

**LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN DE LA PARTE
ASEGURADA EN EL CONTRATO DE SEGURO**

JAIME LINARES ALARCÓN

JUAN MANUEL FRANCISCO OBREGÓN LUQUE

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

ESPECIALIZACIÓN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL

Chía, noviembre de 2005

**LAS OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN DE LA PARTE
ASEGURADA EN EL CONTRATO DE SEGURO**

JAIME LINARES ALARCÓN

JUAN MANUEL FRANCISCO OBREGÓN LUQUE

**DIRECTORA DE LA INVESTIGACIÓN: DRA. PATRICIA JARAMILLO
SALGADO**

UNIVERSIDAD DE LA SABANA

ESPECIALIZACIÓN SEGUROS Y SEGURIDAD SOCIAL

Chía, noviembre de 2005

Directivas de la Universidad

Rector	: Dr. Alvaro Mendoza Ramírez.
Vicerrectora Académica	: Dra. Liliana Ospina de Guerrero.
Vicerrector Administrativo	: Dr. Mauricio Rojas.
Directora de Registro Académico	: Dra. Sonia Noreña.
Director General del Instituto	: Dr. Salomón Frost González.
Decano Facultad de Derecho	: Dr. Luis Gonzalo Velásquez.
Director Área de Ciencias Sociales	: Dr. Crisanto Quiroga Otálora.
Director Académico	: Dr. Fernando Palacios.
Asesora de Investigación	: Dra. Patricia Jaramillo Salgado.

Agradecimientos

Queremos agradecerle especialmente al Dr. Fernando Palacios por toda la colaboración que nos prestara para culminar con éxito nuestros estudios y a la Dra. Patricia Jaramillo, por su paciencia y dedicación para la culminación de este trabajo.

Tabla de Contenido

Página

Introducción	1
1. Declaración del Estado del Riesgo.	3
1.1 Los Vicios del Consentimiento y el Cumplimiento de esta Obligación.	16
1.2 Incidencia de los Intermediarios en el Cumplimiento de esta Obligación.	23
1.3 El Seguro de Vida y la Declaración del Estado del Riesgo	29
2. Modificación y Agravación del Estado del Riesgo.	34
2.1 Características de este Deber.	38
2.2 La Teoría de la Imprevisión y el Cumplimiento de este Deber.	43
2.3 Aplicación de este Deber en los Seguros de Personas.	47
3. Declaración de la Coexistencia de Seguros.	51
4. Declaración de la Ocurrencia del Siniestro.	57
Conclusiones	60
Bibliografía	62

Introducción

Es necesario resaltar en nuestra nota introductoria, que en este trabajo los términos obligación, carga y deber son asimilados, ya que, conocemos la distinción que se hace entre las obligaciones que surgen del contrato de seguro y las cargas que le son impuestas a las partes en el cumplimiento del mismo. Sin embargo, discrepamos de aquellos que sostienen que en el contrato de seguro sólo existen la obligación del pago de la prima y la de pagar la indemnización por parte de la aseguradora, y la explicación para esto, radica en la posibilidad de exigir forzosamente el cumplimiento de estas obligaciones, mientras que en los deberes no se da esta posibilidad. A este respecto, consideramos que este razonamiento no es del todo acertado, en virtud que, la misma ley prescribe que en el seguro de vida no podrá la aseguradora exigir judicialmente el pago de la prima.¹ Siendo esto así, podríamos colegir que el contrato de seguro es un contrato bilateral imperfecto, en el cual sólo existe una obligación para una de las partes (en este caso el pago de la prima) y que con posterioridad al desarrollo del mismo, surgen obligaciones para la otra parte (pago de

¹ Código de Comercio, Artículo 1151: “Cuando el asegurado no pague la primera prima o la primera cuota de ésta, no podrá el asegurador exigir judicialmente su pago; pero tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos efectuados con miras a la celebración del contrato.”

la indemnización), tal como opera el contrato de depósito. Por esto, consideramos que los deberes que son el eje temático de nuestra investigación son verdaderas obligaciones.

Escogimos las obligaciones de información de la parte asegurada, dada la complejidad de entendimiento de las mismas, resaltando que en la mayoría de los procesos de reclamación de indemnización por parte de los asegurados, se discute si existió o no reticencia o inexactitud o si no se declaró la agravación del estado del riesgo y la manera especial en que estos deberes se aplican en los seguros de daños a diferencia de los seguros de personas.

Teniendo esto claro, invitamos a nuestro lectores a disfrutar de esta investigación, en la cual, descubrirán que las obligaciones de información de la parte asegurada en el contrato de seguro se encuentran en constante construcción y que no todo se ha dicho en materia del seguro

1. Declaración del Estado del Riesgo.

Esta obligación que se le impone a la parte asegurada del contrato, radica en la necesidad del asegurador de conocer todas las circunstancias que rodean al objeto del mismo, es decir, “el asegurador debe conocer todas las circunstancias que influyen en la apreciación del riesgo.”² Sin embargo, consideramos de vital importancia, determinar si ésta es una obligación propia de la etapa contractual del negocio o si por el contrario, corresponde a la etapa precontractual del mismo.

En este orden de ideas, es preciso determinar cual es el momento en que el tomador del seguro debe cumplir con esta obligación. Consideramos, que el tomador realiza la declaración del estado del riesgo en la etapa previa al perfeccionamiento del contrato, porque al ser esta declaración de información de naturaleza tal que condiciona la aceptación de la empresa aseguradora, para la celebración del negocio jurídico, es necesario que sea conocida por el asegurador antes de la celebración del negocio, es decir, el previo conocimiento por parte de la aseguradora de todas aquellas circunstancias que rodean al objeto del contrato determinan la aceptación por parte de

² Halpering, Isaac. Seguros. Ediciones De Palma. Buenos Aires. Pág. 268.

ésta en la celebración del mismo. Esta afirmación, encuentra eco legal en lo dispuesto en el inciso primero de nuestro artículo 1058 del Código de Comercio el cual reza: “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...” Igualmente, el artículo 22 de la legislación Venezolana de seguros, consagra de manera expresa, que el cumplimiento de esta carga debe hacerse en la etapa previa a la celebración del contrato así: “El tomador tiene el deber, antes de la celebración del contrato, de declarar con exactitud a la empresa de seguros, de acuerdo con el cuestionario que ésta le proporcione o los requerimientos que le indique, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo...”

Exigir el cumplimiento de esta obligación en la etapa contractual es intentar retrotraer la intención del contratante asegurador al momento anterior a la celebración del mismo y determinar si éste hubiese contratado en los mismo términos si conociera el verdadero estado del riesgo, lo cual en nuestro parecer es un ejercicio inocuo, ya que, en la práctica al verse afectada la aseguradora por un siniestro y verificar que el tomador omitió detalles determinantes para la verdadera consideración del riesgo asumido, éste nunca aceptará que

su intención era contratar en esas condiciones, lo cual conlleva probar la intención que nunca fue declarada. Sin embargo, este es un derecho que tiene la empresa aseguradora al verse afectada por la inexactitud o reticencia en la declaración del estado del riesgo.

Ahora, en principio sería indiferente si la declaración del estado del riesgo, se hace antes o después de la celebración del contrato, pero el problema radica en la sanción que prevé nuestro ordenamiento jurídico por el incumplimiento de esta obligación, el cual es la nulidad.³ Frente a este punto, observamos dos soluciones posibles al mismo problema. La primera, consistiría en considerar que esta obligación de información debe darse en la etapa precontractual, y si en la declaración dada por el tomador del seguro se omiten o se declaran cosas que no son ciertas respecto del estado del riesgo, esta etapa del contrato se vería viciada de nulidad relativa. Entonces, ¿con la celebración del contrato no se estaría saneando esta nulidad, que por ser relativa es susceptible de convalidación por las partes?. Si utilizamos el método sistemático de interpretación, encontramos que en el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio, se

³ Este punto se profundizará en apartes posteriores de este estudio. **C.Co. Art. 1058:** “El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro...”

establece la posibilidad de sanear la nulidad relativa cuando el asegurador acepta de manera tácita o expresa el estado del riesgo declarado, y como podemos colegir, el hecho que la empresa aseguradora celebre el contrato con la declaración del estado del riesgo dada en la etapa precontractual, sería una aceptación tácita a ese estado del riesgo⁴.

Para fundamentar la segunda solución, vemos que la sanción dada en nuestro ordenamiento jurídico (que a su vez concuerda con la mayoría de las legislaciones latinoamericanas) tiene un sentido lógico, en cuanto prevé que la parte que ha incurrido en error en la celebración del contrato, por el incumplimiento o el mal cumplimiento de una carga precontractual por parte de la otra, tenga la facultad de pedir la rescisión del contrato por estar su consentimiento viciado al momento de la celebración del negocio jurídico. Desde este punto de vista, la celebración del contrato cuando éste ha estado viciado en la etapa

⁴ C.Co.Col. artículo 1058, inciso cuarto: “Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.” Consideramos que en este punto, la solución más equitativa sería modificar la sanción prevista en nuestro ordenamiento jurídico. Es por esto, que creemos que una solución más equitativa para las partes (si adoptamos esta posición), sería considerar la terminación del contrato en ves de la nulidad, para así evitar el problema de la nulidad y su posible convalidación por las partes en el momento en que celebran el contrato, tal como lo prevé la legislación de Guatemala en su artículo 908, inciso primero: “La omisión o inexacta declaración de los hechos a que se refieren los arts. 880 y 881 de este Código, dan derecho al asegurador para terminar el contrato de seguro...”

precontractual, no constituye convalidación del mismo, porque no se le puede pedir a la parte engañada que ratifique la voluntad de la parte que induce en error, siendo que la intención que fue declarada es distinta; para que esto pueda pasar, la empresa aseguradora debe conocer el verdadero estado del riesgo y bien sea expresa o tácitamente, acepta correr con ese del riesgo.

Desde nuestro punto de vista, ésta es la interpretación más acertada que se le puede dar a este tema, sin embargo, no nos queda del todo claro, la figura de la nulidad relativa como la sanción más apropiada para solucionar el mismo. Dado que, al retrotraer la declaración de asegurabilidad de una de las partes y la declaración de voluntad de la otra, al momento anterior a la celebración del contrato, y encontramos que una de éstas se encuentra viciada por error, pero que este error, o mejor, este vicio del consentimiento, se da en la etapa precontractual, vemos que la figura de la nulidad relativa no se acopla jurídicamente a las necesidades propias de la materia. Con todo esto nos preguntamos: ¿la sanción más apropiada jurídicamente es la nulidad relativa del contrato.? En primer lugar, entendemos que ésta sea la sanción que disponga nuestro ordenamiento jurídico, ya que, al hablar de error y de vicio del consentimiento, la sanción lógica sea la anteriormente mencionada. Pero, creemos que la sanción más

apropiada sería la ineficacia, porque, al realizar todo el ejercicio antes descrito, encontramos que en la práctica, la empresa aseguradora alega ese error precontractual, con el fin de eliminar los efectos del negocio y en últimas el contrato mismo, esto no es más, que pedirle al juez que declare como ineficaz ese negocio jurídico. Además, encontramos que ese contrato si bien existe, no cumple con los requisitos necesarios para que subsista y produzca sus efectos, en este punto, adoptamos las palabras del maestro Fernando Hinestrosa, respecto de la distinción entre ineficacia e invalidez: “Mientras no haya negocio no es posible tratar el problema de su validez, ésta resulta ser un predicado que como tal, demanda la presencia de un sujeto susceptible de calificación.”⁵

