

¿Debe Colombia replantear el tratamiento legal a la reticencia e inexactitud en la declaración del riesgo en materia de seguros? Panorama comparado de este problema frente a las legislaciones española, francesa, y suiza¹

Should Colombia Rethink the Legal Treatment of Reticence and Inaccuracy in the Insurance Risk Statement? Comparative View of this Problem, an Overview of the Spanish, French, and Swiss Legislations on this Topic

RAFAEL ALBERTO ARIZA VESGA²

ELOY CALVO³

- 1 Fecha de recepción: 3 de abril de 2017. Fecha de aceptación: 29 de junio de 2017. Para citar el artículo: Ariza, R. y Calvo, E. "¿Debe Colombia replantear el tratamiento legal a la reticencia e inexactitud en la declaración del riesgo en materia de seguros? Panorama comparado de este problema frente a las legislaciones española, francesa, y suiza", *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 16, n.º 1, enero-junio, 2017. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v16n1.02>
- 2 Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho de Seguros de la Universidad Javeriana, Magíster en Responsabilidad Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia, Profesor de derecho de seguros en posgrado de las universidades Externado, Nacional, Libre, del Norte y de la Sabana. rafaelariza@arizaygomez.com.
- 3 Jurista de la Universidad de Ginebra (Suiza), graduado en Relaciones internacionales, Magíster en Derecho, especialista en Abogacía

RESUMEN

La reciente jurisprudencia colombiana ha incorporado una visión de la reticencia que comprende elementos NO contemplados en la legislación sobre la materia. Estos pronunciamientos deben llamar a reflexión. ¿Acaso la legislación mercantil colombiana requiere una modificación que dé cuenta de una nueva realidad? Se propone abordar este problema, realizando un análisis comparativo frente a legislaciones internacionales que han sido referente en esta materia, procurando brindar elementos de análisis útiles para su solución.

Palabras Clave: *Reticencia, Inexactitud, Nulidad, Cuestionario, Buena Fe*

ABSTRACT

In the most recent Colombian decisions, the Court's interpretation of Reticence includes elements which are NOT contained in the respective legislation. These pronouncements should lead us to reflect on the matter. Does Colombian commercial law require a change to take this new reality into account? We intend to address the problem by conducting a comparative analysis through the examination of other legislations that are seen as a reference on this subject, and by providing useful analysis to resolve the problem.

Keywords: *Reticence, Inaccuracy, Nullity, Questionnaire, Good faith*

I. INTRODUCCIÓN

La *declaración sobre el estado del riesgo a cargo del tomador o asegurado* es un paso clave para la celebración del contrato de seguro. Si esta no corresponde a la verdad, el consentimiento emitido por el asegurador puede surgir viciado, en la medida en que la circunstancia omitida o declarada en forma inexacta sea relevante. No podemos perder de vista, que la selección de los riesgos y la conservación del equilibrio prima-riesgo hacen parte fundamental del desarrollo de la institución aseguradora y permiten su conservación y estabilidad en el tiempo. Por tanto, ante la *reticencia* o *inexactitud* de la parte asegurada, las legislaciones prevén de manera generalizada, consecuencias significativas para la misma. Para entender la importancia de este deber es menester comprender cómo se articula la actividad aseguradora.

La lógica detrás de cualquier operación de seguro es relativamente simple, y trasciende las particularidades de las legislaciones nacionales: a cambio del pago de la prima, el asegurado traslada el riesgo al asegurador y en caso de que

el riesgo se realice, el asegurador debe pagar el valor de la pérdida o necesidad amparada hasta un máximo acordado de valor o suma asegurada.

El seguro juega un papel fundamental en el buen desarrollo de las actividades económicas. Incluso, en ciertos casos podríamos decir que asume un rol social al repartir el costo de la realización de un riesgo entre un gran número de personas (los asegurados). Para que la actividad aseguradora sea viable, es indispensable que el valor de la prima guarde una relación con el riesgo que el asegurador asume.

El asegurador aplica el cálculo de las probabilidades y la ley de los grandes números a las estadísticas para fijar el estado del riesgo y ponerle un valor a la prima⁴. De esta manera, se asegura que el monto de la prima es suficiente para cubrir los gastos, costos de adquisición y el pago de las prestaciones a cargo (loss rate + expense rate). A falta de una prima estándar, ineficiente desde el punto de vista económico, resulta necesario evaluar el riesgo particular del (bien o individuo) asegurado. Para ello, la mayoría de legislaciones nacionales incluyen una *obligación de declaración* por parte del *tomador-asegurado* sobre el estado en que se encuentra el interés que se pretende amparar frente a determinado riesgo. Dependiendo de la información obtenida, el asegurador fijará el monto de la prima y las condiciones del contrato, si accede a asegurar el bien o individuo en cuestión. Para tal efecto, se ha preguntado, con particular incidencia y actualidad en el Derecho Colombiano, cuál es el papel que debe cumplir el asegurador al momento de recibir tal declaración sobre el estado del riesgo, esto es, si puede atenerse a la misma o si debe cumplir deberes especiales de indagación que lleguen a contemplar, incluso, la realización de exámenes especializados o verificaciones específicas, so pena de que la *reticencia o inexactitud* – por grave que sea– no dé lugar a aplicar las sanciones asociadas al error o el dolo como vicios del consentimiento.

A propósito de estas inquietudes y de la cada vez más creciente tendencia a proponer en el ámbito colombiano la necesidad de cambios o actualizaciones a la regulación del contrato de seguro prevista en el Código de Comercio, hemos considerado útil dar una mirada internacional a esta temática, revisando cuál es el tratamiento jurídico que se viene dando a la reticencia e inexactitud en contextos como el español, francés y suizo. Para ello, ha resultado grata coincidencia, la amistad con el abogado suizo Eloy Calvo, quien ilustra con conocimiento de primera mano, la situación existente en su país sobre estos temas. Sin embargo, no hemos querido quedarnos con esa única visión, sino ampliarla, con las limitaciones propias de no ser expertos en tales derechos, a una revisión de la situación en Francia y España.

4 Lambert-Faivre Yvonne, Leveneur Laurent, Droit des assurances, Dalloz, Paris, 2005, p. 43.

El cuerpo de este artículo está estructurado en 5 partes. En cada una de ellas partiremos del derecho colombiano para exponer algunas similitudes o diferencias que hemos considerado interesantes con la legislación española, francesa y suiza. Una vez explicada el *Deber de declarar el estado del riesgo* (I), nos interesaremos a la forma que adopta *El alcance de la declaración del tomador - asegurado* (II). Seguidamente, explicaremos *Las consecuencias jurídicas de la reticencia o inexactitud* (III). Por último, especificaremos *La oportunidad* (IV) para que el asegurador pueda hacer valer los derechos que le otorga la ley en caso de que el tomador haya incumplido sus deberes u obligaciones en la declaración.

