en el pasado. Así, en Bélgica y Luxemburgo, cualquiera falta, así no fuera intencional, estaba sancionada con la nulidad del contrato, hasta que las leyes de reforma vinieron a sustituir esta pena radical por un sistema de adaptación del contrato": J-M. BINON, *La conclusion du contrat et la prise d'effet de la garantie*, en *Encyclopédie de l'assurance*, F. EWALD – J-H. LORENZI, *éditeurs*, Economica, Paris, 1998, pág. 982 sigs.

- 47 Las sanciones del art. L. 113-8 C. de Seguros no son aplicables sino cuando el asegurador puede acreditar una reticencia o una declaración falsa "*intencional*", es decir, cuando puede probar la mala fe del asegurado. En efecto, la buena fe se presume y la simple inexactitud en la declaración no constituye una prueba automática de la intención de engañar del asegurador. La mala fe puede ser acreditada por todos los medios; sin embargo, el cuestionario al que el asegurado dio respuesta en la propuesta de seguro, puede aportar elementos de prueba preciosos ...": Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit des assurances*, 10e. éd., Dalloz, Paris, 1998, n° 312 y sigs.
- 48 VISINTINI, *op. cit.*, p. 48.
- 49 D. OUGHTON & J. LOWRY, *Consumer Law*, 2nd. ed., Oxford University Press, 2000, pág. 13 y sigs.; G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pág. 17 y sigs. "La idea de buena fe en derecho de seguros está adquiriendo un nuevo significado, presumiblemente influido por desarrollos del derecho general de los contratos": FRIEDMANN, *op. cit.*, pág. 311.

relativo a hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, de modo de no conceder la nulidad sino en el caso de falta intencional (dolo) y de permitir la terminación del contrato por parte del asegurador o la continuidad de aquel ajustado a las condiciones correspondientes al verdadero riesgo, caso de ser solamente culposa. Por desdoblamiento se da que el error inocente no afecta la validez ni la eficacia plena del contrato.

23. *¿Un vuelco en el concepto de buena fe en el contrato de seguro? Se afirma que “la doctrina de la buena fe en derecho de seguros se ha transformado por completo en numerosas jurisdicciones, pasando de un deber impuesto primordialmente al asegurado a uno que compromete por igual a ambas partes y que, a veces, pesa más fuertemente sobre el asegurador”⁵⁰, con expresiones que van desde el juzgamiento del desempeño de los candidatos a parte en la fase pre-contractual, hasta en el pago del siniestro, pasando por su conducta en la celebración del contrato, el mantenimiento del estado del riesgo y su agravación, el aviso de siniestro, la reclamación, el ajuste.*

En verdad se puede apreciar, tanto en jurisprudencia, como en doctrina y, aun en la propia legislación, una mayor atención a las cargas, deberes y obligaciones de la parte aseguradora, comenzando por una vigilancia severa de parte del Estado sobre su desempeño empresarial y contractual, y sanciones efectivas a su incumplimiento. En lo que hace a la presencia de cláusulas exorbitantes, abusivas, en el contenido contractual, de tiempo atrás rige la revisión administrativa preventiva de los modelos de pólizas de seguros, que las aseguradoras no pueden lanzar al mercado sin la correspondiente aprobación, que, si bien no es garantía de sanidad en términos de ‘cosa juzgada’, implica una depuración confiable de condiciones vejatorias, indebidas o términos ambiguos. La efectividad de esas decisiones está confiada a la aplicación de medidas de policía administrativa.

Y en lo que respecta al proceso de formación del contrato y, singularmente al deber de declaración sincera del estado del riesgo, la tendencia es a exigirle correlativamente al asegurador información acerca del sentido y el alcance de algunos términos o condiciones de mayor complejidad o inusuales, para “honrar las expectativas razonables” del tomador, lo que muestra la influencia del derecho del consumo sobre el contrato de seguro⁵¹. Sólo que esta orientación bien podría considerarse