⁵ Hinestrosa, Fernando. Curso de Obligaciones (Conferencias). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1961. pág. 275. Cabe anotar, que en nuestra legislación esta postura no encuentra cabida legal, dado que, la solución que se adopta es una sola tanto en la legislación civil como mercantil, cuando frente a los fenómenos de eficacia y de validez sólo se adopta una solución jurídica posible, la cual es recurrir a la nulidad que en términos generales solamente atacaría la validez. Al respecto el maestro Fernando Hinestrosa, en su curso de negocio jurídico, realiza una crítica a la legislación mercantil colombiana, pues el artículo 897 del Código de Comercio establece una figura denominada ineficacia de pleno derecho; el fundamento de la crítica radica en que no existe figura que permita al particular declarar una ineficacia por sí mismo, sino que se debe recurrir ante el juez para que declare “LA NULIDAD” fenómeno que sólo ataca la validez de los actos, contratos o negocios jurídicos. Contrario a esta postura el profesor Juan José Rodríguez Espitia, considera que la solución del Código de Comercio es acertada toda vez que cuando de materia comercial se trata, el particular acude ante el juez sólo para que mediante un acto declarativo, ratifique la ineficacia del acto y por tanto no acoge la solución de la nulidad pues lo relevante es el contenido de la declaración que hace el juez independientemente de la titulación que a la acción procesal le da el Código de Procedimiento Civil. Por nuestra parte, con apego al artículo 897 del Código de Comercio Colombiano, la solución acertada es la de la ineficacia, toda vez, que en la mayoría de disposiciones del estatuto citado se alude a este fenómeno y que fue lo que motivo la explicación a que hace referencia el artículo antes citado; en la legislación mercantil la referencia a la invalidez como

Otro punto, que es interesante estudiar, es el relacionado con la forma en la cual debe realizarse esta declaración, donde vemos que se debe hacer con sujeción al cuestionario entregado por la aseguradora al tomador del seguro, pero al mismo tiempo la ley nos dice que el tomador es igualmente responsable por la declaración si esta no se hace con el cuestionario antes mencionado.⁶ Sin embargo, la entrega del cuestionario por parte de la aseguradora, es de vital importancia en la formación del contrato de seguro, en virtud que, facilita la prueba por parte de la empresa de lo que se omitió en la declaración, tal como lo expone el profesor Hernán Fabio López, en su obra: “De todas maneras, desde el aspecto del diario acontecer, es lo cierto que sino se emplea la denominada *solicitud de asegurabilidad* o cuestionario en el cual la aseguradora indaga acerca de datos que estima básicos de conocer para los fines de llevar a cabo el contrato, es de difícil estructuración probatoria la reticencia como motivo de nulidad relativa del contrato, pues es carga de la aseguradora probar

constitutiva de la figura de nulidad es la excepción. Por estas consideraciones, nos parece que la razón jurídica que más se aproxima a la estructura de nuestro estatuto mercantil, es la que el profesor Juan José Rodríguez da en clase, pues la naturaleza procedimental en cuanto a la titulación se refiere, no afecta el contenido sustancial de la declaración que deba hacer el juez. (el debate anteriormente citado se ha gestado en aulas de clase mientras cursaba los años tercero y quinto de pregrado en la Universidad Externado de Colombia, para lo cual he acudido a mis apuntes de clase por el interés que reviste dicha discusión).

⁶ C.Co. Artículo 1058, inciso segundo: “Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo...”

la culpa del tomador en el encubrimiento de hechos o circunstancias que conlleven la objetiva agravación del estado del riesgo.”⁷ Es más, nuestra Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Civil, consideró que el hecho de no haber declaración de asegurabilidad en la etapa de formación del contrato, consiste en una aceptación tácita de la aseguradora en la asunción del riesgo, así: “porque no hubo declaración alguna, ni tampoco inspección , caso en el cual debe entenderse la manifestación tácita de la aseguradora de asumir el riesgo, cualquiera que sea la posibilidad del daño que grave sobre el interés asegurado. En otras palabras, en tal evento no se puede predicar nulidad por reticencia, ni mucho menos por inexactitud, ni tampoco es posible la reducción de la prestación a cargo del asegurador.”⁸ Si miramos, las legislaciones latinoamericanas, encontramos que el Código de Comercio Boliviano en su artículo 995, consagra que el extender la póliza sin exigirle al asegurado las declaraciones escritas, hace presumir el conocimiento por parte del asegurador del estado del riesgo, excepto, cuando se pruebe el dolo o la mala fe, sin embargo, trae unas causales específicas en las cuales

⁷ López Blanco, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Dupre Editores. Bogotá. 2004. págs. 154 y 151.

⁸ Corte Suprema de Justicia, sentencia de mayo 19 de 1999, Exp. 4923, ponente Dr. José Fernando Ramírez. Cita tomada de : López Blanco, Hernán Fabio. Ob. Cit. Pág. 151.

no se puede alegar reticencia por parte del asegurado.⁹ Como podemos observar, la entrega del cuestionario es de vital importancia en la etapa precontractual, ya que, cumple con una función probatoria, necesaria para alegar las posibles reticencias y omisiones por parte de la empresa aseguradora.

Al proseguir con nuestro análisis, encontramos que lo que verdaderamente se sanciona en este artículo, no es el vicio del consentimiento en que incurre la empresa aseguradora, sino, la mala fe del cocontratante que induce en error a la otra parte, concluimos esto por la distinción que hace nuestro ordenamiento jurídico comercial entre el error culpable y el inculpable del tomador, donde la sanción es totalmente distinta.¹⁰ En donde se diferencia, entre el que intencionalmente induce en error a la aseguradora del que lo hace sin la intención de engañar. Todo esto, partiendo de la premisa que el

⁹ Código de Comercio de Bolivia, artículo 995: “Si se extiende la póliza sin exigir al asegurado las declaraciones escritas mencionadas en el art. 992 se presume que el asegurador conocía el estado de riesgo, salvo que se pruebe dolo o mala fe del asegurado.

El asegurador no puede alegar reticencia en los siguientes casos:

1. Si en el cuestionario se omitieron preguntas sobre algunos puntos importantes, a no ser que se oculten maliciosamente hechos y circunstancias que conocidos, habrían influido en la celebración del contrato;
2. Sino pidió antes de la extensión de la póliza las aclaraciones en puntos manifiestamente vagos e imprecisos de las declaraciones;
3. Si por otros medios tuvo conocimiento del verdadero estado del riesgo.”

¹⁰ C. Co. Artículo 1058, Inciso 3: “Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo...”

contrato de seguro es de *ubérrima buena fe*, es por esto que se dice que: "... en el contrato de seguro se requiere una conducta intachablemente diligente por parte del asegurado frente al asegurador, dirigida a manifestarle (sin omisiones ni inexactitudes) todas aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que son necesarias para que el asegurador obtenga una real, completa y exacta comprensión y valoración de los riesgos asegurados (...) Para que el asegurador obtenga esta exacta comprensión y valoración de los riesgos propuestos (...) es indispensable que confíe en las declaraciones del asegurado y, muy especialmente, que éste declare leal, exacta y diligentemente, todo lo que a tal fin es indispensable..."¹¹ O como lo diría el profesor Garrigues en su obra: "En el seguro, la buena fe es un concepto metajurídico que, al ser elevado a principio informador de las normas jurídicas, hace transparente el fondo ético del Derecho..."¹²

Como observamos, una de las incidencias de la buena fe en el contrato de seguro, la encontramos en esta disposición, dada la distinción que trae respecto de la sanción entre la reticencia u omisión dolosa de la que se da por error inculpable del tomador del

¹¹ Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Ed. Tecnos. Madrid. 1978. pág. 484.

¹² Garrigues, Joaquin. Contrato de Seguro Terrestre. Madrid. 1982. Pág. 46.

seguro. Pero es más, la buena fe que se pide dentro del contrato de seguro no es simple sino cualificada, porque debe ser exenta de culpa, ya que, se debe a un error inculpable del tomador, y esto adquiere relevancia frente a la sanción que consagra nuestro ordenamiento jurídico comercial cuando se da la rescisión por la reticencia culposa o dolosa al permitirle al asegurador retener la totalidad de la prima a título de pena.¹³

Por otro lado, encontramos que en la figura del contrato de seguro por cuenta de un tercero, esta obligación puede llegar a presentar ciertos problemas, en virtud que, el que toma el seguro no es el asegurado y por lo tanto el tomador en este caso no puede llegar a conocer en todos los eventos el verdadero estado del riesgo. Entonces, aquí el punto consiste en determinar, qué sucede en los eventos en que el que toma un seguro por cuenta de otra persona no declara con exactitud el estado del riesgo, bien sea, porque no lo conoce y declara hechos que no coinciden con la realidad o porque omite circunstancias que le son extrañas.

En este orden de ideas, lo primero que debemos tener en cuenta es que en nuestra legislación no encontramos un referente normativo

¹³ C.Co. artículo 1059: “Rescindido el contrato en los términos del artículo anterior, el asegurador tendrá derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena.”

expreso al respecto, pero al mirar las normas generales del seguro por cuenta de un tercero, vemos que, el artículo 1039, de nuestro Código de Comercio determina que en estos casos al tomador le incumben las obligaciones y que al asegurado la prestación que se asegura, pero que al asegurado le corresponderán aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por el mismo.¹⁴ Como podemos observar, esta disposición es muy vaga e imprecisa, ya que no nos dice cuales son los eventos en los cuales al asegurado le corresponde cumplir con las obligaciones del contrato en el seguro por cuenta de un tercero, es por esto que, se podría llegar a colegir que ésta obligación es de aquellas que deben cumplirse exclusivamente por el asegurado, ya que, él es el que conoce cual es el verdadero estado del riesgo, y que en toda declaración que haga el tomador del seguro en estos eventos podría presentarse una reticencia que conllevaría a la nulidad relativa del mismo. Si esto es así, sería darle fin a este tipo de contrato, dado que, sí el cumplimiento de esta obligación se da en la etapa precontractual y el obligado de hacer esta declaración en el seguro por cuenta de un tercero es el asegurado por ser de aquellos

¹⁴ Artículo 1039 C.Co.: “El seguro puede ser contratado por cuenta de un tercero determinado o determinable. En tal caso, al tomador incumben las obligaciones y al tercero corresponde el derecho a la prestación asegurada.

No obstante, al asegurado corresponden aquellas obligaciones que no puedan ser cumplidas más que por él mismo.” En igual sentido, se expresa el Código de Comercio de Bolivia en su artículo 997: “Si el seguro fuera contratado por cuenta ajena, el tomador debe declarar en ese sentido y cumplir las obligaciones del contrato, con excepción de aquellas que por su naturaleza, correspondan exclusivamente al asegurado.”

actos que deben hacerse por él mismo, el tomador que celebra el contrato no realizaría la declaración del estado del riesgo y por ende la empresa aseguradora, no podría celebrar el contrato, dado que, el conocimiento de la declaración es lo que le permite determinar el tipo de riesgo que esta amparando y las particularidades del mismo.¹⁵

Ahora, el punto principal es analizar por qué la consecuencia de un acto del tomador recae en el asegurado cuando este no ha participado en la formación del contrato en el seguro por cuenta de un tercero, a este respecto, consideramos que la solución que da nuestra legislación es inequitativa con la parte que toma una postura de inercia en la formación del contrato, es por esto, que creemos que en estos eventos la empresa aseguradora debe tomar en principio la declaración que realiza el tomador y con posterioridad enviar al asegurado una declaración de asegurabilidad complementaria para así poder determinar con exactitud el verdadero estado del riesgo, dándole la oportunidad que corrija o adicione la declaración que hace

¹⁵ Una postura diferente a la aquí expuesta la encontramos en el Código de Comercio de Guatemala en su artículo 881: “Si el contrato se solicita por un representante o por quien actúa en interés de un 3º, deberán declararse tanto los hechos importantes que sean o deban ser conocidos por el solicitante, como los que sean o deban ser conocidos por aquél en cuya cuenta se contrata.” Nos apartamos de esta disposición, dado que, se le esta imponiendo al tomador del seguro que conozca con exactitud las particularidades del estado del riesgo, cuando, éste puede que no lo conozca en su totalidad. En este evento, la consecuencia por el error del tomador recae en el asegurado sin que éste estuviera presente en el momento de la celebración del contrato.

el tomador, informándole al asegurado que con el cumplimiento de este requisito se hace responsable por la información que declaró el tomador y la hecha por él y que por lo tanto se atiene a las sanciones de ley en el evento de presentarse reticencias e inexactitudes.