I. EL DEBER DE DECLARAR EL ESTADO DEL RIESGO

La buena fe juega un papel muy especial en el contrato de seguros, más allá de la que es posible encontrar en otras tipologías contractuales. Asegurando los riesgos de numerosos asegurados, las aseguradoras calculan la siniestralidad esperada basándose en la estadística y demás principios técnicos que orientan la práctica aseguradora. En sentencia de 1997⁵, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 1058 del Código de Comercio nacional, destacó que "no se le podía exigir [al asegurador] el examen detallado de los elementos constitutivos de todos los riesgos [...] por asegurar". Al no existir en el Código de Comercio una obligación de proceder a la investigación e inspección de cada riesgo que asume, el asegurador queda en la mayoría de casos a merced de las declaraciones del tomador - asegurado. Por este motivo, la Corte Constitucional, en la sentencia ya mencionada, caracteriza el contrato de seguro como *de ubérrima buena fe*, es decir 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 [...] llevadas al extremo". Se justifica, pues, que dada la naturaleza del contrato, la "traición en la confianza" sea castigada con un grado de severidad mayor al de otros contratos. En este caso, la doctrina francesa sigue las mismas líneas de argumentación y califica el contrato de seguro como *contrato de buena fe*. Resalta, en particular, la "necesidad absoluta de lealtad del asegurado para mantener la equidad en la relación contractual" y justifica que los casos de mala fe del asegurado sean castigados con especial severidad⁶. Por su parte, ya en el contexto español, el profesor Veiga Copo (Veiga Copo, p. 599), basándose en una argumentación parecida, señala: "[la buena fe] alcanza su grado máximo de desarrollo en el ámbito del contrato de seguro, en la que se produce un comportamiento conductual colaborativo entre las partes que no sucede, o al menos no se produce con semejante entidad e intensidad, en otro tipo de

5 Sentencia C-232/97 de la Corte Constitucional.

6 Lambert-Faivre Yvonne, Leveneur Laurent, *op. cit.*, pág. 194.

relaciones jurídicas". El siguiente cuadro comparativo, permite identificar la forma en que las legislaciones objeto de estudio, determina la existencia del deber de declaración del estado del riesgo:

CUADRO N.º 1
EL DEBER DE DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO - COMPARATIVO

COLOMBIA	ESPAÑA	FRANCIA	SUIZA
"El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo [...]" (Art. 1058 inc. 1º del Código de Comercio)	"El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador [...] todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo". (Art. 10.1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro)	"El asegurado tiene la obligación: [...] 2º De responder de forma exacta a las preguntas hechas por el asegurador [...] relativas a las circunstancias que permitan al asegurador evaluar los riesgos que toma." (Art. L113-2 du Code des assurances)	"El proponente debe declarar por escrito al asegurador [...] todos los hechos importantes para la valoración del riesgo, que le son o le deben ser conocidos para la celebración del contrato." (Art. 4 al. 1 de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA))

Tal como se aprecia, resulta elemento común en todas las legislaciones objeto de esta comparación, dado el carácter técnico de la actividad, que para efectos de cumplir que exista un equilibrio entre las prestaciones de las partes que permita la permanencia y sostenibilidad de la institución en el tiempo, el asegurador obtenga la información necesaria para valorar el riesgo que le es trasladado y pueda calcular - con pleno conocimiento de causa - la prima a cobrar. Ahora bien, dicho deber precontractual⁷ de información no constituye un elemento esencial para el perfeccionamiento del contrato⁸, pero la falta de transparencia y lealtad sí es sancionada con la anulación del mismo o la liberación de la prestación a cargo del asegurador (caso Español) o, menos severamente, para el caso colombiano y francés, con la reducción proporcional del seguro en el caso de errores inculpables en la declaración o, para el caso francés, con el derecho del asegurador a mantener el contrato aumentando la prima o revocar el seguro cuando no se estableció la mala fe y se detecta la inexactitud o reticencia antes del siniestro (art. 113-9). Las partes no pueden en el derecho colombiano, por convención particular, disponer de otra manera el régimen básico que sanciona este tipo de comportamiento, puesto que el art. 1162 del C. de Co. erige en norma imperativa el inciso primero del art. 1058 del C. de

7 Al producirse de forma previa a la celebración del contrato y con el fin de que esta acontezca, se trata de una obligación precontractual.

8 A tenor del artículo 1045 del C. de Co. Colombiano "son elementos esenciales del contrato: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador."

Co. que impone al tomador-asegurado el deber de DECLARAR, no simplemente de contestar, lo que se le pregunte.

A diferencia de lo anterior, para el caso del derecho francés, el deber a cargo del "asegurando" no es de declaración sino de respuesta veraz a las preguntas que le son formuladas por el asegurador ("en el formulario de declaración del riesgo a través del cual el asegurador le interroga"). Tal tipo de deber, como ocurre en el derecho colombiano, es de carácter imperativo. En efecto, a tenor del art. L111-2 del *Code des assurances*⁹, "no pueden ser modificadas por acuerdo las disposiciones de los títulos I, II, III y IV de este libro, excepto aquellas que dan a las partes únicamente una facultad y que están en los artículos [...]". Siendo el art. L113-2 parte integrante del título primero y al no figurar en los artículos listados por dicha norma, podemos llegar a la conclusión de que se trata efectivamente de una norma imperativa, no susceptible de modificación por acuerdo entre las partes.

No es así en derecho suizo, donde la autonomía de las partes no se ve limitada por el legislador. El derecho helvético deja el artículo relativo a la obligación general de informar sobre el riesgo por fuera de la lista de reglas absolutamente imperativas (art. 97 de la *Loi fédérale sur le contrat d'assurance* (LCA)¹⁰) y relativamente imperativas (art. 98 LCA).

Por su parte, encontramos que el derecho español, al igual que en el derecho francés, hace referencia a un deber de respuesta para el asegurado, pues si bien se hace referencia al verbo "declarar", tal actividad está circunscrita "de acuerdo con el cuestionario que éste [el asegurador] le someta". Desde el punto de vista de la imperatividad de la disposición, se adopta una solución que podemos considerar como "intermedia", al disponer que los preceptos de las distintas modalidades del contrato de seguro "tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado" (art. 2 de la Ley 50/1980). Es decir que se aplica el principio de autonomía de la voluntad, siempre y cuando los cambios realizados favorezcan a la parte asegurada¹¹.

9 Code des assurances, version consolidée du 9 mars 2017.

10 Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA ; RS 221.229.1).

11 Como lo señala Sanchez Calero, Fernando (Director) respecto de esta disposición "En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley se hacen dos declaraciones de interés que afectan a los problemas que hemos de estudiar con relación a este artículo. (...) En segundo lugar, se advierte que "la elasticidad del Proyecto, al no descender a una regulación excesivamente detallada del contrato, se ha querido coordinar con la preocupación de protección al asegurado mediante normas de carácter imperativo, que podrán ser superadas por cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para él", en Sanchez Calero, Fernando (Director), Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50 / 1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, Cuarta Edición, Editorial Aranzadi, octubre de 2010, pág. 65.

