

# Prácticas abusivas

EN LOS CONTRATOS DE SEGURO:  
LA CLÁUSULA DE PREEXISTENCIA

## *Unfair practices*

*IN INSURANCE CONTRACTS: THE CLAUSE PREEXISTENCE*

### RESUMEN

En materia de seguros existen acciones que recaen en cabeza del interesado, y otras que recaen en cabeza de la aseguradora; dentro del segundo grupo, la nulidad relativa del contrato de seguro (Ambas reguladas por el término prescriptivo del artículo 1081 del Código de Comercio).

La Jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que se constituye en deber de diligencia de la aseguradora, verificar el estado real del riesgo al momento de que se proceda a la firma del contrato, más allá de lo declarado por el tomador.

Lo anterior implica que el término de prescripción que se aplica a la acción de nulidad relativa, inicie desde la firma del contrato, en la medida en que desde ahí tiene conocimiento del hecho generador, imponiendo además, que se aplique la prescripción subjetiva de dos años.

Teniendo conocimiento que esa tesis es aplicada por los jueces, las aseguradoras han incluido dentro de las pólizas de seguro, especialmente en seguros de vida, la cláusula de preexistencia, la cual es abusiva en la medida que alarga los términos de prescripción y limita su responsabilidad.

**Palabras clave:** Contrato de seguros, Aseguradora, Póliza de seguros, Nulidad relativa, Cláusulas abusivas, Prescripción.

### ABSTRACT

In the subject of insurance there are actions that fall to get insured, and that fall to get insurance company; in the second group the action of the relative nullity of the insurance contract. Both are regulated by the requirement of article 1081 of the commercial code.

The proffered jurisprudence of the Civil Chamber of the Supreme Court of justice It has been established that constitutes duty of care of the insurance company, as a professional, check the actual risk status at the time of signing the contract, regardless declared by the insured.

The foregoing implies that the time of prescription the action of the relative nullity of the insurance contract, start since signing the contract considering that since that time, aware of the fact generator also that applies leading the subjective prescription of the two years.

Having learned that this thesis is applied by judges, that come included in insurance policies, especially life insurance policy, "the pre-existing clause", which is abusive to the extent that extends the statute of limitations and limits its liability.

**Keywords:** Insurance contract, Insurance company, Insurance policy, Relative nullity, Unfair terms, Prescription.

### DAVID MODESTO GUETTE HERNÁNDEZ

Abogado egresado de la Universidad Libre de Barranquilla, Especialista en Responsabilidad Civil y Seguros. Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Investigador vinculado al grupo INCOM. guettedavid@hotmail.com

**Recibido:**  
2 de febrero de 2015  
**Aceptado:**  
22 de abril de 2015

## INTRODUCCIÓN

El estudio del Derecho, debe siempre enfocarse en una determinada realidad social, en especial todos aquellos temas que no pueden obtener una resolución justa luego de la aplicación irrestricta de la Ley. Y es así, en la medida que el Derecho se crea, transforma y adapta, de acuerdo a las necesidades sociales, cumpliendo un papel importante en esa sinergia (creación, transformación, adaptación), no solo el legislador, además, el administrador de justicia al resolver un asunto determinado, y la academia al presentar proposiciones normativas referente a la forma en que debe darse la solución.

Ese razonamiento motiva y a su vez justifica que la doctrina se embarque en la tarea de presentar proposiciones normativas, con el objeto de lograr sean aceptadas por los administradores de justicia al reproducirlas en la sentencia, o permitir motivar en los lectores (estudiantes y litigantes) determinado comportamiento judicial, que a su vez sea aplicado en la práctica jurídica.

Teniendo en cuenta lo anterior, el grupo INCOM, actualmente ha emprendido la tarea de realizar un estudio en torno a la relación existente entre el derecho del consumo y los contratos mercantiles, permitiendo encontrar una marcada conexión en el tema del contrato de seguros, y en especial en lo atinente a la implementación cada vez más profusa de cláusulas limitativas de responsabilidad, dentro de ellas la llamada “cláusula de preexistencia”.

Las tesis que asumiré en las presentes líneas, tienen cabida en los eventos que la relación celebrada entre tomador y aseguradora, se conciba como una relación de consumo, entendida esta, como aquella que surge entre un consumidor, y un proveedor, expendedor o distribuidor, excluyéndose por contera, aquella que surge entre comerciantes, o entre una entidad estatal y una aseguradora.