1.1 Los Vicios del Consentimiento y el Cumplimiento de esta Obligación.

Los vicios del consentimiento, entendidos como situaciones en las cuales la voluntad de los contratantes no se produce de una manera libre y con conocimiento de causa, sino, por el contrario, dicha voluntad carece de libertad y de espontaneidad por parte del sujeto que la emite. No son fácilmente admitidos dentro del ámbito del contrato de seguro, esto lo vemos en posiciones como la del Dr. Halperin, el cual considera que: “Esta norma sujeta el contrato a un régimen especial, distinto del general de los actos jurídicos, que legisla el Código Civil, cuyas reglas no pueden invocarlas el asegurador.”¹⁶ Sin embargo, consideramos que el régimen general de los vicios del consentimiento, no es ajeno al contrato de seguro, por el contrario, creemos que el artículo 1058 de nuestro Código de

¹⁶ Halperin, Isaac. Ob. Cit. Pág. 270.

Comercio, recoge una disposición de carácter especial dentro de la normatividad del contrato de seguro, que no se contrapone a la normatividad general, que se aplica indistintamente a cualquier tipo de contrato. Es por esto, que realizaremos una breve presentación de los vicios del consentimiento y la forma en que éstos pueden afectar al contrato de seguro.

En este orden de ideas, es preciso determinar que los vicios del consentimiento son tres: el error, la fuerza y el dolo. Siendo así que afectan la voluntad de la siguiente manera: “el consentimiento puede estar viciado en su elemento de inteligencia en el *error*; en su elemento de libertad por la *violencia*; que el error es a veces espontáneo y a veces provocado por el *dolo*.”¹⁷

El error como “*el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa; es el falso concepto de la realidad...*”¹⁸ Puede encuadrar dentro del contrato de seguro, en varias de sus clases así:

¹⁷ Ripert, Geroges y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil. Las Obligaciones. Primera parte. Ediciones. La Ley. Buenos Aires. 1964. pág. 107

¹⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo. De los Contrato. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. Pág. 163.

- En el error respecto de la identidad de la cosa, en el cual, el tomador del seguro quiere asegurar contra incendio la caldera “A” de su empresa y se asegura la “B”
- En el error sobre la sustancia del objeto, el tomador del seguro declara querer asegurar su computador portátil y por error se asegura el de torre. En este evento el error es relevante, dado que, la naturaleza especial del objeto que pretende asegurar, es la que determina la celebración del contrato.
- En el error respecto de las calidades accidentales del objeto, se daría en el evento, en que se quiere asegurar una obra de arte por considerarla de gran valor, cuando en realidad no lo tiene. En este caso, para que se encuentre viciado el contrato de seguro, es necesario que el motivo por el cual se celebre el negocio jurídico sea el valor que se cree tiene la obra.
- En el error en la persona, para que se encuentre viciado el consentimiento, es necesario que el contrato sea de aquellos que se considera *intuitu personae*, es decir, la consideración de la persona con la que se contrata, es el motivo determinante para la celebración del contrato. Con todo esto, en el seguro de vida, la

empresa aseguradora para celebrar el contrato tiene en cuenta las calidades y cualidades de la persona a asegurar, si se asegura a otra por error, con otras consideraciones de riesgo, es lógico que ésta pueda alegar la rescisión del contrato por error en la persona.

Como podemos observar, el error como vicio del consentimiento, tiene plena cabida dentro del contrato de seguro (al menos en la legislación colombiana) con la condición de que éste debe “recaer sobre ciertas cualidades consideradas como sustanciales por las partes contratantes o por una de ellas, en determinadas condiciones.”¹⁹ Además, el error debe ser determinante, es decir, debe inducir a la persona que alega el error a celebrar el contrato, y esto es así, porque si la persona engañada hubiera conocido la realidad, éste hubiese contratado en otras condiciones o no lo hubiese hecho. Sino se cumplen estas dos condiciones, el error no es susceptible de viciar el consentimiento.

Por su parte, la fuerza o violencia que se define como “*el hecho de inspirar a una persona un temor tal que esta persona da a pesar suyo, su consentimiento.*”²⁰ Es un vicio del consentimiento que no nos

¹⁹ Larroumet, Christian. Teoría General del Contrato. Vol. I. Editorial Temis. Bogotá. 1993. pág. 257.

²⁰ Ripert, Geroges y Boulanger, Jean. Ob. Cit. Pág. 133.

parece de fácil aplicación dentro del contrato de seguro. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en nuestra legislación, se encuentra suelta una normatividad que regula este vicio, mediante la ley 210 de 1959, que regula la denominada “Violencia Generalizada”, la cual, regula que en determinadas circunstancias de hecho, los contratos se pueden ver afectados por éste vicio. Para ello es necesario que: “a) el acto o contrato debe haberse celebrado durante la vigencia del estado de sitio decretado por conmoción interior (...) b) el acto o contrato debe haberse celebrado bajo el imperio de la violencia generalizada (...) y c) las condiciones del contrato han de ser tan desfavorables para una de las partes que permitan *presumir*, a la vez, que esta no las habría aceptado en circunstancias normales y que la otra parte ha aprovechado indebidamente la intimidación de aquella.”²¹ Como vemos, los preceptos contenidos en la ley antes mencionada no son de fácil entendimiento, y más aun si pretendemos darle cabida dentro del contrato de seguro (cabe anotar, que nuestra intención no es encuadrar lo aquí mencionado dentro del contrato de seguro, sino, presentar la peligrosidad de la norma y más aun de su vigencia actual frente a este contrato.) No obstante, es preciso que se entienda cual es el real alcance de la disposición, la cual nos dice que, siempre que nos encontremos en un estado de sitio (hoy estado de conmoción interior)

²¹ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Ed. Temis. Bogotá. 1998. págs. 220 y 221.

y se realicen contratos en los que una de las partes se sienta intimidada o en situación de calamidad y la otra se aproveche de dicha situación en la celebración del contrato, o mejor, la otra parte celebre el contrato aprovechándose de la situación de su cocontratante, se entenderá viciado el contrato por violencia generalizada. Ahora, hay que tener en cuenta que en la situación de orden público en la que nos encontramos, podría llegar a determinarse que en varias regiones de nuestro país se vive bajo el imperio de este vicio del consentimiento, lo cual nos pondría en una situación demasiado compleja si los asegurados empezaran a pedir la rescisión de los contratos alegando este vicio.

Por último, tenemos al dolo, el cual es el vicio del consentimiento que de manera expresa consagra nuestro Código de Comercio en el contrato de seguro. Ya que, lo dispuesto en el artículo 1058, de nuestra legislación mercantil, es la inducción en error que realiza el tomador del seguro al asegurador, lo cual se denomina dolo, dado que, las conductas que tipifica nuestra legislación son las inexactitudes, que es el hecho de declarar cosas que no son ciertas; y las reticencias (esta última, se considera por parte de la doctrina una conducta propia de los actos dolosos), que es el hecho de guardar

silencio estando en la obligación de declarar.²² Ahora, dentro del contrato de seguro, encontramos una categoría de dolo a la cual se le da un tratamiento diferente al contenido en el régimen general de las obligaciones, el cual es, el dolo incidental, éste trae como sanción la acción de perjuicios contra las personas que lo han realizado, mientras que a la luz del contrato de seguro, este tipo de dolo conlleva a la nulidad relativa del contrato. En este punto, adoptamos las palabras del Dr. Andrés Ordóñez: “El dolo incidental que se encuentra regulado entre nosotros por el artículo 1515 C.C., es el dolo que no ha sido determinante del contrato mismo, sino de ciertas condiciones suyas. El artículo 1515 C.C. dentro del régimen general de las obligaciones y de los contratos, de los negocios jurídicos en general, nos indica que cuando el dolo es incidental, y no ha determinado a la parte inocente a contratar, no genera nulidad del negocio sino

²² Sin embargo, es interesante la posición de profesor Scognamiglio, el cual, al definir el concepto de reticencia, no considera esta conducta como constitutiva de dolo sino de error: “Esta especie de dolo tiene lugar, según la concepción más lata, en la hipótesis en que el sujeto, sabedor del error del estipulante, en vez de manifestárselo, se aprovecha de él, y según otra opinión, más restrictiva, por lo menos en el caso en que la conducta reticente de una parte, con violación del deber de obrar según la buena fe y de decir la verdad, da pie al error de la otra. Pero, para nosotros, en ninguna de estas hipótesis puede hablarse de dolo: no en la primera, porque para extender arbitrariamente la relevancia del vicio, se pierde de vista el requisito de que el comportamiento fraudulento sea la causa de la determinación ajena (que aquí ha incurrido en error, pero no ha sido engañada); tampoco en la segunda, porque allí, a lo menos cuando se trata de una hipótesis de incorrección, se debe pensar en la de la responsabilidad *in contrahendo* (en la medida en que la violación del deber de comportarse honestamente y de decir la verdad haya ocasionado el daño; en este caso se advierte que el contrato se ha celebrado por error). Scognamiglio, Renato. Teoría General del Contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996. pág. 67.

simplemente reparación de perjuicios o disminución de prestaciones. Sin embargo, como lo acabamos de ver, el dolo incidental de la parte asegurada en la declaración del estado del riesgo, que como tal haya llevado al asegurador a contratar en ciertas condiciones, sí genera la nulidad relativa del contrato de seguro...”²³

1.2 Incidencia de los Intermediarios en el Cumplimiento de esta Obligación.

La figura de los intermediarios en el contrato de seguro, cada vez más encuentra una utilidad práctica en el desarrollo comercial del contrato, sin embargo, es necesario precisar cuales son las facultades que se le conceden a éstos, bien sea por medio de la ley o de los contratos que suscriban las empresas aseguradoras o los tomadores de las pólizas, ya que, como no son parte del contrato, sino intervinientes del mismo, no tienen las facultades que le da la ley a quien es parte del contrato. Y es por esto que, en el desarrollo de esta obligación, es necesario determinar cual es la injerencia que pueden

²³ Ordóñez Ordóñez, Andrés. Lecciones de Derecho de Seguros No. 3. Las Obligaciones y Cargas de las Partes en el Contrato de Seguro y la Inoperancia del Contrato de Seguro. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Pág. 27.

tener los intermediarios, llámense corredores o agentes en el cumplimiento de la misma.

En este orden de ideas, es necesario establecer cuales son los eventos en los cuales los intermediarios, pueden verse involucrados en la declaración del estado del riesgo y la sanción que trae la ley por el no cumplimiento o el mal cumplimiento de la misma. Para esto, es preciso diferenciar entre el corredor y el agente, ya que, la responsabilidad será distinta, dado que, el primero, es un simple intermediario en la celebración del contrato; mientras que el segundo, tiene la facultada legal de representación de una de las partes.