Como se aprecia, todas las legislaciones objeto de estudio reconocen sin excepción la existencia de un deber precontractual de información en cabeza de la parte asegurada, pese a lo cual se morigera mayoritariamente su alcance, al ámbito de las preguntas formuladas específicamente por el asegurador como profesional. Así mismo, no todas admiten la imperatividad de las disposiciones que contemplan tal deber, permitiendo la posibilidad de acuerdos en contrario en la medida en que se favorezca a la parte asegurada.

En el derecho colombiano actual, una cláusula que tenga como objeto exceptuar a la parte asegurada de las consecuencias de este deber se considera *contra legem*, pese a lo cual en no pocos casos se encuentra en la práctica tal tipo de acuerdos, particularmente exigidos por tomadores –a su vez beneficiarios– donde desean no quedar afectados por las reticencias o inexactitudes de los asegurados. Sin duda, este es un aspecto que de cara a una eventual reforma a las normas que rigen el contrato de seguros en Colombia, deberá ser objeto de reflexión en pro de los derechos de los asegurados, sin perder de vista el necesario equilibrio que debe darse frente al desbalance informativo en el que se encuentra el asegurador.

II. EL ALCANCE DE LA DECLARACIÓN DEL TOMADOR-ASEGURADO: SOMETIMIENTO A CUESTIONARIO O NO REALIZADO POR EL ASEGURADOR.

En línea con lo expuesto, surge la inquietud relativa a de qué manera debe rendir la declaración sobre el estado del riesgo la parte asegurada. Esta cuestión adquiere relevancia en consideración a que una alta proporción de las personas en nuestras sociedades, no tiene un dominio sobre el funcionamiento y regulación de la actividad aseguradora y, por ende, no conocen en detalle qué información resulta relevante para que el asegurador pueda emitir un consentimiento adecuadamente formado. En tal sentido, la formulación de cuestionarios por parte del asegurador profesional, adquiere particular importancia, pues constituyen el mecanismo por medio del cual la parte aseguradora hace explícito qué datos requiere para poder determinar si celebra o no el contrato de seguro o si lo hace en determinadas condiciones de remuneración. A continuación, se presenta de manera comparativa, el tratamiento legislativo en los diferentes países objeto de estudio:

CUADRO N.º 2
LA EXIGENCIA DE CUESTIONARIO O NO PARA LA DECLARACIÓN
DEL ESTADO DEL RIESGO

COLOMBIA	ESPAÑA	FRANCIA	SUIZA
<p>"El tomador está obligado a declarar [...] según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador" (Art. 1058 inc. 1º del Código de Comercio)</p> <p>"Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado [...]". (Art. 1058 inc. 2º del Código de Comercio)</p>	<p>"El tomador del seguro tiene el deber [...] de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta [...]". (Art. 10.1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro)</p> <p>"Quedarán exonerados de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario [...]". (Art. 10.1 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro)</p>	<p>"El asegurado tiene la obligación: [...] 2º De responder de forma exacta a las preguntas hechas por el asegurador, en particular en el formulario de declaración de riesgo [...]". (Art. L113-2 du Code des assurances)</p>	<p>"El proponente debe declarar por escrito al asegurador mediante un cuestionario o preguntas escritas [...]". (Art. 4 al. 1 de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA))</p>

Para el derecho colombiano, el cuestionario no es el único medio por el cual el tomador declara "los hechos o circunstancias que determinan el estado de riesgo" (art. 1058 del C. de Co.). Si bien es cierto que, en la práctica del seguro, el cuestionario escrito es el medio más habitual, no es requisito legal entre nosotros, por lo que bien puede imaginarse una declaración a través de preguntas orales o, incluso, una declaración espontánea del tomador-asegurado. Pero como bien se menciona en la Exposición de Motivos del Proyecto del Código de Comercio colombiano de 1958, p. XVIII, "el tomador no es un especialista en la técnica del seguro. Su obligación no puede llegar hasta la extrema sutileza que apenas si podrá ser captada por el agudo criterio del asegurador". El asegurador debe "facilitar los medios en orden a obtener la totalidad de los datos que requiera para formarse un adecuado conocimiento sobre el estado del riesgo"¹². Si no lo hace, no podrá invocar la reticencia o inexactitud del asegurado o por lo menos, la omisión informativa de la parte asegurada no podrá sancionarse tan drásticamente. La declaración se hará al buen criterio del tomador¹³, siempre y cuando no haya "encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo" (art. 1058 inc. 2º del C. de Co.). Sin lugar a dudas, el tomador-asegurado es, en la mayoría de casos, la persona más indicada para informar sobre los riesgos. ¿Pero quién mejor para orientar al futuro asegurado sobre los elementos que pueden influir sobre el riesgo que el asegurador, quien posee amplia experiencia y conocimiento en la materia? En nuestra opinión, el criterio profesional del asegurador resulta fundamental para dirigir la obtención de información relevante del asegurando (candidato a tomador-asegurado).

12 López Blanco, Hernán Fabio, Comentarios al Contrato de Seguro, DUPRE Editores, Bogotá, 2014, pp. 283-284.

13 Ossa Gomez, J. Efrén, *op. cit.*, p. 329.

Resulta interesante el caso francés, en el que la Comisión de cláusulas abusivas¹⁴ concluyó, en una recomendación de 1985, que era necesario modificar el artículo relativo a la declaración del riesgo en seguros, al considerar el deber de información del asegurado demasiado extenso. En dicha recomendación, que avocó a la reforma del 31 de diciembre de 1989, la Comisión argumentó que el estado actual de la ley afectaba a un número importante de consumidores, siendo el seguro "*multirisques-habitation*"¹⁵ muy extendido en Francia. Y explicó que en la mayoría de estos contratos aparecía una cláusula que obligaba al asegurado a declarar, en el momento de la suscripción, todas las circunstancias que permitieran determinar el estado del riesgo, fórmula que en la mayoría de casos no era limitativa puesto que a la enumeración de hechos por declarar le precedía la locución "en particular"¹⁶. En otras palabras, existía una obligación de declaración espontánea prácticamente ilimitada. Esta situación resultaba, según la referida Comisión, peligrosa para el asegurado y, en todo caso, insatisfactoria puesto que la exigencia, a una persona que carece de conocimientos técnicos sobre el aseguramiento, de informar sobre todas las circunstancias que podían afectar la determinación del riesgo iba demasiado lejos. La ley n°89-1014 del 31 de diciembre de 1989 dentro del contexto francés, instauró un nuevo régimen. A tenor del art. L113-2, el asegurado "tiene la obligación: [...] 2° De responder de forma exacta a las preguntas hechas por el asegurador, en particular en el formulario de declaración de riesgo [...]". Este nuevo régimen se caracteriza, principalmente, por una declaración de riesgos cuyo cumplimiento se limita a informar al asegurador sobre las circunstancias que hayan sido objeto de una pregunta (y que puedan afectar el estado de riesgo). A diferencia del derecho colombiano, se ha optado por renunciar a la *declaración espontánea*, lo cual resulta significativo pues compromete al asegurador como profesional a indagar sobre los aspectos concretos que requiere para la formación adecuada de su consentimiento. Por otro lado, la ley francesa también advierte al asegurador que si la pregunta ha sido formulada en términos generales, no podrá hacer valer que el asegurado respondió de manera imprecisa (art. L112-3). No obstante lo anterior, la jurisprudencia del país galo ha estudiado el caso de una declaración intencional falsa dada por fuera de un cuestionario escrito por el asegurador. En estos casos, la jurisprudencia tiende a considerar que para demostrar la inexactitud no es necesario establecer un formulario de declaración de riesgos¹⁷. La prueba puede radicar en