Para abordar el tema y a su vez posibilitar su comprensión, entendiendo que los principales lectores son estudiantes de Derecho, realizaremos un breve recorrido sobre el contrato de seguros, para luego sí ahondar en la temática planteada.

### Aspectos generales del contrato de seguros

En términos generales, el contrato de seguros es un negocio jurídico consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo y aleatorio, por virtud del cual una persona denominada –asegurador– se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina prima, dentro de los términos pactados y ante la ocurrencia de un hecho incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al asegurado por la ocurrencia del siniestro\*.

El Código de Comercio no presenta una definición del contrato de seguros, sin embargo la

\* Al respecto consultar RUEDA SERRANO, Manuel Guillermo. *Los contratos en el Derecho Privado*. Primera edición. Edit. Legis, pp. 613 y ss.; ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. *El contrato de seguro Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Primera edición. Edit. Universidad Externado de Colombia, pp. 100 y ss., entre la jurisprudencia patria, Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, sentencia del 22 de julio de 1999, M.P. Bechara Simancas Nicolás, Exp. 5065.

doctrina lo concibe como *“aquel por medio del cual una persona legalmente autorizada para ejercer esta actividad, (...) asume los riesgos ajenos mediante una prima fijada anticipadamente; o dicho en otras palabras, es aquel contrato por el cual (...) una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por la otra parte, el asegurador (...)”\**.

A su vez la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil lo define como un contrato *“por virtud del cual una persona –el asegurador– se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina ‘prima’, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al ‘asegurado’ los daños sufridos”*<sup>1</sup>.

Del concepto del contrato de seguros, junto con las disposiciones contempladas en el Estatuto Mercantil, se permite concebir como partes, al asegurador, es decir, la persona que asume los riesgos debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos; el tomador que es la persona que obrando por cuenta propia o ajena traslada los riesgos (art. 1037); además se encuentra el beneficiario que es el sujeto que se beneficia del pago del siniestro, el cual puede ser ya el tomador, ora un tercero.

Dentro de los elementos que conforman el contrato de seguros se encuentran el riesgo asegurable, el cual se constituye en el hecho futuro e incierto que no depende de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario<sup>2</sup>; el interés asegurable, es la relación económica que vincula al asegurado con un bien determinado o con su patrimonio<sup>3</sup>; la prima, que es el valor que se cancela por el amparo al riesgo<sup>4</sup>, y se constituye en la contraprestación a favor del asegurador, a cambio de la asunción por parte de este, del riesgo que le es trasladado por el tomador del seguro; la obligación condicional del asegurador, que es la exigencia a la aseguradora, para que, verificados los supuestos de amparo cancele toda la indemnización o la proporción o la parte que se comprometió a pagar al título de indemnización<sup>5</sup>.

Dentro de las obligaciones que se encuentran en cabeza del asegurado se encuentran en la etapa precontractual, la de la declaración sincera del estado del riesgo (Art. 1058 C. de Co.); en la etapa contractual, el pago de la prima, la del mantenimiento del estado del riesgo (1060 C. de Co.); la de aviso del siniestro, y la evitación de la propagación del siniestro, la presentación de la reclamación.

En cuanto la forma como el beneficiario puede acceder a la indemnización objeto del mismo,

\* Definiciones dadas por Vivante y Picard y Besson, según Isaac Halperin. López Blanco, Hernán Fabio, “Comentarios al Contrato de Seguro”, Dupré Editores, 5ª ed., 2010, p. 44.

1. Cas. civ. 24 de enero de 1994, S-002-94 [4045], CCXXVIII, 2467, p. 30; 22 de julio de 1999, S-026-99 [5065]).

2. Artículo 1054 del Código de Comercio.

3. Artículos 1083 y 1137 del Código de Comercio.

4. Artículo 1066 del Código de Comercio.

5. Artículos 1079 y 1080 del Código de Comercio.

o dicho de otra forma, la manera de acceder al riesgo amparado por la póliza, el artículo 1075 del C. de Co., establece que el asegurado o beneficiario están obligados a dar noticia al asegurador dentro de los tres días siguientes a la fecha en que conoció o debió conocer que ocurrió el siniestro y la carga de la prueba recae en el asegurado, quien está en el deber de demostrar su ocurrencia, así como la cuantía de la pérdida si fuere el caso (art. 1077).