Partiendo de la base, que el corredor cumple con una función de simple intermediación en la celebración del contrato, es decir, facilita la celebración del contrato al poner a una parte frente a la otra, podemos encontrarnos en la situación, en la cual éste tenga la facultad de representar al tomador del seguro en la celebración del contrato. En este evento, podemos vernos avocados en la situación en la cual, el tomador le comunica a su corredor el estado del riesgo y éste al tener facultad de representación del tomador no le comunica a la compañía aseguradora cual es el verdadero estado del riesgo. A este respecto, nos remitimos a lo escrito en líneas anteriores respecto del

seguro por cuenta de un tercero, en virtud que, consideramos que la función que cumple la compañía corredora de seguros, es la de celebrar esta modalidad del contrato de seguro.²⁴

Ahora, cuando el tomador del seguro no le da la facultad de representación a su corredor de seguro, sino, que simplemente le pide asesoramiento, por ejemplo, acerca del tipo de póliza que necesita o respecto de la compañía más idónea para celebrar el contrato. Y el corredor le induce a declarar erróneamente o a omitir aspectos relevantes del estado del riesgo, la pregunta que surge es: ¿Cuáles son las consecuencias de este comportamiento para el tomador del seguro y para el corredor.? Para responder a este interrogante, es necesario determinar el grado de responsabilidad de cada uno de estos dos sujetos. En primer lugar, el tomador del seguro no podría alegar el mal consejo dado por el corredor respecto de la declaración del estado del riesgo, para eximirse de su responsabilidad y de su consecuente sanción, dado que, al no ser el corredor parte en el

²⁴ A este respecto, cabe agregar que en nuestra legislación no existe un referente legal que regule este tema, en contraposición a la legislación Guatemalteca, la cual en su artículo 881, de su Código de Comercio, expresa lo siguiente: “Si el contrato se solicita por un representante o por quien actúa en interés de un 3º, deberán declararse tanto los hechos importantes que sean o deban ser conocidos por el solicitante, como los que sean o deban ser conocidos por aquél en cuya cuenta se contrata.” Al igual que la legislación Paraguaya, la cual en su artículo 1554, inciso primero, nos dice: “Cuando el contrato se celebre con un representante del asegurado, para juzgar la reticencia se tomarán en cuenta el conocimiento y la conducta del representado y del representante, salvo cuando éste actúe en la celebración del contrato simultáneamente en representación del asegurado y del asegurador.”

contrato de seguro, mal podría excusarse el tomador, que si lo es, en un consejo que no tiene el carácter de vinculante para él, por lo tanto en el evento en que se presente una reticencia o una inexactitud que conlleve a la alegación de la nulidad relativa por parte de la compañía de seguros, el tomador se vería inmerso en esta nulidad. En segundo lugar, consideramos que el corredor que induce al tomador para que calle o declare mal, tiene cierto grado de responsabilidad en la declaratoria de nulidad del contrato por parte de la aseguradora, pero la vía para alegar la responsabilidad del corredor, no la encontramos en el contrato de seguro, en este caso, creemos que el tomador podría demandar civilmente al corredor para que responda por los daños ocasionados al tomador en el asesoramiento que le rindió, dado que éste es un profesional del seguro y comprende a cabalidad cual es la consecuencias por declarar erróneamente u omitir detalles para la valoración del estado del riesgo.²⁵

²⁵ En este punto, adoptamos las palabras dadas por el Dr. Andrés Ordóñez en su obra al respecto: “Este problema resulta difícil de resolver en la práctica; podríamos aceptar sin dificultad que, mediando mala fe o concurso del tomador, quien a sabiendas de estar incurriendo en engaño, admite el consejo mal intencionado del intermediario en este punto, es claro que su comportamiento no podría excusarse con el del intermediario; tampoco si la trascendencia de la inexactitud o reticencia en incurriera no fuera no sería susceptible de ser ignorada sin culpa del tomador.” Sin embargo, discrepamos del concepto del Dr. Ordóñez, respecto de la situación del tomador cuando éste actúa sin mala fe o sin culpa, dado que, para que se pueda considerar el error inculpable del tomador en su declaración, éste debe actuar con una buena fe calificada, es decir, su comportamiento debe darse con una buena fe exenta de culpa, y sólo en estos eventos, es que se puede llegar a considerar la acción del tomador como error inculpable, todo esto en virtud que, el contrato de seguro se reconoce de *ubérrima buena fe*, así: “No obstante, cabría pensar que la intervención del agente en este caso, no mediando la mala fe o la culpa manifiesta

Diferente es la solución, cuando examinamos este punto en relación con el agente colocador o la agencia de seguros, en virtud, de la presunción de conocimiento por parte de la aseguradora de los hechos que conozca su agente o agencia.²⁶ Entonces si, analizamos la pregunta formulada en el párrafo anterior, pero enfocado a la agencia o agente de seguros que por mandato representa a la compañía de

del tomador, dentro del marco del artículo 1.058 del Código de Comercio, podría servir de base a éste para la alegación de inculpabilidad o de error inculpable que le permitiría eventualmente escapar a la sanción de la nulidad relativa del contrato y recibir la mucho más benigna de reducción del valor de la indemnización que la ley prevé para estos casos.” Ordóñez Ordóñez, Andrés. *El Contrato de Seguro, Ley 389 de 1997 y Otros Estudios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998. págs. 65 a 67.

²⁶ Con el ánimo de profundizar en este estudio, nos parece interesante presentar al lector las diferentes posiciones doctrinales que se presentan al respecto. En primer lugar, tenemos la posición del Dr. Juan Carlos Félix Morandi: “Sin embargo el asegurador pierde su derecho a alegar la reticencia cuando: a) Media conocimiento personal de quien tiene capacidad para obligarlo o tiene conocimiento por cualquier vía de las circunstancias calladas o inexactamente declaradas o tenía obligación de conocer el verdadero estado del riesgo. El conocimiento de los agentes o dependientes del asegurador puede ser asimilado al de aquél únicamente cuando se trate de sujetos con la facultad de concluir el contrato o con poder de representación para recibir la declaración destinada al asegurador. Si el agente o dependiente llena la declaración por el asegurado y en esa tarea calla una circunstancia esencial del riesgo, el asegurador no puede alegar reticencia. Si la declaración redactada por el agente es firmada por el asegurado, le incumbirá probar que ha sido víctima del engaño del agente y que no pudo verificar la exactitud de cuanto escribió. Si el asegurado se complicó con el agente en la maniobra, ya no puede alegar la conducta de éste.” En segundo lugar, el Dr. Garrigues en su obra, plantea una posición favorable para la empresa aseguradora cuando el agente llena el cuestionario de asegurabilidad de buena fe: “... cabe preguntarse si ésta deberá soportar las consecuencias dañosas de una declaración mendaz o equívoca hecha conscientemente por el contratante. A primera vista parece que la compañía tiene que pechar con las consecuencias de la actuación de su agente y que no podrá, por tanto, invocar la nulidad del contrato al amparo del artículo 381 del Código de Comercio. Pero la contestación negativa se encuentra más justa, porque en tales casos el agente ha vulnerado su deber de servicio leal a la empresa. Ha cambiado el interés protegido y con ello deja de ser representante o mandatario de la empresa y pasa a serlo del contratante con ella. Se produce, en suma, un conflicto de intereses entre la defensa del interés de la empresa que corresponde al agente como mandatario suyo, y la defensa del interés del contratante del seguro.” Cita tomada de: Ordóñez Ordóñez, Andrés. *El Contrato de Seguro, Ley 389 de 1997 y Otros Estudios*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998. págs. 68 y 69.

seguros, es decir, en este punto debemos responder a la siguiente pregunta: ¿Cuál es el grado de responsabilidad de la agencia o del agente de seguros, cuando este inspecciona el riesgo del tomador del seguro y omite transmitir ese conocimiento a la compañía de seguros.? La respuesta a esta pregunta, la encontramos en la presunción anteriormente mencionada, dado que, sí por mandato expreso del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la agencia de seguros se encuentra facultada para inspeccionar los riesgos que se pretenden amparar, y a su vez, se presume el conocimiento por parte de la empresa aseguradora de los hechos que sean conocidos por la agencia o el agente de seguros. Por esto, mal podría alegar la compañía de seguros la nulidad relativa del contrato por reticencias o inexactitudes en la declaración del estado del riesgo, cuando un agente suyo ha inspeccionado el riesgo y se presume que la compañía conoce lo que sabe el agente, es más, podríamos llegar a considerar que el conocimiento de la agencia se traduce en la condición mencionada en nuestro artículo 1058 del Código de Comercio, que exime al tomador reticente cuando la compañía aseguradora conoció o ha debido conocer. En igual sentido se expresa el Dr. Ordóñez en su obra: “Si se trata de hechos que han llegado a conocimiento del agente o de la agencia en desarrollo de la inspección del riesgo, y que de mala fe se abstienen de comunicar al asegurador, dado que estos

intermediarios tienen facultades representativas para estos efectos conforme al artículo 42 del estatuto financiero, su conocimiento se presume como si hubiera sido conocimiento del asegurador y por ello éste no podrá ampararse en una supuesta inexactitud o reticencia , toda vez que será aplicable el inciso final del artículo 1.058 del Código de Comercio, sobre la no aplicabilidad de circunstancias que el asegurador conoció o ha debido conocer antes de celebrar el contrato.”²⁷

1.3 El Seguro de Vida y la Declaración del Estado del Riesgo

Una vez estudiadas las particularidades del cumplimiento de la obligación de declarar el estado del riesgo, en el seguro de daños, es menester precisar las características de esta obligación en el seguro de vida, dado que, si bien en un principio en este tipo de seguro, dicha declaración debe darse para la real apreciación por parte de la aseguradora del riesgo que está amparando, también es cierto, que en este seguro las consecuencias por el mal cumplimiento de esta obligación son diferentes a las ya vistas.

²⁷ Ordóñez Ordóñez, Andrés. El Contrato de Seguro, Ley 389 de 1997 y Otros Estudios. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998. págs. 77 y 78.

En este orden de ideas, es preciso determinar, que la forma en la cual debe darse la declaración del estado del riesgo en este seguro, además de estar contenida en el cuestionario de asegurabilidad, se basa primordialmente en el examen médico que debe hacerse el asegurado para que la aseguradora pueda conocer el riesgo que esta amparando. Sin embargo, en nuestro medio dicho examen no es obligatorio para el asegurado, en virtud que, la empresa aseguradora puede prescindir de él para la celebración del contrato, lo cual no exime al asegurado del cumplimiento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058, del Código de Comercio.²⁸ Creemos, que esta disposición presenta un vacío en la apreciación del cumplimiento de esta obligación en el seguro de vida, ya que, uno de los preceptos del régimen general de la declaración del estado del riesgo, contenido en el artículo 1058, de nuestro estatuto comercial, nos indica que la aseguradora no podrá alegar la nulidad relativa del contrato, por reticencias o inexactitudes en la declaración del estado del riesgo, cuando el asegurador conoció o ha debido conocer los hechos que constituyen los vicios en la declaración. Y en este evento, el examen médico es la oportunidad perfecta para que la compañía de seguros conozca cual es el verdadero estado del riesgo, y por lo tanto consideramos que si ésta

²⁸ Código de Comercio artículo 1158: “Aunque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058, ni de las sanciones a que su infracción dé lugar.”

no le indica al asegurado que debe practicarse dicho examen, en un futuro no podrá alegar la nulidad relativa del contrato, porque, de dejar pasar la oportunidad de conocer el verdadero estado del riesgo y esta constituye el momento en el cual el asegurador debió conocer el verdadero estado del riesgo. Una solución intermedia a este punto, la encontramos en la legislación Ecuatoriana, la cual en su artículo 80, nos dice: “Aunque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no queda exento de las obligaciones a que se refiere el art. 14, ni de las sanciones a que su infracción da lugar; pero el asegurador no puede alegar la nulidad por error en la declaración proveniente de buena fe exenta de culpa.” Como vemos, esta legislación, limita la facultad del asegurador de pedir la nulidad relativa del contrato sólo cuando el error en la declaración proviene de buena fe exenta de culpa, lo cual, a nuestro modo de ver, es permitirle a la compañía de seguros una puerta de escape a sus propios errores, porque, no nos queda claro cual es la verdadera diferencia de la reticencia o de la inexactitud cuando se da por error inculpable de cuando se produce por culpa o dolo del asegurado-tomador, si en este evento, es la compañía de seguros quien omite la práctica de dicho examen y por lo tanto prescinde de conocer el verdadero estado del riesgo.