14 En francés: Commission des clauses abusives.

15 N. del T.: literalmente "seguro multirisgo de hogar".

16 Recommandation n.º 85-04, BOCC du 6/12/1985.

17 Existe divergencia entre la jurisprudencia de la cámara criminal y de la segunda cámara civil. La primera se niega a pronunciar la nulidad del contrato en ausencia de cuestionario mientras que la segunda lo admite.

las declaraciones del asegurado escritas en la póliza de seguro¹⁸. De hecho, esta jurisprudencia parece acorde al texto de la ley que no impone un cuestionario escrito ("responder de forma exacta a las preguntas del asegurador, en particular las del cuestionario de declaración del riesgo"). Es decir que no se excluye explícitamente que las preguntas puedan haber sido hechas en otro documento o incluso de forma oral.

El derecho suizo contiene una solución similar a la del art. L113-2 antes citado: la declaración del proponente tiene que ser por escrito y conforme al cuestionario propuesto por el asegurador o a toda otra pregunta escrita (art. 4 al. 1 LCA). Incluso, establece la presunción de que son hechos importantes los hechos que han sido objeto de preguntas precisas y no equívocas en el cuestionario (art. 4 al. 3 LCA). El legislador ya entendía la importancia del cuestionario a principios del siglo pasado, cuando declaró que tenía un gran valor práctico para ambos contratantes. Para el solicitante porque lo orienta en la determinación de las circunstancias que el asegurador considera esencial para determinar el riesgo y para el asegurador porque es quien está llamado, en primer lugar, por su conocimiento del área y la necesidad de salvaguardar sus intereses a decidir cuáles son las circunstancias que deben ser consideradas importantes". De tal forma que, concluye "la extensión del deber de declaración está limitado en hechos a los puntos indicados en el cuestionario"¹⁹²⁰. Según la jurisprudencia del Tribunal federal suizo (ATF 136 III 334 consid. 2.3 p. 336), la pregunta del asegurador debe estar formulada por escrito y redactada de forma precisa e inequívoca. De forma que, cuando el asegurado haga valer la reticencia del tomador para rescindir el contrato, deberá precisar a cuál pregunta no ha respondido el tomador o no ha respondido de forma exacta (TF 4A_289/2013 consid. 4.2). Resultando que, si las preguntas fuesen orales, el asegurador se vería en la imposibilidad de beneficiarse de los derechos derivados de la *réticence*.

18 1ère Civ., 24 novembre 1999, pourvoi n° 97-19.022 ; 2e Civ., 16 décembre 2010, pourvoi n° 10-10.859, *Bull.* 2010, II, n° 208, dans le cas d'un questionnaire téléphonique ; 2e Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 11-30.075).

19 Message du 2 février 1904 sur le projet d'une loi fédérale concernant le contrat d'assurance, FF 1904 p. 300.

20 En francés: "Le contrat d'assurance terrestre est généralement conclu sur la base des réponses que le proposant a faites aux questions de l'assureur contenues dans un formulaire de proposition et de déclaration. Le questionnaire a donc pour les deux contractants une grande valeur pratique. Pour le proposant, c'est une direction éclairée pour déterminer les circonstances qui, dans l'opinion de l'assureur, sont essentielles pour apprécier le risque. Du fait que c'est l'assureur qui est appelé en première ligne, par sa connaissance des choses et par la nécessité de sauvegarder ses intérêts, à décider quelles sont les circonstances qui doivent être considérées comme importantes, il faut conclure, d'accord avec la pratique, que l'étendue de l'obligation de déclarer est limitée en fait aux points qui sont indiqués dans le questionnaire.

En España, tal como lo narra Sanchez Calero "Frente a la concepción del Código Comercio de entender que pesaba sobre el tomador del seguro el deber espontáneo de declarar cuanto supiera sobre el riesgo asegurado, la LCS, según se ha dicho, entendió que tal concepción había sido sustituida por una obligación de respuesta o contestación al cuestionario presentado por el asegurador"²¹, por lo que se colocó en cabeza del asegurador el deber de interrogar a la futura parte asegurada sobre los hechos o circunstancias que le resulta relevante conocer para consentir la celebración del contrato de seguro y fijar el valor de la prima. En tal sentido, resulta claro que el derecho español adoptó la tesis francesa y suiza en esta materia, de tal manera que no es posible predicar, en este contexto, reticencia o inexactitud sin cuestionario. El Tribunal Supremo español ha tenido la oportunidad de apreciar el artículo relativo al deber de declaración (art. 10 de la Ley 50/1980) en varias ocasiones. Aunque se puede deducir del enunciado de la Ley, el Tribunal explica que más que un deber de declaración, se trata de un deber de contestación o respuesta del tomador a lo que le pregunte el asegurador²².

El argumento llega a ser el mismo que en las demás legislaciones: el mayor conocimiento del asegurador hace de él la persona indicada para orientar al tomador sobre la información importante que debe brindar. De forma idéntica al derecho francés, la obligación de declarar se cumple contestando al cuestionario y no existe un deber de declaración espontánea²³. La información faltante que no ha sido objeto de preguntas en el cuestionario es asumida por el asegurador²⁴. En cuanto a la forma, el cuestionario no debe revestir una forma particular, pero las preguntas deben ser conducentes a la información que el asegurador desea obtener²⁵.

En este orden de ideas, se encuentra una tendencia clara en estas legislaciones a reconocer que existe efectivamente un deber de declaración del riesgo por parte del tomador-asegurado, pero que el mismo está limitado por el ejercicio profesional del asegurador en virtud del cual debe CUESTIONAR en concreto a la futura parte asegurada sobre los aspectos concretos que le

21 Sanchez Calero, Fernando, op. cit. p. 285. En la misma obra Sanchez Calero señala: "Aparece así, como ha quedado dicho, no un deber de espontáneo o independiente del tomador, sino un deber de responder un cuestionario que tiene su precedente en el Derecho suizo" (p. 291)

22 España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº726/2016 de 12 diciembre.

23 Veiga Copo, A.B., Caracteres y Elementos del Contrato de Seguro Póliza y Clausulado, Universidad Sergio Arboleda & Biblioteca Jurídica Díkē (Eds.), Bogotá, 2010, p. 605.

24 La jurisprudencia de los últimos años ha venido confirmando este principio. Ver por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo n.º 676/2014 del 4 de diciembre (Sala de lo Civil, Sección 1ª).

25 España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº 676/2014 de 4 diciembre.

resultan relevantes, eliminando el escenario de la declaración espontánea o de las reticencias e inexactitudes por error inculpable que contempla nuestro artículo 1058 del Código de Comercio.

III. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA RETICENCIA O INEXACTITUD

De otro lado, otro aspecto relevante a comparar es el relativo a las consecuencias jurídicas que las diferentes legislaciones imponen frente a la reticencia o inexactitud relevantes del tomador – asegurado. El siguiente cuadro muestra los diferentes tratamientos en los países objeto de estudio:

CUADRO N.º 3
COMPARATIVO CONSECUENCIAS DE LA RETICENCIA E INEXACTITUD:

COLOMBIA	ESPAÑA	FRANCIA	SUIZA
<p>La reticencia o la inexactitud [...] producen la nulidad relativa del seguro. (...)</p> <p>Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al (...)" (artículo 1058 C.Co)</p> <p>"[...] el asegurador tendrá derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena". (Art. 1059 del Código de Comercio)</p>	<p>"El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud [...]. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave de su parte, las primas relativas al período en curso..." (Art. 10.2 de la Ley 50/1980).</p> <p>"Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo" (Art. 10.3 de la Ley 50/1980)</p>	<p>"Independientemente de las causas ordinarias de nulidad y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo L. 132-26, el contrato de seguro es nulo en los casos de <i>reticence</i> o de falsa declaración intencional por parte del asegurado cuando esta reticencia o esta falsa declaración cambia el objeto del riesgo o disminuye la opinión para el asegurador FB[...]" (Art. L113-8 du Code des assurances)</p> <p>Posibilidad de aumento de la prima o rescisión del seguro. Reducción proporcional de la indemnización (art. L113-9)</p>	<p>"Si el que tenía la obligación de declarar, en el momento de la celebración del contrato, no ha declarado o declarado de forma inexacta un hecho que conocía o debía conocer (<i>reticence</i>), [...] el asegurador puede rescindir el contrato [...]" (Art. 6 al. 1 de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA))</p> <p>Excepciones a la nulidad del contrato en el art. 8 LCA.</p>

El artículo 1058 del C. de Co. menciona la *reticencia* y la *inexactitud* precedida de cuestionario como causantes de la nulidad del seguro, previendo así mismo, frente a la proveniente de "error inculpable" sin formulación de cuestionario, la reducción proporcional del seguro. A pesar de ser empleados en la misma disposición, estos conceptos no siempre hacen referencia a los mismos hechos, por lo que es importante, como primera medida, establecer su significado y porqué, en los contextos normativos analizados su entendimiento puede ser diferente.

La *inexactitud* del art. 1058 del c. de Co. consiste en una contradicción entre la declaración expresa del tomador y la realidad de los hechos. Mientras que la *reticencia* entraña una conducta pasiva que puede consistir en la omisión, encubrimiento de un hecho o circunstancia "sobre los cuales se ha reclamado la atención del tomador o cuya importancia ha debido motivar su declaración espontánea", la *inexactitud* implica una conducta activa²⁶. Además, la *reticencia* o *inexactitud* deben consistir en hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a celebrar condiciones más onerosas" (art. 1058 del C. de Co.). Es decir, que debe tratarse de hechos relevantes y sólo tienen tal condición, los hechos que conocidos por el tomador-asegurado (1) son de tal entidad que influyen en el consentimiento del asegurador o en las condiciones de otorgamiento del seguro (2)²⁷. A tenor del art. 863 del C. de Co. "las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen"; por lo que la parte asegurada que falta a la diligencia no queda amparado por la ley. Dicho esto, queda claro que los elementos que no han tenido ninguna influencia en la valoración del riesgo o en la vida de contrato, no son relevantes, aunque hayan sido omitidos o falseados. Así las cosas, el concepto de hechos irrelevantes en las declaraciones espontáneas es más amplio al excluir "los hechos que escapan de la razonable percepción intelectual, a la valoración del profano, a su natural inaptitud para identificar todos los ingredientes técnicos que concurren a la adecuada calificación de los riesgos"²⁸. Ossa Gomez (1991, p. 332) explica que la ausencia de cuestionario sólo puede ser imputada al asegurador, de forma que, si decide no someterlo al tomador-asegurado, "el tomador apenas está obligado a poner de relieve aquellos hechos o circunstancias que, conforme a su sentido común, habida cuenta de su nivel intelectual, sin dar la espalda – desde luego – a una razonable diligencia, estime objetivamente agravantes del riesgo que somete al estudio del asegurador".

En derecho suizo, la *réticence* consiste en la "omisión de declarar o [en] el hecho de declarar de forma inexacta [...] un hecho importante para la determinación del riesgo que la persona obligada a declarar conocía o debía conocer"²⁹. Es decir que la *réticence* comprende tanto la *reticencia* como la *inexactitud* del derecho colombiano. La Autoridad judicial suprema de la Confederación suiza, el *Tribunal fédéral*, razona de la siguiente manera para determinar si existe *réticence*: primero (1) analiza si la pregunta que hizo el asegurador era precisa y no equívoca (art. 4 al. 3 LCA); luego, (2) determina si en función de

26 Ossa Gomez, J. Efrén, *op. cit.*, pág. 330.

27 Ossa Gomez, J. Efrén, *op. cit.*, págs. 330-331.

28 Ossa Gomez, J. Efrén, *op. cit.*, pág. 331.

29 Viret Bernard, *La réticence dans l'assurance-maladie privée et sociale*, in *Revue Suisse d'Assurances*, 1975, p. 37

los hechos que el solicitante conocía o debía conocer (art. 4 y 6 LCA), podía dar una respuesta verídica; y finalmente (3), analiza si la *réticence* consiste en un hecho importante (art. 4 y 6 LCA). En cuanto al primer criterio, como queda reflejado en el *Message du 10 février 1904* del *Conseil fédéral*³⁰ à l'*Assemblée fédérale*³¹ "las preguntas imprecisas y equívocas hechas por el asegurador no son consideradas importantes. Las preguntas que faltan de claridad esconden peligros serios para el solicitante por lo que no pueden gozar de protección legal"³²³³. "El asegurador debe redactar sus preguntas de tal forma que puedan ser entendidas por la mayoría de la gente, sin que tengan que informarse de manera sistemática sobre el sentido de algunas expresiones particulares o proceder a investigaciones más exhaustivas³⁴³⁵. En cuanto al segundo criterio, podemos distinguir un elemento objetivo y un elemento subjetivo. Desde un punto de vista objetivo, debe haber discordancia entre lo declarado y la realidad. En cuanto a saber si el solicitante podía dar una respuesta verídica, el Tribunal federal en su jurisprudencia (ATF 136 III 334, consid. 2.3 ; TF 4A_54/2011 du 27 avril 2011, consid. 2.4) explica que "el solicitante tiene que declarar, además de los hechos que conoce sin más reflexión, los que no le pueden escapar cuando piensa seriamente en las preguntas hechas"³⁶. En su análisis, el juez deberá tener en cuenta las particularidades del caso y de la situación personal del solicitante³⁷. En cuanto al último criterio, un hecho importante puede consistir en toda circunstancia que influye sobre la determinación del riesgo, sin que sea necesario que el hecho callado o la declaración falsa haya tenido

30 El *Conseil fédéral* es el Gobierno suizo. Los siete miembros que lo componen dirigen cada uno un departamento de la administración federal y eligen anualmente al presidente, cuyas funciones son de dirigir las sesiones del ejecutivo y de representación.