### **Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro**

Hago referencia a las acciones de manera premeditada en la medida que en la relación derivada entre asegurado y aseguradora, existen varios tipos de acciones diferentes, unas que recaen en cabeza del interesado\* para hacer efectivo el pago del siniestro ya sea directa, indirecta, ejecutiva, o subrogatoria; y otras en cabeza de la aseguradora para ya sea ejercer la acción, o la excepción de nulidad relativa del contrato de seguros.

En ambos casos la prescripción se encuentra atada al término contemplado en el artículo 1081 del Código de Comercio, el cual dispone:

\* Explicó la Corte en sentencia del Sentencia de 4 de julio de 1977, reiterada en Sentencia Expediente No. 05001-3103-016-1999-00206-01: Por "interesado", explicó, "debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro, que al tenor de los numerales primero y segundo del artículo 1047 son el tomador, el asegurado, el beneficiario y el asegurador. Estas son las mismas personas contra quienes puede correr la prescripción extraordinaria, porque no se trata de una acción pública que pueda ejercitar cualquiera. Aquellas personas distintas de los interesados carecen de acción, pues el contrato de seguro es para ellos *res Inter alios acta* (sic)".

**“ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES.** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

No sobra recordar que la prescripción extintiva es una forma de –como su nombre lo indica– extinguir un determinado derecho por el transcurso del tiempo, para el caso de las acciones que emanan del contrato de seguro, lo que se extingue es la acción, dependiendo de dos condiciones, una subjetiva que atiende al conocimiento del interesado, y una objetiva que transcurre con independencia del conocimiento del interesado\*.

\* Sobre el tema de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, expresó la Corte: Ya en punto de las características de cada una de esas clases de prescripción extintiva señaló, que la ordinaria es de “estirpe subjetiva” en tanto que la extraordinaria es de “naturaleza típicamente objetiva”, precisando luego, que tales “calidades...se reflejan, de una parte, en los destinatarios de la figura *sub examine*: determinadas personas

—excluidos los incapaces— y ‘toda clase de personas’ —incluidos estos—, respectivamente, y, de la otra, en el vengero prescriptivo”. Seguidamente puntualizó, “cómo en punto al inicio del referido decurso, se tiene establecido que la ordinaria correrá desde que se haya producido el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción (el siniestro, el impago de la prima, el incumplimiento de la garantía, la floración —eficaz— de la reticencia o de la inexactitud en la declaración del estado de riesgo, etc.), al paso que la extraordinaria, justamente por ser objetiva, correrá sin consideración alguna al precitado conocimiento. De allí que expirado el lustro, indefectiblemente, irrumpirán los efectos extintivos o letales inherentes a la prescripción en comento”.

Enfatizó la Corte, que la distinción entre una y otra especie de prescripción está radicada en la ya anotada naturaleza que las caracteriza (objetiva y subjetiva) y, por ende, en la persona destinataria (determinadas personas o todas las personas) y en el momento a partir del cual corren los términos previstos para su operancia, pues “los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (artículo 2541 C.C.), y no corre contra quien no han conocido ni podido o debido conocer aquel hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, ..., y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria”.

Apoyada en su sentencia de 7 de julio de 1977, la Sala ha insistido, de un lado, en el diferente significado que frente a un caso concreto pueden adquirir las expresiones utilizadas por la norma de “tener conocimiento del hecho que da base a la acción” (inciso 2º) y “desde el momento en que nace el respectivo derecho” (inciso 3º) y, de otro, en que ante la variedad de acciones que se desprenden del contrato de seguro o de la normatividad que lo disciplina, no puede partirse de un mismo momento en todos los casos para la contabilización del término prescriptivo, pues será el hecho generador de la acción intentada o el derecho que se pretenda, el que guíe la definición del momento en que se inicie la contabilización de los dos o cinco años que se requieren para la materialización de la prescripción ordinaria o extraordinaria.

Dijo la Corte: “Para determinar cabalmente el cómputo de estos términos, es preciso tener en cuenta la diversidad de acciones que surgen ‘del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen’, pues obviamente el artículo 1081 del C. de Co. no está diseñado ni se agota exclusivamente frente a la indemnizatoria —o la encaminada a exigir la prestación asegurada— en manos del beneficiario del seguro, cuestión que obliga, en el marco de una cabal hermenéutica de ese precepto, a establecer en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada, pues esta ha de determinar a su turno cuál ‘ES EL HECHO QUE DA BASE A LA ACCIÓN’ (tratándose de la prescripción ordinaria) y en qué momento ‘NACE EL RESPECTIVO DERECHO’ (cuando se invoque la prescripción extraordinaria); desde luego que esas acciones no siempre tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento, pues este varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador, asegurado, beneficiario, o asegurador), y tampoco tienen siempre su fuente en el contrato mismo de seguro, sino