Ahora, cuando el error en la declaración se presenta respecto de la edad del asegurado, nuestra normatividad, nos indica que si la edad declarada esta por fuera de los límites del asegurador, éste podrá aplicar la sanción establecida en el artículo 1058, de nuestro Código de Comercio; si la edad real es mayor a la declarada, la aseguradora reducirá la prima para que la prima sea proporcional; y si la edad real es menor a la declarada, la prima deberá se aumentada para preservar igualmente la proporcionalidad.²⁹ Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta norma tiene un límite temporal de dos años, en el cual la compañía de seguros no podrá modificar las condiciones del seguro. Pero en este evento, nuestra norma es imprecisa, ya que, sólo regula la posibilidad de que la prima pueda ser reducida por parte de la aseguradora, situación en la cual, la edad real es mayor a la declarada, como vemos, no nos dice nada respecto de la edad que pasa los límites de la aseguradora o de la edad que es menor a la declarada. Consideramos, que aquí debemos mirar bajo un mismo rasero la norma y entender que después de dos años el contrato de

²⁹ Código de Comercio. Artículo. 1161: “Si respecto a la edad del asegurado se comprobare inexactitud en la declaración de asegurabilidad, se aplicarán las siguientes normas:

1. Si la edad verdadera está fuera de los límites autorizados por la tarifa del asegurador, el contrato quedará sujeto a la sanción prevista en el artículo 1058;
2. Si es mayor que la declarada, el seguro se reducirá en la proporción necesaria para que su valor guarde relación matemática con la prima anual percibida por el asegurador, y
3. Si es menor, el valor del seguro se aumentará en la misma proporción establecida en el ordinal segundo.”

seguro se hace inmodificable para las partes. Esta solución la encontramos en el artículo 81 de la legislación Ecuatoriana³⁰, que contempla de manera expresa que después de dos años, el contrato de seguro es inmodificable por las partes, así: “Transcurridos 2 años en vida del asegurado, desde la fecha del perfeccionamiento del contrato o de la rehabilitación, el seguro de vida es indisputable.”

³⁰ De igual forma se expresa el Código de Comercio de Bolivia en su artículo 1138: “El asegurador no puede impugnar el contrato por reticencia o inexactitud de las declaraciones del asegurado, si el contrato de seguro de vida ha estado en vigencia durante 2 años, o uno, si así se estipula en la póliza; pasado este tiempo el contrato no puede ser objeto de impugnación, salvo incumplimiento en el pago de las primas.”

2. Modificación y Agravación del Estado del Riesgo.

Como sabemos, el seguro es un contrato de ejecución sucesiva, es por esto, que uno de los supuestos básicos que conlleva este carácter es el de la permanencia de la naturaleza del riesgo asumido, durante todo el tiempo del contrato. Y esto tiene su razón de ser en el seguro, por la estrecha relación que guarda el riesgo con la prima.³¹ Porque si bien, una de las características de este negocio jurídico es la aleatoriedad, también es cierto, que en este contrato debemos encontrar un sinalagma contractual, es decir, el contrato de seguro es aleatorio (mirándolo no desde el punto de vista de la equivalencia que deben guardar las prestaciones de las partes, si no, desde la óptica en la cual, el acaecimiento del riesgo cubierto, permite que las partes desarrollen todo el ítem negocial, es decir, cumplan con las obligaciones pactadas) porque pende de la ocurrencia de un hecho incierto para el perfeccionamiento de las obligaciones de las partes. Pero al mismo tiempo, la prima y el riesgo cubierto deben tener cierta correlatividad que permita que la prima recibida por la aseguradora

³¹ De esta forma lo ejemplifica el profesor Félix Morandi en su obra: "A cada riesgo, en principio, corresponde una prima, calculada sobre su mayor o menor probabilidad siniestral y su intensidad presumida. Si después se agrava por el aumento de estos dos factores, o de uno solo, se modifican las primitivas condiciones contractuales, y la prima pactada no responde a la nueva realidad del riesgo. O sea: la prima ya no constituye la expresión de la medida del riesgo cubierto, ni de los cálculos efectuados por el asegurador respecto del contrato particular." Félix Morandi, Juan Carlos. El Riesgo en el Contrato de Seguro. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1974. págs. 36 y 37.

(amparada en la mutualidad y en la ley de los grandes números) permita cubrir el siniestro.

En este orden de ideas, si el riesgo no sufre alteración alguna durante la vigencia del contrato, se cumple con el principio del equilibrio contractual, pero si el riesgo se modifica éste se rompe, lo cual, nos conlleva a la iniquidad del contrato para una de las partes. Y exactamente, éste último punto es nuestro tema de estudio en el presente acápite.

Debemos entender que: “Hay agravación del riesgo cuando con ulterioridad al perfeccionamiento del contrato sobreviene, respecto de las circunstancias objetivas o subjetivas declaradas en oportunidad de esa conclusión, una alteración trascendente que aumente, ya sea la probabilidad, sea la intensidad del riesgo tomado a cargo del asegurador.”³² Como vemos, de la definición tomada, encontramos los requisitos necesarios para que se presente la agravación del estado del riesgo, los cuales son, el aumento de la probabilidad de la ocurrencia del siniestro, es decir, que el grado de incertidumbre de ocurrencia del siniestro se acerque a la certeza y por lo tanto ya no exista alea; y que la intensidad del riesgo asumido sea mayor, lo cual,

³² Stiglitz, Rubén. Derecho de Seguros. T. II. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998. Pág. 70.

si bien no varía la identidad del objeto del contrato, si modifica las circunstancias en que se celebró el negocio jurídico.³³

Para un mejor entendimiento de este deber, es necesario plantear las distintas hipótesis que tratan de explicar su naturaleza jurídica. Es así, como encontramos en primer lugar, el “cambio del objeto del contrato”, el cual, trata de explicar la existencia de este precepto, en el cambio que sufre el objeto del contrato al modificarse y consecuentemente agravarse el riesgo que cubre la compañía de seguros.³⁴ Ante esto, se ha sostenido por varios autores que el riesgo

³³ Consideramos interesante incorporar en nuestro estudio, la distinción entre la agravación del estado del riesgo y las distintas situaciones que se pueden presentar en el desarrollo del contrato, que no constituyen agravación. Siendo así que adoptamos la explicación dada por el Dr. Luis Ruiz Rueda en su obra, así: “Hay que distinguir entre *cambio de las circunstancias* que puede influir en la realización del siniestro y simplemente *cambio de la opinión* que el asegurador se forme acerca de la influencia que esas circunstancias puedan tener en la realización, aun cuando el cambio de opinión se deba a mejor conocimiento acerca de esas circunstancias, independientemente de que ese mejor conocimiento obedezca a que el asegurador haya advertido un error de apreciación, en que originalmente hubiera incurrido, o a que el proponente del seguro hubiera omitido la declaración de un hecho importante que después se hubiera conocido, o conocido con mayor exactitud (...) Es necesario distinguir cuidadosamente la agravación del *aumento del riesgo* o aumento del valor de las cosas expuestas al riesgo o aumento de la suma asegurada en el seguro de personas (...) También debe distinguirse la agravación, de la *exclusión del riesgo*. Ésta existe cuando las partes convienen en no garantizar un riesgo determinado o en no garantizarlo cuando su realización se deba a determinadas causas (...)” Ruiz Rueda, Luis. El Contrato de Seguro. Ed. Porrúa. México. 1978. Págs. 124 y 125.

³⁴ Esta postura es sostenida por el profesor Vivante, el cual en su obra nos dice: “La ley de igualdad que está vigente entre los contratantes, querría que el contrato se resolviera cuantas veces se alteraran las circunstancias esenciales del riesgo, ya por fuerza mayor, ya por obra del asegurado, puesto que en ambos casos se modifica el objeto del contrato...” Vivante, Cesar. Derecho Comercial. Ediar Editores. Buenos Aires. 1952. Pág. 294. Entre nosotros, esta postura es adoptada por el profesor López Blanco, el cual nos dice en su obra: “En todo caso no puede perderse de vista que la locución *estado del riesgo* la asume la norma como sinónima de *estado del*

no es el objeto del contrato, si no, uno de sus elementos esenciales y que en este evento, no se presenta un cambio cualitativo del riesgo, pero si ante uno cuantitativo.³⁵ En segundo lugar, encontramos quienes fundamentan este deber en la teoría de la presuposición, o imprevisión de las obligaciones, la cual consiste en considerar que: “(...) En efecto, el contrato se ha concluido tomando como base un riesgo de determinada importancia. Por ende, una agravación imprevista e imprevisible al momento de la celebración, constituye una imprevisión cuyas consecuencias pretende regular la ley mediante normas especiales.”³⁶ Nuestro parecer, concuerda con esta segunda teoría, dado que, las partes al contratar el seguro lo hacen bajo el supuesto que la identidad del riesgo asumido por parte de la aseguradora tendrá una identidad uniforme desde la celebración del contrato hasta su finalización, la posibilidad de modificación del estado del riesgo no es tenida en cuenta al momento de la celebración y es por esto, que este nuevo hecho debe considerarse como una imprevisión al interior del contrato que debe ser resuelta por las partes, con el fin de volver a darle la correlación que deben guardar la

bien asegurado, o si se quiere, para ser más generales, estado de la persona o cosa sobre la que recae el interés asegurable.” López Blanco, Hernán Fabio. Ob. cit. Pág. 158.

³⁵ Félix Morandi, Juan Carlos. Ob. cit. Pág. 46.

³⁶ Félix Morandi, Juan Carlos. Ob. cit. Pág. 49.

prima que paga el asegurado con el riesgo asumido por la compañía de seguros.

2.1 Características de este Deber.

El deber que se le impone a la parte asegurada, de notificar la modificaciones y agravaciones del estado del riesgo, conllevan dos tipos de prestaciones, la primera de hacer y la segunda de no hacer, es decir, para el cumplimiento de este deber, dependiendo de la situación en la que se encuentre el obligado, éste podrá notificar a la compañía de seguros (si ya se presento la agravación) ó impedir que se agrave el riesgo (cuando la agravación no se a producido aun).³⁷

Para que exista modificación y consecuentemente agravación del estado del riesgo, es necesario que el hecho o los hechos que varían la identidad del riesgo,³⁸ transformen sustancialmente la identidad del

³⁷ El profesor Donati, expone lo aquí dicho en los siguientes términos: “La carga consiste, según los casos, en una acción (declaración de ciencia o más raramente de voluntad; otros hechos: salvamento) o en una omisión (no agravación del riesgo). Los primeros se cumplen, cuando son declaraciones, instantáneamente o también, si son hechos, en un lapso de tiempo; los segundos requieren la duración total de la relación aseguradora.” Donati, Antigono. Los Seguros Privados. Ed. Bosch. Barcelona. 1960. Pág. 282.

³⁸ Las características que debe tener el hecho modificador del estado del riesgo, las encontramos en nuestro ordenamiento jurídico en primer lugar, en el inciso primero del artículo 1060 del C.Co.: “El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán

mismo, es decir, la modificación debe ser de naturaleza tal que las condiciones en las que inicialmente se pactó el contrato se hallen alteradas a tal punto que sea necesario ajustarlas a la nueva realidad contractual.³⁹

Ahora, la modificación del lugar del objeto del contrato, puede llegar a considerarse una agravación del estado del riesgo, dado que, éste puede ser uno de los factores que tiene en cuenta el asegurador al aceptar el cubrimiento del riesgo del asegurado en las condiciones en que se estipula el contrato. Por lo tanto, el asegurado debe tener en cuenta las variaciones de lugar que haga del objeto del contrato,

notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1 del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación”. En segundo lugar, como es lógico por remisión expresa del artículo antes mencionados, encontramos que nuestro artículo 1058, inciso primero nos dice: “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 (...)”