50 FRIEDMANN, *op. cit.*, pág. 317.

51 Se cita como paradigmático el caso *Attyyah v. Ararat Insurance Co.*, resuelto por la Corte Suprema Israelí, en el que, habiendo solicitado el tomador un seguro automovilístico, con la condición de que el conductor fuera menor de 24 años y tuviera licencia de conducción con a lo menos un año de antigüedad, y habiéndose expedido la póliza con reservas en cuanto a la edad y la experiencia del conductor, ocurrido un accidente, la aseguradora objetó la reclamación por dicho concepto. La Corte no aceptó tal defensa, sobre la base de que “el asegurado era un consumidor, una persona ordinaria, y que a la aseguradora le era exigible la ‘corrección elemental’ de revelar y explicar al tomador la diferencia entre lo que solicitó en su oferta y lo que obtuvo, de

una proyección, posiblemente más amplia y drástica, de la regla de interpretación-depuración del contenido negocial conforme a la regla de la *interpretatio contra proferentem*, que, como se sabe, tiene en el derecho del consumo alcances más estrictos que en el derecho común, con el agregado de que ciertamente corresponde a una exigencia elemental de la buena fe que pesa sobre ambas partes, de acuerdo con su respectiva posición, acá en un contrato caracterizado por un deber de sinceridad, lealtad, colaboración extremadas en su celebración, a fin de que esta sea honesta y equilibrada. Ciertamente, universalmente se resaltan hoy los deberes-cargas del asegurador en la fase pre-contractual, antes ausentes de la normatividad, confinados a la doctrina y hasta soslayados por la jurisprudencia⁵², novedad favorecida por el desarrollo del derecho del consumo, con su consiguiente carga política.

24. *Proyecciones de la 'transformación de la buena fe' en materia de seguro.* Pero, adicionalmente se observa que la llamada 'transformación de la buena fe' no se circunscribe al propósito de ampliar el espectro de los deberes de información en cuanto a los destinatarios del respectivo deber (tomador y asegurador) y a la materia de la información, sino que, además, se endereza a reducir ('atenuar') la intensidad de la exigencia de sinceridad y plenitud de la declaración del asegurado, connatural al contrato, con el argumento de que es menos significativa la alteración producida por la falla en la declaración del asegurado, que el riesgo de que el asegurador se prevalega de una omisión o un error inocentes para eludir el pago de la indemnización⁵³, y se mencionan al efecto la ley Israelí sobre contrato de seguros

modo que, faltando esa información, el asegurado tenía razón en creer que la cobertura otorgada correspondía a lo que había solicitado". E igualmente se traen a colación normas del *Australian Insurance Contracts Act* de 1984, que prevén que ninguna de las partes puede ampararse en una estipulación contractual, si dicha pretensión lleva a un quiebre del principio de la máxima buena fe, con especial referencia a la necesidad de información del asegurador sobre los términos inusuales: FRIEDMANN, *op. cit.*, pág. 318 y sigs.

- 52 Véase A. ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, "Los deberes recíprocos de información en el contrato de seguro y, especialmente, el deber de información del asegurador frente al tomador del seguro", en *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, 9, 2005, pág. 75 y sigs.
- 53 "Si bien sigue siendo cierto que 'el asegurador no sabe nada y que quien se dirige a él lo sabe todo'. El asegurador dispone de medios para obtener la información relevante sin necesidad de confiar en el deber del asegurador de dársela. Especial, el asegurador puede simplemente preguntarle al asegurado los detalles necesarios. En verdad, el formulario que contiene preguntas sobre las materias relevantes para el asegurador, ha sido una práctica antigua. Sin embargo, su aptitud se ha visto afectada apenas marginalmente por la falta de información del asegurado, al paso que se ha utilizado para incrementar el riesgo de que el asegurado se vea privado de sus derechos. ... No es conforme al deber de buena fe redactar los documentos del seguro de manera de privar al asegurado de la cobertura por cualquiera inexactitud u omisión inocente. Los más de los tribunales americanos han rechazado la regla inglesa extrema relativa al

de 1981⁵⁴ y el § 22 de la ley australiana de 1984⁵⁵, que marcan una pauta conceptual, que llevaría a limitar al mínimo el deber de declarar sinceramente los hechos relevantes para la determinación del riesgo, y mucho más la trascendencia de la falla al respecto y el alcance de sus consecuencias. En fin de cuentas, según eso, sólo la falla fraudulenta en la declaración respecto de hechos conocidos por el tomador y cuya situación real, en su situación personal, pudiera él considerar de conocimiento importante para el asegurador, justificaría la anulación del contratos⁵⁶.