31 *L'Assemblée fédérale* es el Parlamento suizo.

32 *Message du 2 février 1904 sur le projet d'une loi fédérale concernant le contrat d'assurance*, FF 1904 p. 300.

33 En francés: « Les questions que l'assureur a posées d'une manière imprécise et équivoque, ne sont pas considérées comme importantes. Les questions qui ne sont pas posées clairement cachent des dangers sérieux pour le proposant et ne peuvent par conséquent pas jouir de la protection légale ».

34 ATF 101 II 339, JdT 1976 I 627.

35 En francés: « L'assureur doit rédiger ses questions de sorte qu'elles puissent être comprises de la plupart des gens, sans qu'ils aient à s'informer de manière systématique du sens de certaines expressions particulières ou de procéder à des investigations approfondies ».

36 En francés: « Le proposant doit déclarer non seulement les faits qui lui sont connus sans autre réflexion, mais aussi ceux qui ne peuvent lui échapper s'il réfléchit sérieusement aux questions posés ».

37 ATF 118 II 333, consid. 2b ; TF 4A_376/2014 du 27 avril 2015, consid. 2.4.1

un papel efectivo en la realización del daño³⁸ y en las circunstancias que el asegurador puso por escrito a través de preguntas precisas y no equívocas³⁹.

En el derecho español se habla de la "reserva o inexactitud" distinguiendo ambos conceptos como acontece en el contexto colombiano, mientras que en el derecho francés se utilizan los conceptos de "reticencia" o "falsa declaración intencional", más cercanos a la doctrina suiza antes señalada.

Precisado lo anterior, en lo que toca con las sanciones previstas para el incumplimiento de este deber precontractual, en el derecho colombiano en vigor, la declaración reticente o inexacta es sancionada con la nulidad relativa del contrato (art. 1058 inc. 1 y 2 del C. de Co.), la retención de la prima (art. 1059 del C. de Co.) o la reducción de la prestación asegurada para el caso del error inculpable sin cuestionario (art. 1058 inc. 3 del C. de Co.). Para que el contrato sea sancionado con la nulidad relativa, los hechos encubiertos deben ser tales que, el asegurador, de haberlos conocido, no habría celebrado el contrato o lo habría celebrado en condiciones más onerosas⁴⁰. La nulidad relativa tiene efectos *ex tunc*; es decir que el contrato desaparece desde la fecha de su celebración⁴¹. En cuanto a la sanción prevista por el artículo 1059 del C. de Co., sólo es viable si se ha rescindido el contrato previamente. El contrato no será nulo si la inexactitud o la reticencia provienen de un error inculpable del tomador, pero el asegurador sólo estará obligado a pagar un porcentaje de la prestación asegurada si acontece el siniestro (art. 1058 inc. 3 del C. de Co.).

Parecida era la solución adoptada por el antiguo régimen de la LCA suiza, que preveía la posibilidad para el asegurador de liberarse del contrato con efecto *ex tunc* (antiguo art. 6 LCA). Mientras que el asegurado debía devolver las prestaciones pagadas, el asegurador podía guardar tanto las primas para el periodo presente como para los pasados (antiguo art. 25 al.1 LCA). Este régimen fue criticado por la doctrina que, entre otras razones, lo consideraba poco respetuoso del derecho de los consumidores. En la solución actual, no se resuelve el contrato, sino que se rescinde (efecto *ex nunc*). El asegurador puede rescindir el contrato (art. 6 al. 1 LCA) y negarse a pagar la prestación (art. 6 al. 3 LCA). Además, el artículo 8 LCA enumera una serie de circunstancias en las que el asegurador no puede rescindir el contrato o negarse a pagar la prestación, aun si el tomador ha incurrido en una *reticence*.

En derecho francés, antes de que la ley de 1930 marcara una diferencia entre las declaraciones hechas con mala fe y aquellas con simple negligencia, la consecuencia de las irregularidades en la declaración eran simple y llanamente la

38 Art. 4 al. 2 LCA; ATF 122 III 458, consid. 3 ; ATF 116 II 338, consid. 1a.

39 El artículo 4 al. 3 LCA estableciendo que todos los hechos que han sido objeto de una pregunta escrita precisa y no equívoca se presumen importantes.

40 Ossa Gomez, J. Efrén, *op. cit.*, pp. 336-337.

41 Ossa Gomez, J. Efrén, *op. cit.*, p. 337.

nulidad del contrato en su totalidad⁴². Hoy en día, a tenor del art. L113-8 "[...] el contrato de seguro es nulo en caso de *reticence* o de *falsa declaración intencional* de la parte del asegurado, cuando esta reticencia o falsa declaración cambia el objeto del riesgo o disminuye las posibilidades del asegurador de determinarlo, incluso cuando el riesgo omitido o desnaturalizado por el asegurado no ha tenido influencia en el siniestro [...]". Si el vicio de la declaración ha sido intencional, "las primas pagadas pertenecen al asegurador [...]". Si el asegurador consigue demostrar la mala fe del asegurado, cuyas consecuencias se determinan independientemente del siniestro, el contrato es nulo. Es decir, que el asegurador podrá exigir la restitución de las indemnizaciones ya otorgadas sin tener que restituir las primas⁴³. Si la falsa declaración no fue intencional o si el asegurador no logra demostrar la mala fe del asegurado "no se produce la nulidad del contrato de seguro. Es una opción mucho más benévola para el asegurado que la prevista en nuestro ordenamiento jurídico"⁴⁴. Ante tal supuesto, debemos distinguir el caso en el que la irregularidad - carente de mala fe - fue descubierta antes o después del siniestro. En el primer caso, el asegurador tiene dos posibilidades: ofrecer al asegurado una sobreprima que podrá ser aceptada o rechazada por el asegurado o resiliarse el contrato⁴⁵. En el segundo caso, "se reducirá la indemnización en proporción a la prima que se debió haber pagado si los riesgos hubiesen sido completa y exactamente declarados"⁴⁶.

Por su parte, las consecuencias que el derecho español vincula al incumplimiento del deber de declaración son: la facultad de "rescindir el contrato" independientemente de si la reticencia o la inexactitud provienen de culpa grave o dolo o no, la reducción de la prestación del asegurador y la liberación del asegurador del pago de la prestación. Es importante precisar que la facultad de "rescindir el contrato" es entendida por la doctrina más autorizada de dicho país no como una forma de anulabilidad del contrato, sino como "una facultad de denuncia, de desistimiento (o de receso, si se quiere) de la relación obligatoria del contrato de las que llevan a su extinción. Facultad de denuncia que implica una resolución del contrato"⁴⁷ la cual solo puede ser utilizada en un tiempo muy breve como se desarrollará en numeral posterior. El derecho español también distingue los casos en los que medió dolo o culpa grave en el incumplimiento del deber de declaración por el tomador y en los que no⁴⁸.