³⁹ Los caracteres que deben tener el hecho o los hechos modificadores del estado del riesgo, son expuestos por el profesor Efrén Ossa en su obra de la siguiente manera: “**1. No previsibles.** – Porque si eran previsibles a la fecha de la celebración del contrato, hay que entenderlos incorporados al estado original del riesgo y debidamente evaluados en su incidencia sobre el consentimiento del asegurador (...)”

2. Posteriores. – Deben sobrevenir a la celebración del contrato. Supuesta su vigencia formal, no importa si ha tenido comienzo o no su vigencia técnica. Porque si existían y eran conocidos en aquel momento, han debido ser objeto de la *declaración del estado del riesgo* y pueden caer bajo el régimen de las declaraciones inexactas o reticentes.

3. Conocidos. – Por el tomador o el asegurado. No sólo porque, como hemos dicho, se trata de una declaración adicional del estado del riesgo, sino porque además, el conocimiento real o presuntivo es punto de partida del término dentro del cual debe hacerse la notificación al asegurador.

4. Agravantes. – No importa reiterarlo, para agregar que la agravación, evaluada conforme al criterio ya expuesto, significa aumento de la probabilidad o de la intensidad del riesgo (...). Ossa, Efrén. Ossa, Efrén. Teoría General del Seguro. Ed. Temis. Bogotá. 1984. págs. 330 y 331.

porque en un momento determinado puede consistir agravación del riesgo, con las consecuencias propias consagradas en nuestro ordenamiento jurídico.

Las modificaciones del estado del riesgo pueden ocurrir por variaciones voluntarias o involuntarias, las modificaciones voluntarias, son aquellas que penden del arbitrio del tomador – asegurado (la variación del lugar antes mencionada, corresponde a este tipo de modificación) y será involuntaria cuando la modificación es ajena al tomador – asegurado. La claridad que se tenga de estos conceptos es fundamental dado los términos de notificación que impone nuestro ordenamiento jurídico por parte del asegurado o tomador a la compañía de seguros.⁴⁰ Dado que, el término es de diez días cuando las agravaciones son conocidas para el asegurado o tomador (agravaciones voluntarias) y si las agravaciones le son extrañas (agravaciones involuntarias), el término de notificación será de diez días después de que conozca la agravación, y en todo caso se presume que el tomador – asegurado conoce la agravación treinta días después de ocurridas. En este punto, el profesor López Blanco realiza una aclaración importante respecto de la presunción que establece el

⁴⁰ Artículo 1060, inciso segundo C.Co.: “La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.”

inciso segundo del artículo 1060 del C.Co., respecto del conocimiento de la modificación cuando ésta es ajena al tomador o al asegurado, así: “(...) presunción que teniendo en cuenta la forma de redacción del inciso segundo del artículo 1060, estimo que se trata de una presunción de derecho y, por lo mismo, no se admite prueba en contrario, pasados treinta días de haberse producido, porque es lógico suponer que un tomador o asegurado debe conocer, en ese plazo más que prudencial y con un mediano cuidado, las variaciones que experimenten sus bienes.”⁴¹

Ahora, nuestra legislación no prevé cual debe ser la forma en la cual se le notifique a la compañía de seguros acerca de la agravación del riesgo, la única mención al respecto, la encontramos en el inciso primero del artículo 1060, en la cual se establece que ésta debe darse por escrito, por lo tanto, debe entender que el tomador o el asegurado cumplen con esta carga con sólo dirigir un escrito a la aseguradora indicándole la agravación del riesgo. Lo importante aquí es resaltar, que el obligado al cumplimiento de este deber, tiene que precaver la forma en la cual constituirá la prueba de la notificación a la compañía de seguros, para poder alegar en un eventual proceso que se surtió con dicho deber.

⁴¹ López Blanco, Hernán Fabio. Ob. cit. Pág. 159.

Una vez notificada la modificación del estado del riesgo a la compañía de seguros, ésta podrá modificar las condiciones inicialmente pactadas, es decir, reajustar el valor de la prima dado el aumento de la identidad del riesgo que asume, o revocar el contrato a su arbitrio.⁴² Este punto, será abordado de manera más extensa en el acápite siguiente de nuestro estudio. La sanción por no notificar en los términos establecidos es la terminación del contrato, pero además nuestra legislación consagra que cuando la falta de notificación se de por mala fe, la compañía de seguro puede retener la prima no devengada.⁴³ Con el animo que el lector profundice en lo aquí expuesto, presentamos la posición del Dr. Andrés Ordóñez, en su más reciente obra: “A partir de este, que es el contenido de la carga, tal como esta concebida por la ley, su incumplimiento va a determinar no la nulidad del contrato, porque el contrato ha nacido eficaz y válidamente a la vida jurídica, sino la terminación del contrato; pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho a retener la prima no devengada. La terminación se produce desde el momento en que se vence la oportunidad que tenía la parte asegurada para

⁴² C.Co. artículo 1060 inciso tercero: “Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.”

⁴³ C.Co. artículo 1060 inciso cuarto: “La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.”

notificar, o, expresado de otra manera, desde el momento en que se incurre en mora en el cumplimiento de la carga, no desde el momento en que se produce el hecho agravante...”⁴⁴

2.2 La Teoría de la Imprevisión y el Cumplimiento de este Deber.*

Como sabemos, nuestro ordenamiento jurídico proscribía la utilización de la teoría de la imprevisión en los contratos aleatorios,⁴⁵ y el seguro reviste ésta particularidad por definición legal, por lo tanto, en un principio no se podría utilizar esta figura jurídica para la resolución de conflictos al interior del contrato. Sin embargo, consideramos que el seguro consagra esta figura en una de las normas que lo regulan y más exactamente, en la disposición bajo estudio.

⁴⁴ Ordóñez Ordóñez, Andrés. Ob. cit. Pág. 68.

* Para profundizar sobre este tema ver: Obregón Luque, Juan Manuel. La Teoría de la Imprevisión y el Contrato de Seguro. Tesis de Grado. Universidad Externado de Colombia. 2004.

⁴⁵ Código de Comercio, artículo 868: “Cuando circunstancias, extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”

La Teoría de la Imprevisión, consiste en la facultad de pedir al juez la revisión del contrato cuando circunstancias ajenas y posteriores a la celebración del mismo, modifican las prestaciones inicialmente pactadas, convirtiendo la ejecución de la obligación de una de las partes en excesivamente onerosa.⁴⁶ Como vemos, esta facultad de revisión la encontramos con ciertas modificaciones en el inciso tercero del artículo 1060 de nuestro Código de Comercio, el cual reza: “Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.” La diferencia fundamental entre estas dos disposiciones radica en que para la teoría de la imprevisión la revisión la hace el juez y para el artículo 1060, quien realiza dicha revisión es el asegurador, esto lo que nos indica, es que el contrato de seguro adaptó la figura de la imprevisión al interior de una de sus normas.⁴⁷ Ó como se podría llegar a pensar,

⁴⁶ Barbosa Verano, Jeanet y Neyva Morales, Ariel. La definen de la siguiente manera: “Instituto jurídico autónomo aplicable como principio general de derecho, fundado en la equidad, la buena fe y la función social de los derechos subjetivos, cuyo ejercicio permite a la parte para la cual la ejecución de una obligación de futuro cumplimiento, se ha convertido en excesivamente onerosa, por el acaecimiento de hechos sobrevinientes, imprevisos, imprevisibles, no imputables a quien lo alega, ni acaecidos durante su mora, solicitar la revisión judicial, buscando su terminación, resolución, suspensión o modificación.” Barbosa Verano, Jeanet y Neyva Morales, Ariel. La Teoría de la Imprevisión en el Derecho Civil Colombiano. Ediciones. Jurídica Radar. Santa Fe de Bogotá. 1992. pág. 85.

⁴⁷ Con el ánimo de mostrar al lector una visión más amplia de lo aquí expuesto, presentamos las precisiones expuestas en nuestro trabajo anterior antes mencionado: “ (...) es preciso esbozar los puntos dados por nuestro ordenamiento positivo en el cual basamos el planteamiento antes mencionado, siendo así que desglosaremos los distintos aspectos de la norma que nos permiten llegar a esta

nuestro legislador, consagró en esta disposición, una figura jurídica de reciente aplicación, la cual es, la cláusula de *hardship*, que permite a las partes al interior de un contrato (indistintamente si es conmutativo o aleatorio) revisar sus prestaciones cuando éstas han sido alteradas por hechos posteriores a la celebración del negocio jurídico, que modifican la ecuación contractual de la convención, esto es lo que se considera, una cláusula *rebus sic stantibus* mejorada.

Sabemos que esta posición, no concuerda a la sostenida por la mayoría de los tratadistas, sin embargo, nos parece que introducir el concepto de imprevisión al interior del contrato de seguro, sería

conclusión. En primer lugar, encontramos las siguientes palabras: **“los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1 del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.”** Como podemos observar, éste es el primer supuesto que se necesita para poder hablar de imprevisión, las distintas situaciones de hecho que no se pudieron determinar durante la realización del contrato que de una u otra manera tienen injerencia en el devenir del mismo, las cuales modifican las estipulaciones inicialmente pactadas convirtiéndolas en más gravosas que las originales; En segundo lugar, vemos lo siguiente: **“Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.”** Como es lógico, esta es la consecuencia de dicha modificación de las condiciones inicialmente pactadas, esta parte del artículo, consagra las diferentes alternativas que tiene el asegurador frente a la agravación del estado del riesgo, revoca el contrato o exige un aumento de la prima que devenga y en este último evento, en el cual el asegurador puede exigir el reajuste en el valor de la prima, lo entendemos, como la capacidad que tiene el asegurador de revisar las disposiciones contractuales que han sido modificadas por circunstancias imprevistas en el momento de la perfección del contrato, en otras palabras, este artículo contempla los elementos necesarios para poder hablar de imprevisión y su consecuencia principal, la cual es la posibilidad de revisar o modificar las estipulaciones contractuales primigenias.” Obregón Luque, Juan Manuel. La Teoría de la Imprevisión y el Contrato de Seguro. Tesis de Grado. Universidad Externado de Colombia. 2004. págs. 106 y 107.

benéfico para la industria aseguradora, como ejemplo de esto, tenemos el seguro de cumplimiento, el cual se encuentra regulado por la ley 80 de 1993, la cual, consagra al interior de sus normas el principio del equilibrio contractual, que no es otra cosa que la Imprevisión en los contratos estatales.