Para explicar el cómputo de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, echaré de mano de un sencillo ejemplo que me permita hacer más ilustrativa la disposición normativa. El 27 de enero de 2002 una casa se quema (la casa se encuentra amparada por una póliza contra incendio). Si el interesado en la póliza habita en la vivienda y por consiguiente se entera del incendio, se le computará el término ordinario de prescripción a partir del 27 de enero de 2002, contando hasta el 28 de enero de 2004 para ejercer la acción (2 años). Supóngase ahora que el interesado por alguna razón no pudo enterarse del incendio, ya en atención a que se encontraba de viaje a un sitio alejado sin comunicaciones; ya porque se encontraba inconsciente al haber padecido una enfermedad; o cualquier otra causa que le impida tener conocimiento; el término de dos años para ejercer la acción iniciará desde que haya tenido conocimiento efectivo del incendio, sin embargo no podrá exceder de 5 años desde la fecha del incendio, es decir, hasta el 28 de enero de 2007, de suerte que si se enteró el 28 de enero de 2006,

algunas veces en la ley, como acontece con las acciones y las excepciones de nulidad relativa, la devolución de la prima, etc. Lo anterior, es claro, sin perjuicio del régimen prescriptivo establecido en el artículo 1131 del C. de Co. para el seguro de responsabilidad civil, en el que la prescripción corre frente al asegurado a partir del momento de la petición indemnizatoria, (judicial o extrajudicial), que efectúe la víctima, y respecto de esta, desde ‘el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado’, según lo esclareció el legislador del año 1990 (Art. 86, Ley 45)... Así, el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (prescripción ordinaria), será distinto en cada caso concreto, según sea el tipo de acción a intentar, y quién su titular, y otro tanto es pertinente predicar del ‘momento en que NACE EL RESPECTIVO DERECHO’, cuando se trate de la prescripción extraordinaria, pues en esta ese momento tampoco es uno mismo para todos los casos, sino que está dado por el interés que mueve a su respectivo titular” (diecinueve (19) de febrero de dos mil dos (2002). Referencia: Expediente No. 6011).

solo le resta un año para que se configure el término de prescripción extraordinaria.

En ese sentido la primera se concibe en la regla general, y la segunda en la excepción, la cual se aplica para restringir que ese conocimiento que el legislador previó como forma de exigibilidad de la acción, no se extienda en el tiempo de manera indefinida.

Ahora, en lo que atañe a la prescripción de las acciones con que cuenta la aseguradora, encontramos que sobre ella recae la acción de nulidad relativa del contrato, la cual también puede ejercerse como excepción en el proceso que se adelante para el pago del siniestro; se encuentra contemplada en el artículo 1058 del Código de Comercio, al establecer que “(...). *La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro*”.

### **Nulidad relativa del contrato de seguro**

En términos generales, la nulidad de un acto jurídico supone una causa de extinción de las obligaciones derivadas de un contrato producto de que en tal falten algunos de sus elementos esenciales\*. La nulidad relativa a diferencia de la nulidad absoluta, puede sanearse por ratificación, prescripción, o confirma-

ción, en la medida que se trata de un problema atañedor al interés privado de las partes.

Idénticas condiciones dimanar de la nulidad relativa del contrato de seguros, sancionándose en esta especial forma contractual, la falta de probidad, o buena fe que debe caracterizar a sus extremos negociales, imponiendo so pena de ser sancionado con la nulidad advertida, que el tomador al momento que proceda a suscribir el sinalagma aseguratorio, deba declarar el estado real del riesgo. La reticencia o inexactitud consiste entonces, en la falta a la verdad, probidad y buena fe, por parte del tomador al momento de declarar el estado real del riesgo.

Esta acción, que como se dijo también puede proponerse como excepción, fue concebida por el legislador como una forma para resguardar la ubérrima buena fe que caracteriza el contrato de seguros, la que además vale decir, por tratarse de una causal relativa de nulidad puede ser saneada, en especial por la prescripción.