42 Lambert-Faivre Yvonne, Leveneur Laurent, *op. cit.*, p. 266.

43 Lambert-Faivre Yvonne, Leveneur Laurent, *op. cit.*, p. 269.

44 Jaramillo, Patricia, Aspectos Particulares de los Seguros en el Derecho Comparado, en Seguros Temas Esenciales, Palacios Sánchez, Fernando (Editor científico), cuarta edición, Ediciones ECOE – Universidad de la Sabana, Bogotá, 2016, p. 85.

45 Lambert-Faivre Yvonne, Leveneur Laurent, *op. cit.*, p. 270.

46 Lambert-Faivre Yvonne, Leveneur Laurent, *op. cit.*, p. 271.

47 Sanchez Calero, Fernando, *op. cit.*, p. 300.

48 A tenor del artículo 1269 del Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889, «hay

Mientras que en la primera hipótesis el asegurador tiene la facultad de "rechazar el siniestro y liberarse de la obligación de indemnizar", en la segunda sólo podrá hacer valer una reducción de la prestación⁴⁹.

Tal como se aprecia, la tendencia internacional en esta materia, que se aleja de la más tradicional que aún está presente en la legislación colombiana, es establecer remedios para la reticencia y la inexactitud diferentes a los de la nulidad relativa del negocio jurídico, dada su drasticidad. Si bien se reconoce la gravedad de la conducta, se contemplan facultades para el asegurador dirigidas a la resolución del contrato o el restablecimiento posterior del equilibrio prima – riesgo.

IV. OPORTUNIDAD PARA LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES A LA RETICENCIA O INEXACTITUD DEL TOMADOR – ASEGURADO

Otro aspecto que consideramos relevante comparar, es el referente al término u oportunidad con el que cuenta el asegurador para obtener la aplicación de las sanciones o consecuencias previstas para la reticencia o inexactitud de la parte asegurada. A continuación se resumen las diferentes posiciones legislativas sobre este tema en los países objeto de estudio:

CUADRO NO. 4
OPORTUNIDAD PARA LA APLICACIÓN DE LAS SANCIONES FRENTE A LA RETICENCIA O INEXACTITUD

COLOMBIA	ESPAÑA	FRANCIA	SUIZA
Art. 1081 del c. de Co. Prescripción Ordinaria de 2 años contados a partir del conocimiento o debido conocer del hecho que da base a la acción Prescripción extraordinaria de 5 años contados a partir de que nace el respectivo derecho.	"... mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador de seguro" (art. 10.2 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro) En seguros de vida: "... Sin embargo, el asegurador no podrá impugnar el contrato una vez transcurrido el plazo de un año, a contar desde la fecha de su conclusión, a no ser que las partes hayan fijado un término más breve en la póliza y, en todo caso, salvo que el tomador del seguro haya actuado con dolo".	"Todas las acciones derivadas del contrato de seguro se prescriben a los dos años, a contar del evento que lo origina. Sin embargo, este término no empieza a correr: 1° en caso de reticencia, omisión, falsa o inexacta declaración sobre el riesgo, antes que el asegurador haya tenido conocimiento de ello. [...]"(L 114-2 du Code des assurances).	Si las condiciones materiales están dadas, el asegurador puede rescindir el contrato por escrito (art.6 al. 1 LCA) en un plazo de 4 semanas desde que se enteró de la <i>reticence</i> (art. 6 al. 2 LCA).

dolo, cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

49 España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº676/2014 de 4 diciembre.

Como se desprende de la lectura de las disposiciones que se reflejan en el cuadro antes incluido, es el régimen colombiano el que contempla el término más amplio para el ejercicio de las acciones que protegen al asegurador frente a la reticencia e inexactitud relevantes del tomador – asegurado. En armonía con lo señalado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación de 3 de mayo de 2000 expediente 5360: "El término dispuesto para la prescripción ordinaria corre, pues, en relación con la acción de nulidad relativa (c. de Co., art. 1058) del contrato de seguro, a partir del conocimiento real o presunto que tenga el titular acerca de los vicios que lo afectan, al paso que el de la extraordinaria (5 años) corre desde el momento que nace el derecho a demandar esa nulidad. No hay duda, entonces, de que cuando el motivo de esa acción son las reticencias o inexactitudes respecto de las manifestaciones del tomador, el interesado en promoverla debe hacerlo dentro de los dos años siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer esas conductas, sin que en ningún caso pueda promoverla pasados cinco años desde cuando se produjo el perfeccionamiento del contrato, que dio nacimiento al derecho a demandar la rescisión, según se reseñó"⁵⁰.

Dentro de las legislaciones vistas, solo la francesa continúa planteando la sanción de nulidad para este tipo de comportamiento cuando media mala fe y establece para su presentación el término de 2 años contados a partir del conocimiento que de tal circunstancia obtiene el asegurador. Sin embargo, cuando quiera que no haya habido mala fe en la declaración reticente y esta se constata por el asegurador antes de la ocurrencia del siniestro, el mismo debe proceder a determinar un aumento de la prima o rescindir el contrato (entendida como facultad de resolver el seguro) 10 días después de la notificación dirigida al asegurado por escrito, devolviendo la prima correspondiente al periodo de vigencia no transcurrido.

En el caso suizo, las cuatro semanas que tiene el asegurador para rescindir el contrato a partir del momento que ha tomado conocimiento de la *réticence* son un lapso perentorio, cuyo respeto debe ser demostrado por el asegurador (ATF 118 II 333 consid. 3 in initio p. 338). Según la jurisprudencia del Tribunal federal, el plazo empieza cuando el asegurador está completamente orientado sobre todos los puntos relativos a la reticencia y tiene un conocimiento efectivo sobre ellos, pero no si únicamente tiene sospechas (ATF 118 II 333 consid. 3a p. 340).

50 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 5360, 3 de mayo de 2000, MP. Nicolás Bechara Simancas, donde incluso se plantea tal límite temporal para ser propuesta por el asegurador como excepción. Debe anotarse, que la jurisprudencia nacional no sigue siempre este último derrotero, como se indicó en decisión del pasado 30 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, expediente 2015-797 M.P. Ricardo Acosta Buitrago.

Finalmente, en el derecho español, la facultad de denuncia – resolución del contrato de seguro como hemos visto, solo puede ser ejercida por el asegurador – como regla general – dentro del mes siguiente al momento en que tuvo conocimiento de la reserva o inexactitud. Se exceptúa de este caso, la reserva o inexactitud en el seguro de vida donde se contempla el término de 1 año contado a partir de la conclusión del negocio jurídico como plazo máximo para proposición. Tal previsión es denominada en este contexto como “cláusula de incontestabilidad o indisputabilidad”⁵¹ y tiene como fundamento “una finalidad primordialmente comercial de dotar de certeza jurídica al tomador del seguro de que la póliza de seguro de vida no va a ser objeto de impugnación a consecuencia de una declaración inexacta o errónea, la praxis aseguradora anglosajona ha propiciado las cláusulas de incontestabilidad o inimpugnabilidad. (...) Se trataría, pues, de una caducidad en beneficio del consumidor de seguros”⁵². Se destaca que la cláusula de orden legal que contempla la incontestabilidad o inimpugnabilidad en seguros de vida NO aplica cuando quiera que es demostrable que el tomador – asegurado optó con dolo, esto es, el legislador español considera inaceptable admitir este beneficio cuando quiera que se ha actuado con la intención manifiesta de engañar al asegurador. Ahora bien, señala claramente la doctrina, que ello no es óbice para que a la luz de lo previsto en el art. 1301 del c.c. español, aún en caso de dolo la acción prescrita a los cuatro años contados desde el momento en que se perfeccionó el contrato⁵³.