En este orden de ideas, consideramos necesario adaptar nuestro ordenamiento jurídico comercial, a las necesidades propias de la actividad negocial actual, es por esto, que creemos que se debe implementar en nuestra legislación comercial, una disposición similar a la Boliviana,⁴⁸ la cual no restringe el uso de la Teoría de la Imprevisión a los contratos aleatorios, sino en aquellos casos en que la excesiva onerosidad provenga del riesgo propio del contrato. Ahora, la introducción del riesgo propio del contrato como limitante a la petición de revisión del negocio jurídico, en nuestro concepto, es el más adecuado, dado que, se aplica en primer lugar, indistintamente a los contratos aleatorios y conmutativos; y en segundo lugar, porque si bien el contrato de seguro es aleatorio, al mismo tiempo consideramos que en su interior se presenta un sinalagma, que permite que la

⁴⁸ Código de Comercio de Bolivia artículo 802: “En los contratos de ejecución periódica o diferida, puede el obligado demandar la resolución del mismo si la prestación a su cargo resulta excesivamente onerosa al sobrevenir factores extraordinarios e imprevisibles debidamente comprobados. No se admitirá demanda alguna si la onerosidad sobreviniente es emergente del riesgo normal del objeto del contrato, tampoco en los de ejecución instantánea.”

prima devengada por parte de la aseguradora sea correlativa al riesgo que le es transferido, y cuando la prima que devenga la aseguradora, es menor a la porción de riesgo que se obliga a cubrir, por la ocurrencia de hechos posteriores a la celebración del contrato, se presenta la ruptura de la ecuación contractual. Distinto es, que las partes pidan una revisión del contrato, cuando las prestaciones se agravan por los hechos previstos al interior de la convención.⁴⁹

2.3 Aplicación de este Deber en los Seguros de Personas.

En este tipo de seguro, se ha entendido por la mayoría de los tratadistas, que no opera el deber por parte del asegurado de notificar al asegurador la agravación del estado del riesgo, por existir en el inciso final del artículo 1060, una prohibición expresa⁵⁰. Sin embargo,

⁴⁹ De esta forma lo planteamos en el estudio antes mencionado: "(...) las partes que se obligan por medio de una convención de carácter sinalagmática y aceptan los riesgos propios de la modalidad contractual elegida, no podrían alegar ante el juez, la modificación de las condiciones que se pactaron inicialmente, en razón que, aceptaron ese riesgo de manera expresa y tuvieron la posibilidad de prever su ocurrencia. De igual manera en los contratos aleatorios. Sin embargo, tanto en los contratos sinalagmáticos como en los aleatorios, cuando las condiciones que se pactaron en el contrato, son modificadas por circunstancias de hecho diferentes a los riesgos que aceptaron las partes al celebrar el contrato, podría pedirse la revisión del clausulado por parte del juez y adecuarlo a la nueva realidad contractual." Obregón Luque, Juan Manuel. Ob. cit. Págs. 129 y 130.

⁵⁰ Inciso 5 artículo 1060 del Código de Comercio: "Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella."

nosotros le damos una interpretación diferente al mencionado inciso, la cual, nos permite colegir que en el seguro de vida si existe el deber por parte del asegurado de notificar la agravación del estado del riesgo.

En este orden de ideas, debemos entender que lo que prescribe el inciso quinto del artículo 1060 del Código de Comercio, es lo siguiente: “***Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida (...)***. Entonces, al estudiar el mencionado artículo de una forma sistemática, encontramos que la única sanción que se prevé es la contenida en el inciso cuarto, el cual dice: “La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.” Es por esto, que consideramos que la sanción que no es aplicable a los seguros de vida, es la terminación del contrato de seguro por la falta de la notificación oportuna al asegurador. Como podemos observar, encontramos es una situación muy particular al interior de la norma, dado que, el asegurado sí se encuentra obligado a cumplir con el presente deber, pero el incumplimiento de dicho deber no tiene ningún tipo de sanción, ya

que, como se anoto anteriormente la misma norma lo prohíbe.⁵¹ Entonces, la única utilidad de esta disposición al interior del seguro de vida, es la facultad por parte del asegurador de exigir el reajuste en el valor de la prima, por el aumento del riesgo que cubre, siempre y cuando el asegurado le notifique, y en este evento, no es necesario determinar si la notificación fue oportuna o no, por las razones antes expuestas. Éste sería el caso, del seguro de vida entera (en el cual se paga la totalidad de la prima al momento de celebrar el contrato), tomado por un trabajador de oficina, que posteriormente a la celebración de dicho convenio, cambia de profesión por una que genere sustancialmente un mayor riesgo para la aseguradora, o el cambio del lugar de habitación a un sitio con indicios de violencia muy superiores al anterior. La pregunta que surge es ¿Cuáles son las opciones que tiene la compañía de seguros para adaptar el riesgo que cubre a la nueva realidad fáctica? Y como vemos, la única opción sería intentar modificar la prima del contrato de seguro a las nuevas condiciones, siempre y cuando el asegurado acepte, porque como vimos, en esta situación la compañía de seguros no puede dar por terminado el contrato.

⁵¹ Artículo 1159 del Código de Comercio: “.- El asegurador no podrá, en ningún caso, revocar unilateralmente el contrato de seguro de vida. La revocación efectuada a solicitud del asegurado dará lugar a la devolución del saldo del valor de cesión o rescate.”

La razón de ser de esta interpretación, la ubicamos en la necesidad que tiene la aseguradora de conocer la identidad de los riesgos que esta amparando por medio de los contratos que suscribe, es decir, la compañía de seguros debe conocer exactamente la magnitud de los riesgos que ampara, para así poder calcular el valor de la prima que tiene que devengar.

Diferente es el tratamiento que le da la legislación Argentina al tema, porque consagra de manera expresa, el deber de notificación por la agravación en el estado del riesgo y preceptúa que el cambio de actividad o profesión del asegurado, son causales para dar por terminado el contrato de seguro o de reajustarlo.⁵²

⁵² Artículo 132: “Sólo se debe denunciar la agravación del riesgo que obedezca a motivos específicamente previstos en el contrato.”

Artículo 133: “Los cambios de profesión o actividad del asegurado autorizan la rescisión cuando agravan el riesgo de modo tal que de existir a la celebración, el asegurador no habría concluido el contrato.

Si de haber existido ese cambio al tiempo de la celebración el asegurador hubiera concluido el contrato por una prima mayor, la suma asegurada se reducirá en proporción a la prima pagada.”

3. Declaración de la Coexistencia de Seguros.

Este deber de información, se encuentra íntimamente ligado al principio indemnizatorio del seguro, en virtud que, limita la utilización de este contrato como fuente de enriquecimiento. Por esta razón, partimos de la base que esta regla sólo es aplicable a los seguros de daños, ya que, los seguros de personas, al no tener carácter indemnizatorio, es viable la concurrencia de seguros y no configurar en ningún momento enriquecimiento por parte del beneficiario del seguro.

Como nota introductoria al presente acápite, nos parece pertinente enunciar de manera breve, las características propias de la coexistencia de seguros. Para esto, tomaremos la definición dada por el Dr. Stiglitz en su obra: “Hay pluralidad de seguros o seguros múltiples o cúmulo de garantías o cúmulo de prestaciones, cuando varios contratos de seguro son formalizados sobre un mismo interés y con relación a un mismo riesgo para ser cubierto simultáneamente en el tiempo por dos o mas aseguradores.”⁵³ De la definición tomada, podemos colegir cuales son los caracteres sobresalientes de esta figura, a saber: identidad del interés asegurable; identidad del riesgo

⁵³ Stiglitz, Rubén. Ob. Cit. Pág. 317.

asegurado; identidad de asegurado; y multiplicidad de aseguradores.⁵⁴ Ahora, debemos distinguir la figura de la coexistencia de seguros del coaseguro, éste último, definido por el Dr. Ordóñez como “la coexistencia de seguros por iniciativa del tomador (...)”⁵⁵ En este evento, no existe el deber por parte del tomador de informar a los aseguradores la existencia de los diferentes contratos celebrados, por nacer éstos por iniciativa de los aseguradores.

Este deber, lo encontramos en nuestro ordenamiento jurídico en dos normas que en vez de complementarse, tienden a excluirse,⁵⁶ en

⁵⁴ Con el fin de ofrecerle al lector, una apreciación más exacta de lo aquí expuesto (dado que éste no es el punto central de nuestra investigación), nos permitimos presentarles la explicación dada por el profesor Halperin en su obra:

“a) *identidad del interés asegurado*. En todos los contratos, la misma persona debe asegurar la misma relación sobre idéntica cosa (...)

b) *identidad del riesgo*. No es suficiente que pertenezcan a la misma clase de riesgo; la identidad debe ser total (...)

c) *distintos aseguradores*. Si fuera un solo asegurador no existiría, sea que se contrate simultánea o sucesivamente (...)

d) *vigencia contemporánea de los contratos*, aunque no tenga la misma duración. No existe pluralidad de seguros cuando el segundo contrato comienza con la cesación del primero, o para el supuesto que éste sea nulo o que el asegurador no pueda pagar (...)” Halperin, Isaac. Ob. Cit. Págs. 802 y 803.

⁵⁵ El profesor Ordóñez, explica la figura del coaseguro de la siguiente manera: “Con el consentimiento del tomador, los aseguradores acostumbran compartir determinados riesgos con otros aseguradores, no sólo por la falta eventual de capacidad individual de asunción de riesgos, sino por simple política empresarial obediente a infinidad de motivaciones.” Ordóñez Ordóñez, Andrés. Ob. cit. Pág. 86.

⁵⁶ Código de Comercio, artículo 1076: “Sin perjuicio de la obligación que le impone el artículo 1074, el asegurado estará obligado a declarar al asegurador, al dar la noticia del siniestro, los seguros coexistentes, con indicación del asegurador y de la suma asegurada. La inobservancia maliciosa de esta obligación le acarreará la pérdida del derecho a la prestación asegurada.”

Código de Comercio, artículo 1093: “El asegurado deberá informar por escrito al asegurador los seguros de igual naturaleza que contrate sobre el mismo interés, dentro del término de diez días a partir de su celebración.”

virtud que, se consagra el mismo deber en dos momentos diferentes del contrato, razón por la cual, si el tomador informa en el momento de la ocurrencia del siniestro la coexistencia a los diferentes aseguradores, dicha declaración tendrá poca relevancia, porque no se hizo en el momento de la celebración de los otros contratos y la compañía de seguros podrá alegar la terminación del contrato.⁵⁷ Tal como lo señala el Dr. Jaime Bustamante: “no se puede interpretar que el aviso que se de oportunamente con posterioridad al siniestro, elimine las consecuencias de la omisión de darlo, si fuere el caso, durante la vigencia del contrato.”⁵⁸ La única posibilidad que estas normas no se excluyan entre si, es el caso que ocurrido el siniestro, se notifique la coexistencia de los seguros y éstos no sobrepasen el interés asegurable de los contratos.

La inobservancia de esta obligación producirá la terminación del contrato, a menos que el valor conjunto de los seguros no exceda el valor real del interés asegurado.”

⁵⁷ El profesor Hernán Fabio López, explica la contradicción de estas dos normas de la siguiente manera: “La razón de ser de estas dos normas –que desafortunadamente no se complementan sino que, al contrario, son contradictorias porque dan pie para establecer el cumplimiento de un deber en momentos por entero diferentes, ya que conforme a una disposición es en el momento de avisar del siniestro y según la otra es en el plazo de diez días siguientes a su contratación- es la de permitir al asegurador tomar las medidas pertinentes en orden a evitar que respecto del mismo objeto existan seguros que superen el valor de él (lo cual puede ser aliciente para provocar, o al menos no impedir, la ocurrencia de siniestros) y establecer la forma como se debe pagar la indemnización haciendo operantes las reglas del coaseguro frente al principio indemnizatorio, es decir, para que cada asegurador cancele lo que proporcionalmente le corresponda de manera que el asegurado nunca pueda encontrar en el seguro una fuente de lucro.” López Blanco, Hernán Fabio. Ob. cit. Pág. 175.

⁵⁸ Bustamante Ferrer, Jaime, Manual de principios jurídicos del seguro, Ed. Temis, Bogotá, 1983, página 122. Citado por: López Blaco, Hernán Fabio. Ob. cit. Pág. 174.

Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla como hasta aquí se ha planteado, dado que, en concepto del Dr. Jaime Bustamante (criterio que compartimos), con relación al artículo 1076 del Código de Comercio: “Hay que relacionar este artículo con el 1093 –que se debería haber citado en lugar del 1074- que impone al asegurado el deber de informar por escrito al asegurador los seguros de igual naturaleza contratados sobre el mismo riesgo y, también, con el 1058 que obliga al tomador a evitar reticencias o inexactitudes sobre hechos o circunstancias que hubieran afectado la aceptación del asegurador.