25. *Conclusiones*. Dentro de la aproximación evidente del tratamiento de la inexactitud de la declaración del riesgo al de los vicios de la voluntad, descartada la alternativa de acudir al error (por exigir este que sea determinante y no incidental), y buscando apoyo para la impugnación, en el campo del dolo, la conducta negligente y más la incurra en culpa levísima, resulta mirada con indiferencia, e incluso, como algo moral y socialmente insignificante⁵⁷. Distinta sería la conclusión, si el tratamiento del tema de la apreciación del mérito de las circunstancias no reveladas o tergiversadas, se condujera de modo de calificar el comportamiento del asegurado, exigiéndole al asegurado la máxima diligencia en la valoración del riesgo, a lo cual se objeta su ordinaria carencia de conocimientos, criterio y experiencia en la práctica aseguradora⁵⁸, a lo que se replica que en ningún caso su actitud puede ser pasiva,

deber de información del asegurado y la han remplazado por reglas que miran al ocultamiento. El ocultamiento intencional de hechos por el asegurado da pie a la rescisión de la póliza o puede servir de excepción frente a la reclamación de aquel. Sin embargo, en los más de los estados, el asegurador no puede evitar su responsabilidad si el asegurado obró de buena fe. ... La regla inglesa de que la falta de información de un hecho, así hubiera sido inocente, puede conducir a denegar la responsabilidad, está ahora confinada al seguro marítimo": FRIEDMANN, *op. cit.*, pág. 320 y sigs.

- 54 'Que, al disponer que si el asegurador le formula preguntas por escrito, el asegurado debe responderlas 'completa y sinceramente', con lo cual prácticamente abolió el deber usual de información, que no puede ir más allá de las previsiones específicas de la ley, y trasladó la carga al asegurador, de suerte que, salvo el caso de fraude, no puede rehusar su responsabilidad': FRIEDMANN, *op. cit.*, pág. 322.
- 55 "El asegurador debe informar al asegurado, por escrito, sobre la naturaleza y el efecto del deber de información", so pena de perder la pretensión anuladora, salvo que la omisión hubiera sido fraudulenta, con la precisión de que lo que el asegurado debe declarar son "los hechos conocidos por él, relevantes para el asegurador, o aquellos que una persona razonable pueda considerar relevantes": FRIEDMANN, *op. cit.*, pág. 321 sigs.
- 56 Con lo cual se degrada repetidamente el concepto de buena fe, pues a más de reducir la relevancia de la falla a la fraudulenta, se limita su radio de acción a la relativa a hechos conocidos y, para terminar, se deja en manos del asegurado la valoración subjetiva de la importancia del hecho en cuanto a la estimación del riesgo.
- 57 No puede perderse de vista que "la descripción exacta y completa del riesgo por parte del asegurado es objeto de una carga impuesta en interés del asegurador, pero cuya observancia satisface también el interés del asegurado en que el contrato sea válido y eficaz": VISINTINI, *op. cit.*, pág. 79.
- 58 VISINTINI, *op. cit.*, pág. 73.

prácticamente desentendida de su deber de colaboración, y asentada en su aserto de que de acuerdo con su propio juicio de valor, obró de 'buena fe'⁵⁹.

En efecto, prácticamente la exigencia de buena fe parece contraerse al campo del asegurador, a tiempo que, en aras de garantizar la indemnización del accidente, posiblemente pensando en la extensión del riesgo social, se trata con máxima benevolencia al asegurado, cuya falla al deber de declaración sincera sólo se tiene en cuenta cuando es dolosa (intencional, fraudulenta), con juego equívoco de los conceptos de 'obrar de buena fe' y 'error inocente'⁶⁰.

Es plausible velar por la efectividad de los derechos legítimos del asegurado y evitar que pretextual y abusivamente el asegurador eluda su responsabilidad. En ese sentido la colaboración de este con aquel para llevar información oportuna, completa y sincera sobre la cobertura, las condiciones del seguro e, incluso, sobre el significado de su deber de declarar los hechos relevantes sobre el estado del riesgo, es apenas natural, y bien podría decirse que equilibra las cargas. Otra cosa es tratar ese deber, de modo que solamente una declaración fraudulenta le permitiría al asegurador impugnar el contrato o sustraerse al pago de la indemnización. La ruptura del equilibrio moral y económico del contrato con dicha postura es evidente. Al respecto parece a todas luces preferible el sistema nacional, siempre que se le tome, como es apenas obvio, basado en la buena fe objetiva y con la severidad propia de la función propia del contrato de seguro y dentro de las condiciones inherentes a él⁶¹.