Este esquema de incontestabilidad o inimpugnabilidad en materia específica de seguro de vida prevista en el derecho español, es interpretada como compatible con el término para que el asegurador haga uso de la facultad de rescindir el contrato. De esta manera se interpreta, en el referido contexto, que si el asegurador conoce de la reserva o inexactitud en la declaración no dolosa antes de cumplirse un año, contará con un mes para hacer uso de su facultad de rescisión desde el momento en que se presentó tal conocimiento.

V. CONCLUSIONES

La revisión de las legislaciones española, francesa y suiza, frente a las disposiciones del derecho colombiano referentes al tratamiento de la reticencia e inexactitud relevante en materia de seguros, permite identificar muy claramente

51 En el contexto colombiano, el artículo 1160 del C.Co. contempla un esquema de incontestabilidad del seguro de vida, pero específicamente para el caso de la sanción de reducción proporcional del seguro mediando error en la declaración respecto de la edad, con el término de 2 años desde la celebración del contrato. Se trata de una previsión menos amplia, que la que existe en el derecho español.

52 Sanchez Calero, Fernando, ob. Cit., pp. 2406 y 2407.

53 Sánchez Calero, Fernando, ob. Cit., pág. 2411.

que la tendencia internacional está cada vez más cerca de evitar la imposición de deberes genéricos e indeterminados de declaración informativa en cabeza de los tomadores – asegurados y, por el contrario, de comprometer cada vez más al asegurador profesional en la formulación de un cuestionario completo y adecuado que le permita obtener los datos que requiere para el desarrollo responsable de su actividad.

Esa misma visión se observa en lo relativo a la flexibilización y morigeración de las consecuencias jurídicas asociadas al comportamiento reticente o inexacto de la parte asegurada. La anulación del contrato de seguro empieza a convertirse en la excepción, para abrirse paso el establecimiento de fenómenos menos drásticos como la facultad de rescisión (denuncia o resolución del contrato) o el restablecimiento del equilibrio esperado en la ecuación prima – riesgo bien antes o, incluso, después de ocurrido el siniestro. En el mismo sentido, resulta clara la posición normativa dirigida al acortamiento de los términos existentes para que el asegurador haga efectivas las consecuencias jurídicas asociadas a la reticencia o inexactitud, al punto de vedar la posibilidad de que lo haga transcurrido un determinado tiempo (incontestabilidad e inimputabilidad).

La teleología de tales disposiciones es igualmente inequívoca: que el consumidor de seguros obtenga, en últimas, el beneficio para el cual adquirió el seguro.

Respecto de esa tendencia, encontramos que el Derecho Colombiano no ha tomado la decisión – por lo menos, a nivel legislativo – de dar un paso hacia adelante. Ha sido la jurisprudencia, bien de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil en algunos fallos específicos o bien la Corte Constitucional en otras decisiones, la que ha intentado introducir este tipo de previsiones en favor de los asegurados. La exigencia de mayor diligencia rigor en la fase precontractual por parte del asegurador, la restricción a la posibilidad de oponer indefinidamente en el tiempo la excepción de nulidad relativa, entre otras, hacen parte de ese cúmulo de aportes jurisprudenciales al tema, que muchas veces no son bien recibidos por contrariar el texto mismo de las normas existentes.

Es necesario que la legislación nacional introduzca modificaciones en la regulación actual sobre la materia. Tales pasos deben darse pronto pero en forma segura, evitando que la disparidad de criterios al interior de los jueces, produzca permanentes decisiones desiguales, dependiendo de la jurisdicción a la que se acceda. Es igualmente necesario que tales cambios normativos se presenten en forma ordenada y bajo las reglas de la democracia, logrando que la actividad se desarrolle sobre reglas claras y uniformes, generando certidumbre para todos los que concurren en su desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Lambert-Faivre Yvonne, Leveneur Laurent, Droit des assurances, Dalloz, Paris, 2005

López Blanco, Hernán Fabio, Comentarios al Contrato de Seguro, DUPRE Editores, Bogotá, 2014

Ossa Gomez, J. Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Temis, Bogotá, 1991

Veiga Copo, A.B., Caracteres y Elementos del Contrato de Seguro Póliza y Clausulado, Universidad Sergio Arboleda & Biblioteca Jurídica Diké (Eds.), Bogotá, 2010

Sanchez Calero, Fernando (Director) y otros, Ley de Contrato de Seguro, Comentarios a la Ley 50 / 1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones, Cuarta Edición, Editorial Aranzadi, 2010.

JURISPRUDENCIA

Colombia

Corte Constitucional, Sentencia C-232/97 M.P. Jorge Arango Mejía

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 5360, 3 de mayo de 2000, T. Nicolás Bechara Simancas

España

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº726/2016 de 12 diciembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia nº676/2014 de 4 diciembre

Francia

2e Civ., 12 avril 2012, pourvoi nº 11-30.075

2e Civ., 16 décembre 2010, pourvoi nº 10-10.859

2e Civ., du 10 mars 2004, pourvoi nº 03-10.134

1^{re} Civ., 24 novembre 1999, pourvoi nº 97-19.022

Suiza

ATF 136 III 334

ATF 122 III 458

ATF 118 II 333

ATF 116 II 338

ATF 101 II 339, JdT 1976 I 627

TF 4A_376/2014 du 27 avril 2015

TF 4A_289/2013 du 10 septembre 2013

TF 4A_54/2011 du 27 avril 2011

ARTÍCULOS

Viret Bernard, La réticence dans l'assurance-maladie privée et sociale, in *Revue Suisse d'Assurances*, 1975

Jaramillo, Patricia, Aspectos Particulares de los Seguros en el Derecho Comparado, en *Seguros Temas Esenciales*, Palacios Sánchez, Fernando (Editor científico), cuarta edición, Ediciones ECOE – Universidad de la Sabana, Bogotá, 2016

INFORMES

Message du 2 février 1904 sur le projet d'une loi fédérale concernant le contrat d'assurance, FF 1904

Recommandation n.º 85-04, BOCC du 6/12/1985

Cours de Cassation, Rapport annuel 2012, Livre 3, Partie 3, Titre 2, Chapitre 4, Section 3

PÁGINAS WEB

«Code des assurances», <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006073984>, (consultado el 16 de marzo de 2017)

“Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro”, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-22501>, (consultado el 16 de marzo de 2017)

«Loi fédérale sur le contrat d'assurance», <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19080008/index.html> (consultado el 16 de marzo de 2017)