

RELATORIA CIVIL Y AGRARIA			
Nº. INTERNO	FECHA	CLASE	OTRO
SC039	26	04	7

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala de Casación Civil

Magistrado Ponente:

Manuel Isidro Ardila Velásquez

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil siete (2007).

Ref: exp. 11001-31-03-022-1997-04528-01

Decídese el recurso de casación interpuesto por la Compañía de Seguros Bolívar S.A. contra la sentencia de 2 de junio de 2004, proferida por la sala civil del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá en este proceso ordinario de Inés Ferreira Bernal contra la recurrente.

I.- Antecedentes

La demanda pidió declarar que con la muerte de Álvaro García Ordóñez acaeció el siniestro a que aluden los certificados de seguro 114307 y 116501, por los cuales el asegurado adhirió a la póliza GR5000, certificados que fueron objeto de dos y una renovaciones, respectivamente, y, como consecuencia, condenar a la aseguradora al pago de la suma asegurada más los intereses causados por dicha cifra.

Alegó como soporte de sus aspiraciones, en compendio, lo que sigue:

Los ameritados certificados individuales de seguro fueron solicitados a la aseguradora por García Ordóñez en septiembre de 1993 y marzo de 1994, por conducto de la Corporación de Ahorro y Vivienda Davivienda, entidad que obró al efecto como tomadora, quedando éstos por ende vinculados a la póliza GR5000.

El primero de los certificados se renovó en forma automática en 1994 y 1995 y el segundo lo fue por una vez en 1995, sin que para ello hubiera diligenciado García Ordóñez *“ninguna declaración de asegurabilidad”* ni suscrito *“ningún formulario relacionado con el estado del riesgo, porque no lo pidió la Compañía de Seguros; que el tomador fue el propio asegurado (...) porque entonces no intermedió Davivienda; que los demás elementos integrantes del seguro y la indicación de la persona beneficiaria del mismo continuaron siendo los mismos de las Solicitudes”* en cuestión.

La suma asegurada en ambos casos fue de \$12'000.000,00 equivalentes, cuanto al primero, a 2.355,0237 upacs y al segundo a 2.158,3743 upacs.

Tras el fallecimiento del asegurado, cosa acaecida en octubre de 1995, la actora, beneficiaria de los amparos, presentó la correspondiente reclamación a la aseguradora; mas ésta objetó el pago, aduciendo que García Ordóñez ocultó su verdadero estado de salud *“en los primeros de los seguros mencionados arriba, que son los de septiembre de 1.993 y marzo de 1.994”*.

Opúsose la demandada; aceptó lo de los amparos y la renovación de los seguros, puntualizando que las tales renovaciones no comportan un nuevo contrato de seguro de vida, el cual nulo *“por reticencia del tomador al momento de su celebración”*.

El ad-quem revocó la sentencia desestimatoria de primera instancia para, en su lugar, acoger las pretensiones.

II.- La sentencia del tribunal

Tras advertir que incontrovertido estaba en el litigio tanto eso de que la aseguradora extendió los certificados de seguro solicitados por García Ordóñez como que éste, al solicitarlos, calló que de tiempo atrás venía padeciendo de diabetes mellitus, se entregó a la tarea de establecer si por causa de ese silencio del asegurado, como lo dedujo el a-quo, el seguro adolecía de nulidad.

A ese propósito y advirtiendo que la apelación proclamaba que la renovación dio vida a un contrato diferente, señaló que amén de irrelevante tal circunstancia a las resultas del juicio, lo cierto es que tal cosa no acaecía, pues que acá *“el contrato es uno con varias renovaciones”*; pero aquello implica necesariamente que el seguro adolezca de nulidad.

Porque –apunta– si bien el artículo 1058 del código de comercio impone declarar sinceramente todas las

circunstancias que influyen en el riesgo, no lo es menos que cita dos eventos en *“que la reticencia o la inexactitud no operan”*, tales, cuando la aseguradora ha conocido o debido conocer antes de celebrarse el contrato las circunstancias que atañen a los vicios de la declaración del tomador, hipótesis en que *“no hay engaño imputable al otro contratante”*, y cuando después de contratar tiene conocimiento de una de las dos cosas y guarda silencio, eventualidad en que *“se entiende que con su inactividad, lo acepta”*, desde luego que lo razonable, tras conocer de la reticencia o la inexactitud, sea *“que adopte las medidas necesarias para no mantenerse en él, diferente a que espere la ocurrencia del siniestro”* para invocarlas en su favor.