Para la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema

“La buena fe que se pregona del contrato de seguro debe estar especialmente calificada, y de allí que, como contrapartida, se sancione con la nulidad relativa del contrato, los actos que, como las inexactitudes y reticencias que desfiguran el real estado del riesgo, insertas en la solicitud de seguro, traicionen esa requerida ubérrima buena fe, salvo

\* Esta noción es traída por PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Volumen III. Parte segunda. Bogotá: Edit. Editoriales de la Universidad Nacional de Colombia, 1957, pp. 434 y ss.

que dichas inexactitudes y reticencias hubiesen sido conocidas del asegurador o pudiesen haber sido conocidas por él de haber desplegado ese deber de diligencia profesional inherente a su actividad”<sup>6</sup>.

La Corte ha sido muy en rigurosa en concebir la buena fe, es un elemento bacilar del contrato de seguros, dejando claro la consecuencia que se genera por la falta a ese deber de conducta:

En inequívoco desarrollo del acerado principio de la *uberrimae bona fides*, que, como se ha aceptado de manera universal y pacífica, estereotipa por antonomasia al contrato de seguro, el artículo 1058 del Código de Comercio, con justeza, ha impuesto al tomador la carga de declarar con “sinceridad” el estado del riesgo, quedándole vedado, entonces, incurrir en reticencias o inexactitudes respecto de las circunstancias que lo rodean, so pena de que tal proceder, de suyo antijurídico, amén de violatorio de caros y basilares axiomas de acendrado contenido jurídico y ético, de lugar –según el caso– a la nulidad relativa del negocio asegurativo. (Sent. de agosto 2 de 2001, Exp. 6146).

En esa línea de principio, es viable para la aseguradora declarar la nulidad relativa del contrato de seguros cuando el tomador falte a la verdad, o lo que es lo mismo, sea reticente al

declarar el estado real del riesgo; permitiendo concluir además que por tratarse de una acción que deriva del contrato de seguros, deba ser ejercitada dentro de los términos de prescripción contemplados en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Ahora, si bien es válido concluir que nulidad relativa por reticencia constituye una acción en cabeza de la aseguradora, y por lo tanto debe ejercerla dentro de los términos de prescripción previstos, se hace necesario determinar si se aplica la objetiva o la subjetiva.

#### **Tipo de prescripción aplicable a la acción de nulidad relativa del contrato de seguros**

En esto debo ser certero y lo hago sin ambages, al afirmar que a la aseguradora se le aplica el término de prescripción subjetiva contemplado en el artículo 1081 del Código de Comercio, esto es, 2 años, los cuales inician su cómputo desde el momento en que se suscribe la póliza.

Lo anterior en la medida que si bien se sanciona la reticencia e inexactitudes en la declaración del estado del riesgo, también se sanciona la pasividad de la aseguradora como profesional en su actividad asegurativa, al no investigar más allá de la declaración dispuesta por el tomador, con el propósito de verificar que lo establecido por el asegurado sea real.

Por lo tanto y en virtud de ese deber de diligencia que se le impone a la aseguradora en su carácter de profesional, se constituye en su carga, desde el mismo momento de suscribir

6. Casación Civil del 2 de agosto de 2001, Exp. 6146.

la póliza, indagar en qué estado se encuentra realmente el riesgo, más allá de las meras afirmaciones que pueda entregar el futuro tomador, para con ello definir si procede a celebrar el contrato en los términos dispuestos, ora lo realiza de manera más onerosa, ora no lo celebra.

Si bien la Corte ha expresado que la aseguradora se encuentra a merced del futuro tomador al momento de asentir o disentir sobre la posibilidad de contratar, utilizando únicamente la información otorgada por el primero que en la generalidad de los casos se aprehende a través de un cuestionario técnicamente preparado para su destinatario en el que se realizan indagaciones concernientes a hechos que conoce –o puede conocer–; también ha hecho referencia que existen circunstancias que sí pueden llegar a conocerse y que por lo tanto se deben ejercer los medios necesarios para proceder a develar el verdadero estado del riesgo.

Así lo ha asentido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al establecer:

“Se 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 esta 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 asumir”<sup>7</sup>.

Se erige en tarea del juzgador, velar que tanto el candidato a tomador deba hacer una sincera y explícita declaración del estado del riesgo, como que la aseguradora ejerza su deber profesional de verificar si lo declarado corresponde a la realidad. Al respecto expresó la Corte:

“De allí que la Corte, en reciente ocasión haya señalado que “le corresponde al intérprete del seguro, en particular al juzgador del contrato, evaluar cuidadosa y racionalmente la conducta asumida por los extremos de la relación comercial a lo largo del iter contractual, con el propósito de establecer en primer lugar, si en efecto el tomador quebrantó la carga de declarar fidedignamente los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo. Y en segundo término, solo en caso de que sea conducente, si no obstante existir un vicio en la declaración de asegura-

7. Sala de Casación Civil. M. P. Jorge Santos Ballesteros. Sentencia del 11 de abril de 2002. Expediente 6825.



bilidad, el asegurador conoció o debió conocer –por su calificado oficio– los hechos que le sirvieron de apoyatura, todo sin perjuicio del tópico de la carga de la prueba”<sup>8</sup>.