-
- 59 Frente a la tendencia de muchos de nuestros doctrinantes, poco familiarizados con la figura de la buena fe objetiva, de homologar la buena fe a la buena fe subjetiva, remitida a la buena fe posesoria, es oportuno recordar que el art. 863 C. Co., al reproducir el art. 1337 del *Cod. italiano*, relativo a "las negociaciones y la responsabilidad precontractual", le agregó a la buena fe exigida el calificativo de "exenta de culpa": buena fe incompatible con cualquiera culpa. En lo que hace a esa buena fe, concretamente se habla de un vínculo jurídico específico o de un deber legal secundario que impone al sujeto preservar diligentemente la confianza suscitada en la contraparte ("aclarando las circunstancias y los impedimentos del contrato"), a más de *proteger* los intereses de la contraparte que resultan expuestos al daño durante la fase de las negociaciones. Cfr. BIANCA, *op. cit.*, n° 78.
- 60 Se comenta que los aseguradores habían inventado la llamada cláusula de incontestabilidad, con la cual renunciaban a su derecho de impugnar el contrato por causa de reticencias o declaraciones falsas del asegurado (fraude, mala fe, culpa grave) una vez transcurrido cierto tiempo, a fin de recuperar la confianza del público, especialmente en los seguros de vida: VISINTINI, *op. cit.*, pág. 52 y sigs.
- 61 "... la Corte considera que el sistema sancionatorio basado en los artículos 1058 (nulidades relativas y reducción proporcional de la prestación asegurada) y 1059 (pérdida de las primas a título de pena) del Código de Comercio, es reflejo de una política legislativa equilibrada, basada en las realidades del medio en el que se desenvuelve la actividad aseguradora, pues, en esta materia específica, a diferencia de lo que acontece en otras áreas de la regulación del contrato de seguro, en las que prima la defensa de tomadores y asegurados, se busca proteger el interés de la parte aseguradora, teniendo en cuenta que, en lo que se refiere al conocimiento

Aquella demasía tutelar no parece llamada a prosperar; como en varios de los aspectos del derecho de consumo, al fundamentalismo ha de suceder el temperamento, lógica y equidad, siguiendo el cauce normal del desarrollo del derecho y atendiendo al imperativo de ajustarse a las necesidades sociales, entre las cuales no es la menor la de la coherencia, como tampoco la del equilibrio equitativo de los intereses en juego.

A mi parecer, ese es el sentido de la previsión del art. 1058 [3] C. Co. al morigerar la reacción frente a la declaración inexacta o reticente, cuando “proviene de error inculpable del tomador”, que pasa de la nulidad a la merma de la indemnización del siniestro. Algunos la toman como muestra de que “el código dejó las sanciones graves a las reticencias de carácter doloso o a las de carácter culposo”⁶², con el agregado de una asimilación de “error inculpable” a “error involuntario” y la afirmación de que la buena fe, inclusive la buena fe exenta de culpa, se presume, “luego la carga de la prueba de la culpa caería nuevamente en cabeza del asegurado, so pena de presumirse que siempre la inexactitud o reticencia obedecen a error inculpable”⁶³. A lo cual cabe observar, ante todo, que la buena fe aquí en juego es una exigencia legal (deber-carga) cuya observancia incumbe probar a quien quiera que “pretenda obtener el efecto jurídico perseguido por la norma” (art. 177 c. de p. c.), que aquí es el tomador que afirma la validez del contrato. Y, seguidamente, que disponiendo la ley imperativamente que la reticencia y la inexactitud en la declaración del tomador de hechos o circunstancias relevantes hace, sin más, anulable el contrato, el error inculpable emerge como la única excepción oponible por él, cuya prueba le incumbe incuestionablemente.

precontractual del riesgo, el asegurador, por su natural ignorancia del mismo, es el contratante que está en la posición débil”: Sentencia Corte Constitucional de 15 mayo 1997, expediente D1485.

62 Véase ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, *op. cit.*, pág. 28 y sigs.

63 ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, *op. cit.*, pág. 35.