Así, a vuelta de hacer hincapié en que la nulidad que deviene de la reticencia o inexactitud del asegurado es relativa, que no absoluta, en cuanto que -según lo halla corroborado en una cita doctrinal- es esa la sanción que prescribe el mentado artículo 1058 en tales hipótesis, en que la voluntad del asegurador resulta afectada, pasó a examinar las circunstancias controvertidas, donde atisbó elementos para concluir que *“la omisión del asegurado en manifestar su estado real de salud”*, que *“no fue verificada con anterioridad a la suscripción del contrato o dentro de su vigencia, y no configura nulidad absoluta del contrato”*, no encarna tampoco nulidad relativa en razón de *“la actitud incuriosa de la demandada”*.

De ese modo lo definió la Corte, recuerda, en fallo de 2 de agosto de 2001, expediente 6146, doctrina que,

prohijada en sentencias de 19 de abril de 1999, expediente 4923, y 11 de abril de 2002, expediente 6825, tiene cabida cuando *“el asegurador, con anterioridad a la celebración del contrato de seguro, tuvo ocasión de ponderar y sopesar el haz informativo a su alcance, y al concurrir su voluntad en el pacto había ya aceptado asumir el riesgo objeto del pacto”*; de tal manera que *“si la aseguradora no verificó la información que con una conducta prudente, exigible a su labor profesional, hubiera obtenido, o renunció a efectuar valoraciones que sin ser en demasía onerosas, resultaban aconsejables para la ponderación del riesgo que se pretendía asegurar, removi6 con ello cualquiera incidencia con fuerza de nublar su consentimiento y se pierde, por tal raz6n, la esencia de la sanción de ineficacia bajo la modalidad que consagra el artículo 1058 mercantil, pues ningún engaño podría en dichas condiciones pregonarse, cuando el asegurador ha conocido la realidad o debido conocerla”*.

Y a6nadi6:

“El conocimiento radicado en el asegurador no es solamente el expreso sino tambi6n el presunto impuesto por ministerio de la ley, que le es atribuible a quien asume el riesgo, en este caso, la sociedad demandada (...) la ignorancia alegada no se torna excusable ante la m6xima diligencia que se exige de su actividad comercial, cuando la conducta observada es pasiva”, seg6n lo puntualiz6 la Corte en el fallo citado.

Ya para rematar explan6 lo siguiente:

“Luego (...) es claro que de acuerdo con lo anteriormente señalado, cuando el tomador o asegurado expresa ciertas circunstancias, pero tales manifestaciones aunque sean inexactas no están prevalidas de culpa por su parte, es decir, que esas afirmaciones las ha hecho porque las creyó pertinentes, no se puede pretender una declaración de nulidad del contrato, porque es carga del asegurador facilitar los medios para obtener la totalidad de los datos que conduzcan a la formación de un adecuado conocimiento sobre el estado del riesgo y si no lo hace y el tomador cumple con la información sin encubrir por culpa las circunstancias más relevantes del riesgo, no se puede alegar la reticencia o inexactitud porque no se hayan suministrado ciertos datos. Además porque no está demostrado en qué medida la omisión afectó la capacidad decisiva de la compañía aseguradora para no haber contratado o haberlo hecho en otras condiciones diferentes a las pactadas”.

III.- La demanda de casación

Tres cargos contiene la demanda, los dos primeros formulados al abrigo de la causal primera de casación y el tercero de la causal 2ª, del que no obstante su cariz in-procedendo se excusa su estudio pues al paso que envuelve sólo una parte de la sentencia impugnada los otros dos están llamados a prosperar.

Primer cargo

Acusa la violación directa de los artículos 1058 y 900 (inciso 1º) del código de comercio y 1508 y 1741 del código civil.