En el mismo sentido dispuso además:

Expresado en otros términos, “le corresponde al intérprete del seguro, en particular al juzgador del contrato, evaluar cuidadosa y racionalmente la conducta asumida por los extremos de la relación negocial a lo largo del iter contractual, con el propósito de establecer, en primer lugar, si en efecto el tomador quebrantó la carga de declarar fidedignamente los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo. Y en segundo término, solo en caso de que sea conducente, si no obstante existir un vicio en la declaración de asegurabilidad, el asegurador conoció o debió conocer –por su calificado oficio– los hechos que le sirvieron de apoyatura, todo sin perjuicio del tópico de la carga de la prueba (...).

Del mismo modo, ya se precisó, es sabido que no todo tipo de reticencia o de inexactitud tiene vocación de generar nulidad relativa, pues es lo cierto que si, previo a celebrar el contrato, el asegurador ha conocido –o debido conocer– las referidas inconsistencias

o distorsiones, no cabría predicar que su voluntad se vio alterada, a pretexto de haber sufrido engaño o caído en un error, lo que, entonces, cerraría el paso a la comentada nulidad sustancial, porque como lo precisó la Sala en reciente oportunidad, si “el asegurador, con anterioridad, tuvo ocasión de ponderar y sopesar el haz informativo reinante, de suerte que si en su condición indiscutida de profesional –con todo lo que ello implica– asintió en forma libre, amén de reflexiva y, por contera, aceptó celebrar el negocio jurídico asegurativo, es porque entendió que no existía un obstáculo insalvable o ninguna dificultad mayúscula llamada a opacar su voluntad o, que de haberla, solo en gracia de discusión, asumía conscientemente las consecuencias dimanantes de su decisión, lo que no riñe con un eventual establecimiento de puntuales medidas y cautelas por parte suya”<sup>9</sup>.

Quiere lo anterior significar, que si bien el asegurador es sujeto pasible de intensa y plausible protección de cara al fraude, no puede asumir invariable e irrestrictamente, una actitud rayana en la pasividad, más propia de espectadores que de partícipes en una relación negocial.

En torno a este puntual aspecto, es aconsejable memorar que la Sala, en pretérita ocasión, indicó que la expresión

8. *Op. cit.* Sentencia 6146.

9. *Ibidem.*

“Ha debido conocer, que es término utilizado por el art. 1058, hace referencia a que el actuar de la aseguradora al momento de determinar el estado del riesgo, debe ser diligente, o sea que no es de su arbitrio exigir del tomador una cualquiera prueba o declaración, descartando o guardando silencio sobre aspectos relevantes, y mucho menos dejando a su sola voluntad las manifestaciones o pruebas para la determinación del verdadero estado del riesgo, sino que, se repite, debe asumir un comportamiento condigno con su actividad, dado su profesionalismo en tal clase de contratación. En vía de principio general lo que la norma reclama es lealtad y buena fe, pues este es un postulado de doble vía en esta materia que se expresa en una información recíproca...”<sup>10</sup>.

“Otro tanto hizo en anterior oportunidad esta Corporación, al reseñar que, “...si por la naturaleza del riesgo solicitado para que sea asegurado y por la información conocida y dada por el tomador, la compañía aseguradora, de acuerdo con su experiencia e iniciativa diligente, pudo y debió conocer la situación real de los riesgos y vicios de la declaración, mas sin embargo no alcanza a conocerla por su culpa, lógico es que dicha entidad corra con las consecuencias derivadas de su falta de previsión, de su negligencia para salir de

la ignorancia o del error inicialmente padecido”<sup>11</sup>.

Con todo, el análisis que debe realizar el juez en torno al comportamiento de las partes al momento de celebrar un contrato de seguros, debe ser ponderado, y basado en apreciaciones que deben divergir conforme a las situaciones particulares que lo rodean, de suerte que se mida el nivel de diligencia y buena fe de ambos, al punto que de encontrar ya un marcado interés defraudador, o un obrar carente de diligencia, correspondientemente, se apliquen las consecuencias que la ley prevé para cada uno de tales eventos.