De manera que sobre seguros coexistentes la ley impone la obligación de declararlos:

1. Antes de la celebración del contrato, porque su existencia necesariamente influye en la aceptación, total o modificada, que el asegurador pueda darle al contrato de seguro.
2. Durante la vigencia del contrato, conforme a lo que dispone el artículo 1093.
3. Una vez ocurrido el siniestro, dando el aviso con los detalles establecidos en el artículo 1076.”⁵⁹

⁵⁹ Bustamante Ferrer, Jaime, Manual de principios jurídicos del seguro, Ed. Temis, Bogotá, 1983, página 122 y 125. Cita Tomada de: Código de Comercio Comentado. Ed. Legis.

Encontramos lógica la argumentación del Dr. Bustamante, al considerar que la coexistencia de seguros, puede entenderse a su vez como una reticencia en el momento de celebrar el nuevo contrato, ya que, si el asegurador conociese la existencia del otro convenio, no hubiese contrato o lo haría en términos diferentes. El verdadero problema radica, en la multiplicidad de sanciones que entrarían a operar sobre un mismo deber, en primer lugar, tendríamos la nulidad relativa del artículo 1058; en segundo lugar, la pérdida del derecho a la prestación asegurada, cuando no se cumple con este deber de forma maliciosa, del artículo 1076; y por último, la terminación del contrato del artículo 1093. La discusión que aquí nace es ¿Cuál es la sanción que debemos aplicar? En este evento, si se surte la declaración, cuando el siniestro ha acaecido, la aseguradora, podrá alegar bien sea o la terminación de su contrato (si no se cumplió con este deber en forma maliciosa) o la nulidad relativa del mismo. Ahora, si no se informa la existencia de otros seguros en el momento de la ocurrencia del siniestro, por obrar malicioso del tomador, poco importa para la aseguradora, porque en este evento, podrá alegar o la terminación o la nulidad relativa. Por los motivos aquí expuestos, colegimos que la única posibilidad que el artículo 1076, tenga alguna

aplicación, es cuando, ocurre el siniestro y el tomador omite su deber de información de forma maliciosa, pero la suma de todos los seguros coexistentes no supera el interés asegurable, en este evento, el tomador perdería el derecho a la suma asegurada, aquí el problema deja de ser sustancial y se convierte en probatorio, ya que, le tocaría alegar a la aseguradora la mala fe del tomador.

4. Declaración de la Ocurrencia del Siniestro.

Este deber de información, radica en el conocimiento que debe tener el asegurador, del hecho (siniestro) que permite que nazca su obligación, es decir, el tomador debe informar al asegurador la ocurrencia del siniestro, para que éste pueda tomar todas las medidas necesarias para perfeccionar la ejecución de su obligación.⁶⁰ Este deber, tiene su fundamento legal en el artículo 1075 del Código de Comercio.⁶¹

La forma en la cual debe darse esta notificación, no tiene ninguna restricción de carácter legal, por lo tanto consideramos que el tomador se encuentra en libertad de avisar al asegurador en la forma que quiera, es decir, puede ser oral, escrita o por cualquier otro medio. Sin embargo, consideramos que el tomador deber ser

⁶⁰ En este punto, adoptamos las palabras dadas por el profesor Efrén Ossa: "Importa a la ley que el asegurador tenga información oportuna del hecho que da origen a su obligación principal, esto es, de la "realización del riesgo asegurado" (art. 1072). Es la que le permite, en ejercicio de sus facultades preventivas, identificar las circunstancias del siniestro (lugar, tiempo, modo,); conocer por percepción directa, sus causas y evaluar, así sea tentativamente, la magnitud de sus efectos; allegar eventuales elementos de prueba y adoptar las precauciones que estime aconsejables para la mejor salvaguarda de sus propios intereses y, entre ellos, especialmente, el derecho que le confiere la ley a la subrogación contra los responsables del daño asegurado (art. 1096)." Ossa, Efrén. Ob. Cit. Pág. 370.

⁶¹ Código de Comercio, artículo 1075: ".- El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes. El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro."

precavido y tratar de constituir un medio de prueba, que le permita demostrar que cumplió con su deber, para así poder eludir la sanción consagrada en el inciso primero del artículo 1078.⁶²

La notificación debe hacerse al asegurador y no a uno de sus agentes, agencias o corredor, dado que, el sujeto pasivo de este deber es la compañía de seguro directamente. Sin embargo, es frecuente que el tomador tenga la “falsa” percepción que su asegurador es la agencia o el corredor de seguros, pero este falso conocimiento no es relevante, porque si la agencia o el corredor, no ponen en conocimiento de la compañía de seguros dentro del término estipulado en la ley, la ocurrencia del siniestro, los efectos nocivos de dicho incumplimiento, recaerán sobre el tomador.⁶³ La declaración, debe contener las indicaciones de tiempo, modo y lugar, para así poder lograr una verdadera identificación del siniestro. Con el objeto, que la

⁶² Código de Comercio, artículo 1078, inciso primero: “Si el asegurado o el beneficiario incumplieren las obligaciones que les corresponden en caso de siniestro, el asegurador sólo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le cause dicho incumplimiento.”

⁶³ El Dr. Ordóñez, expone este punto de la siguiente manera: “(...) es frecuente que los avisos de siniestro se dirijan al intermediario con cuya intervención se ha contratado el seguro, en atención a las labores de asesoría que asume por lo general el intermediario de seguros en nuestro medio. No obstante el asegurado debe ser consciente de que la ley impone la obligación de avisar al asegurador y no al intermediario y que, salvo que el intermediario cumpla con su encargo de dar traslado del aviso dentro del tiempo oportuno al asegurador, con lo cual éste no podrá alegar ignorancia al respecto, no es posible pensar que se ha cumplido la carga.”Ordóñez Ordóñez, Andrés. Ob. cit. Pág. 96.

aseguradora conozca la forma en la cual sucedió el siniestro, para así, poder tomar las acciones que considere pertinente.

Por último, la declaración debe efectuarse dentro del término de tres días siguientes a la ocurrencia del siniestro o que el tomador debió conocer dicha ocurrencia, este término puede ampliarse por disposición de las partes, pero en ningún caso reducirse.

Conclusiones

Al presentar las conclusiones de nuestro trabajo, sólo nos queda por resaltar la importancia del mismo, dado que, en nuestro concepto hemos introducido una visión nueva respecto de estos deberes (que han sido tratados en demasía por la doctrina y la jurisprudencia). Siendo así, que al presentar la primera de ellas, **la obligación de declarar el estado del riesgo**, se trata el punto del momento del cumplimiento de esta obligación, siendo tal anterior al perfeccionamiento del contrato, dado que, la naturaleza de este deber que condiciona la aceptación por parte de la aseguradora no puede ser posterior al perfeccionamiento del mismo, todo esto condicionado a la sanción que prevé nuestro ordenamiento jurídico por el no cumplimiento de dicho deber. En el mismo capítulo, se trata el problema de los vicios del consentimiento en el cumplimiento de este deber, resaltando la diferencia de nuestra posición con el resto de la doctrina, en cuanto a la aplicabilidad o no de las normas generales de derecho civil sobre vicios del consentimiento al contrato de seguro. Al mismo tiempo, trabajamos sobre la labor que desempeñan los

intermediarios de seguros en el desarrollo de ésta obligación y por último la aplicabilidad de este deber en el seguro de personas.

En el segundo capítulo, dedicado a **la obligación de declarar la modificación del estado del riesgo**, sobra resaltar la nueva interpretación que se hace de la norma respecto de su aplicabilidad en los seguros de vida, dado que, permitiría la aplicación de ésta, lo cual es refutado por la doctrina, por esto y por el resto del contenido de este capítulo, consideramos que la lectura del mismo resulta enriquecedor para el lector al presentarle una visión novedosa del cumplimiento de esta obligación.

Por último, tratamos los puntos de la **declaración de la coexistencia de seguros y la declaración de ocurrencia del siniestro**. Estos dos puntos culminan nuestro estudio y las obligaciones de información de la parte asegurada en el contrato de seguro.

Por todo esto, invitamos al lector a que lea con detenimiento nuestra obra y descubra que en el estudio del contrato de seguro no existen reglas preconcebidas, sino por el contrario, que éste se encuentran constante construcción y nos compete a nosotros culminar esta labor.

Bibliografía

- Alessandri Rodríguez, Arturo. De los Contrato. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.
- Alvear Icaza, Jorge. Introducción al Derecho de Seguros. Ed. Edino. Guayaquil. 1996.
- Barbosa Verano, Jeanet y Neyva Morales, Ariel. La Teoría de la Imprevisión en el Derecho Civil Colombiano. Ediciones. Jurídica Radar. Santa Fe de Bogotá. 1992.
- Broseta Pont, Manuel. Manual de Derecho Mercantil. Ed. Tecnos. Madrid. 1978.
- Donati, Antigono. Los Seguros Privados. Ed. Bosch. Barcelona. 1960.
- Félix Morandi, Juan Carlos. El Riesgo en el Contrato de Seguro. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1974.

- Felix Morandi, Juan Carlos. Estudios de Derecho de Seguros. Ediciones Pannedille. Buenos Aires. 1971.
- Garrido y Comas, J. J. El Contrato de Seguro. Ediciones Spes. Barcelona. 1954.
- Garrigues, Joaquin. Contrato de Seguro Terrestre. Imprenta Aguirre. Madrid. 1982.
- Hinestrosa, Fernando. Curso de Obligaciones (Conferencias). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1961.
- Halpering, Isaac. Seguros. Ediciones De Palma. Buenos Aires.
- Jaramillo Salgado, Patricia. Los Seguros en el Derecho Comparado. En: Seguros, Temas Esenciales. Ediciones ECOE. Bogotá. 2005.
- Larroumet, Christian. Teoría General del Contrato. Vol. I. Editorial Temis. Bogotá. 1993.
- López Blanco, Hernán Fabio. Comentarios al Contrato de Seguro. Dupre Editores. Bogotá. 2004.

- Meilij, Gustavo Raúl. Manual de Seguros. Ediciones De Palma. Buenos Aires. 1987.
- Obregón Luque, Juan Manuel. La Teoría de la Imprevisión y el Contrato de Seguro. Tesis de Grado. Universidad Externado de Colombia. 2004.
- Ordóñez Ordóñez, Andrés. El Contrato de Seguro, Ley 389 de 1997 y Otros Estudios. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998.
- Ordóñez Ordóñez, Andrés. Lecciones de Derecho de Seguros No. 1. Cuestiones Generales y Caracteres del Contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2001.
- Ordóñez Ordóñez, Andrés. Lecciones de Derecho de Seguros No. 3. Las Obligaciones y Cargas de las Partes en el Contrato de Seguro y la Inoperancia del Contrato de Seguro. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.
- Ossa, Efrén. Teoría General del Seguro. Ed. Temis. Bogotá. 1984.

- Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Ed. Temis. Bogotá. 1998.
- Palacios Sánchez, Fernando. Derecho de Seguros. En: Seguros Temas Esenciales. Ediciones ECOE. 2005
- Ripert, Geroges y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil. Las Obligaciones. Primera parte. Ediciones. La Ley. Buenos Aires. 1964.
- Ruiz Rueda, Luis. El Contrato de Seguro. Ed. Porrúa. México. 1978.
- Scognamiglio, Renato. Teoría General del Contrato. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996.
- Soler Aleu, Amadeo. El Nuevo Contrato de Seguro. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1969.

- Stiglitz, Rubén. Derecho de Seguros. T. II. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998.
- Vivante, Cesar. Derecho Comercial. Ediar Editores. Buenos Aires. 1952.