En la práctica, la circunstancia que mayormente se presenta para el análisis de los jueces consiste en las reclamaciones de seguros de vida, en las cuales el tomador, en muchas ocasiones no profesional, o falta de conocimientos en temas legales, se limita a llenar el cuestionario entregado por la aseguradora sin precisar las enfermedades que padece, dentro de ellas, la más común, hipertensión (por poner un ejemplo).

Posteriormente y luego de haber transcurrido un término considerable, acaece la muerte, y cuando los familiares en calidad de beneficiarios propenden por reclamar el pago del siniestro, no se accede a ello por las aseguradoras, aduciendo que luego de un estudio de la historia clínica lograron advertir que el asegurado padecía de hipertensión, y por lo tanto fue reticente al momento de declarar el estado del riesgo.

10. Sentencia del 19 de abril de 1999, exp. 4923.

11. Sentencia del 18 de octubre de 1995, Exp. No. 4640-1.

En estos eventos resulta plenamente viable la tesis de la Corte, orientada a exigir ejercer un papel proactivo por la aseguradora, debido a que así, como al momento de estudiar sobre el pago del siniestro, ha debido emplear esos mismos medios para evaluar si procedía a celebrar el contrato, y no solo esperar a sabidas de la existencia de vicio, para aprovecharse con posterioridad de la nulidad inmersa.

En circunstancias como las reseñadas, impera la tarea del juez en limitar el ejercicio abusivo de la nulidad relativa, al término prescriptivo ordinario, en tanto y en cuanto, luego de transcurrido tal, la nulidad se encuentra saneada, constituyéndose esa en una sanción eficaz a la aseguradora que no hizo efectivo ejercicio de su deber de diligencia al indagar el estado real del riesgo.

### **Prácticas abusivas por parte de las aseguradoras**

Las aseguradoras teniendo conocimiento de la existencia de la tesis planteada, y de la aplicación por algunos jueces de la República, han variado su modo de acción, confeccionando los contratos de forma que en ellos se introduzca la llamada cláusula de preexistencia, en la cual la aseguradora se abstiene de cancelar el siniestro en los eventos que existan enfermedades preexistentes.

*Prima facie* podría considerarse que es totalmente viable la inclusión de este tipo de cláusulas, sin embargo si se analiza a fondo, podemos llegar a la conclusión que se trata de una cláusula de irresponsabilidad, y por lo tanto, abusiva.

La Ley 1480 de 2011 define en su artículo 42 las cláusulas abusivas como aquellas que “*producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos*”.

Esta cláusula de preexistencia que mayormente se introduce en seguros de vida, es abusiva al tenor del numeral 1 del artículo 43 de la norma *ibídem*, en atención a que “*Limita la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden*”.

Y en efecto eso sucede, en la medida que se libera a la aseguradora de su obligación de velar por determinar el estado real del riesgo, permitiéndole además ejercer en cualquier momento una acción como es la de nulidad relativa, generando que se amplíe el plazo de la prescripción y se vuelva indefinido.

Si bien la cláusula no hace referencia directa al término de prescripción, si lo hace de manera implícita, por cuanto, en casos como el presente, extiende de manera indefinida el término para ejercer la acción de nulidad relativa, ahora encubierta bajo el ropaje de una cláusula denominada de preexistencia.

De esa forma la aseguradora, cuando se encuentra frente a una reticencia, tiene dos posibilidades, 1) ampararse en ella para no cancelar el siniestro, o 2) declarar la nulidad relativa del contrato con base en el artículo 1058 del Código de Comercio. En cuanto a la primera de las posibilidades no existe una consagración específica frente al término de

la prescripción, a diferencia de la segunda que es de 2 años contados a partir de la firma del contrato.

Se trata entonces de dos posibilidades que generan la misma consecuencia, diferenciándose en que una se encuentra atada al término de prescripción de dos años (nulidad relativa) y la otra, puede ejercerse en cualquier tiempo (preexistencia).

Es esa misma condición la que permite afirmar que se trata de una cláusula que modifica los términos de la prescripción y por consiguiente se convierte en una cláusula limitativa de responsabilidad, debido a que contraviene el orden público.

Al respecto la Corte ha sostenido que *“las cláusulas que tienden a alargar el plazo de prescripción son nulas, de nulidad absoluta por ser contrario a disposiciones en cuya observancia está interesado el orden público, o si se quiere, a disposición de carácter imperativo (Artículos 1740, 1523 y 16 del C.C.; Artículo 899-1 C. de Co.) a causa de que esa ampliación no sería más que un escamoteo a la certeza de las relaciones jurídicas”*<sup>12</sup>.

No en vano el artículo 2514 del Código Civil, solo autoriza la prescripción cumplida, limitando, –si bien no de manera expresa, sí tácita–, la prescripción no cumplida, en atención a que en tal caso se está en frente de un interés particular y concreto, permitiéndole a su titular renunciar a él, en el evento que así le parezca.

12. Sentencia 4 de marzo de 1988 GJ CXCI.

Se trata a todas luces de una práctica abusiva que se aprovecha de la buena fe de los consumidores, que consideran que si la aseguradora acepta el pago de la prima es en razón a que no existe inconveniente en la póliza. En ese sentido y para evitar este tipo de prácticas la jurisprudencia ha desarrollado el principio de respeto de los actos propios y el abuso del derecho consagrado en Sentencias como la T-295 de 1999, y T-475 de 1992 según las cuales a nadie le es lícito venir contra sus propios actos; y se procede de esa forma en la medida en que al aceptar por un determinado tiempo el pago de la prima se genera una confianza legítima que fue avalada la declaración del riesgo dispuesta al suscribir la póliza.

Además, adquiere la naturaleza de abusiva, en atención a que las aseguradoras se amparan en ella para no acceder al pago del siniestro, después de usufructuarse de manera prolongada del pago de la prima, a sabiendas que desde el inicio de la relación comercial existía el vicio, posibilitando con ello, no cumplir con su carga de diligencia, al no realizar una constatación del estado real del riesgo, más allá de lo declarado por el tomador.

### **Consecuencias de la declaratoria de nulidad de la cláusula**

En la práctica, cuando el consumidor se encuentre ante una cláusula de esta estirpe debe solicitarse de manera expresa como pretensión en la demanda, se declare como abusiva y por lo tanto deje de producir efectos jurídicos, además y por tratarse de una cláusula que atenta contra el orden público se posibi-

lita que el Juez en aplicación a lo normado en el artículo 1742 del Código Civil, pueda declararla de oficio. Se aclara que lo que se declara nulo es la cláusula, mas no el contrato, el mismo subsiste.

## CONCLUSIÓN

Las cláusulas limitativas de responsabilidad, tales como la de preexistencia se encuentran consagradas de manera cada vez más profusa dentro de las pólizas de seguros, y se utilizan para aprovechar la posición dominante en detrimento de la posibilidad de los consumidores de solo adherirse o no a ese tipo de forma contractual.

Es por ello, que debe ejercerse por parte de los jueces una labor, para proteger al sujeto débil de la relación negocial, eso sí, haciendo un análisis ponderado que variará en cada caso particular dependiendo, de las situaciones que lo rodeen, de suerte que no podrá avalarse, el interés defraudatorio o torticero.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Comentarios al Contrato de Seguro*. Quinta edición. Dupré Editores, 2010.

ORDÓÑEZ ORDÓÑEZ, Andrés. *El contrato de seguro Ley 389 de 1997 y otros estudios*. Primera edición. Edit. Universidad Externado de Colombia.

PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría General de las Obligaciones*. Volumen III. Parte segunda.

Bogotá: Edit. Editoriales de la Universidad Nacional de Colombia, 1957.

RUEDA SERRANO, Manuel Guillermo. *Los contratos en el Derecho Privado*. Primera edición. Edit. Legis, 2007.

Corte Suprema de Justicia, Cas. civ. 4 de julio de 1977, reiterada en sentencia Expediente No. 05001-3103-016-1999-00206-01.

Corte Suprema de Justicia, Cas. civ. 18 de octubre de 1995, Exp. No. 4640-1.

Corte Suprema de Justicia, Cas. civ. 4 de marzo de 1988 GJ CXCII.

Corte Suprema de Justicia, Cas. civ. 24 de enero de 1994, S-002-94.

Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, sentencia del 22 de julio de 1999.

Corte Suprema de Justicia, Cas. civ. 19 de abril de 1999, Exp. 4923.

Corte Suprema de Justicia, Cas. civ. 22 de julio de 1999, S-026-99 [5065].

Corte Suprema de Justicia, Cas. civ. 2 de agosto de 2001, Exp. 6146.

Corte Suprema de Justicia, Cas. civ. 19 de febrero 2002. Referencia: Expediente No. 6011.

Corte Suprema de Justicia, Cas. civ. 11 de abril de 2002, Exp. 6825.