Memora cómo el tribunal estuvo persuadido de que para García Ordóñez no era desconocido que padecía diabetes mellitus al solicitar el seguro y sin embargo afirmó en la tal petición que no adolecía de enfermedad alguna.

Y tras ello asienta la siguiente premisa:

“No cabe duda que tanto para el Tribunal como para el Juzgado de primera instancia, el señor GARCÍA ORDÓÑEZ obró de mala fe en la etapa precontractual, pues expresa y deliberadamente ocultó la existencia de una enfermedad que él conocía y respecto de la cual hubo pregunta expresa en la solicitud de seguro”.

Así las cosas, no podía entonces aplicar una de las excepciones que trae el artículo 1058 en punto de la nulidad que por reticencia o inexactitud del asegurado estatuye el precepto; convirtió la excepción en regla desnaturalizándola. Al tribunal concernía *“escoger entre las consecuencias jurídicas de un acto de mala fe o las consecuencias jurídicas de un acto de reducida diligencia (a pesar de que el suscrito considera que no se puede calificar así)”*.

Ya que ante el *“hecho inobjetable e incluso confesado (...) consistente en que el asegurado fallecido **ocultó intencionalmente** a la aseguradora la existencia de una enfermedad por la que expresamente se le preguntó”, el ad-quem tenía que “aplicar los artículos 863 y 900 del C. de Co., pero en especial el artículo 1058 del Código de Comercio que impone **una obligación** al tomador-asegurado del seguro,*

*de actuar **de buena fe** como regla imperativa de conducta y que de hecho prevé que la falta a esa obligación sólo se subsana con una **conducta negligente** de la aseguradora”.*

Pero optó por “*considerar subsanada la mala fe del asegurado, razonamiento que lleva inobjetablemente a la conclusión de que en el sentir del Tribunal, a la aseguradora ‘le faltó diligencia’ o fue ‘negligente’. Ante la contundencia de los hechos puestos en la balanza, a saber, en un lado la mala fe y en el otro la ‘poca diligencia’, le dio efectos jurídicos a esta última, con fundamento en una sentencia de casación”, sin hacer cuenta, cual si fuera poco, de que la hipótesis del antecedente jurisprudencial no coincide con el de ahora, pues en el caso de allí tratábase de un asegurador que, a pesar de que el examen médico al asegurado dio un resultado desfavorable al riesgo, insistió en expedir la póliza.*

No es esa la eventualidad que figura en esta controversia, todo lo más porque el asegurado accedió a la póliza –de grupo- por intermedio del Banco Davivienda, dentro del marco de lo que se denomina “mercadeo masivo”, un servicio adicional prestado por la entidad financiera; en esas circunstancias no es dable esperar del asegurador la misma conducta que se exige tratándose de una póliza de seguro individual, pues ello es imposible; “*piénsese por ejemplo en el costo y el manejo administrativo de exámenes médicos para amparar los deudores de un banco, sus cuentacorrentistas, o porqué no, los empleados de una empresa, los empleados del sector público, etc.*”

En fin, el juzgador exigió de la aseguradora una *“conducta que la norma no prevé”*, atribuyendo a la expresión *“ha debido conocer”* que aparece en ella *“el carácter de obligación a cargo de la aseguradora, desbordando la facultad interpretativa y convirtiendo lo que la ley tiene previsto como una carga en una obligación de inexcusable incumplimiento”*; de atenerse a esa inteligencia tendríase *“que en todos los casos, para que en el seguro de vida pueda producir efectos la nulidad relativa (...) la aseguradora debe practicar exámenes o valoraciones médicas, pues de lo contrario jamás se entenderá viciado su consentimiento aunque el tomador haya actuado con el mayor dolo posible”*.

La norma *“consagra sólo una obligación que se radica en cabeza de quien solicita una póliza, y que se constituye en una expresión más del principio de máxima buena fe que gobierna el contrato de seguro. Con la regla que ha establecido el tribunal, la mala fe, el engaño, y el dolo pasan a un segundo plano y quedan condicionados a producir sus efectos, única y exclusivamente si la compañía de seguros realizó las valoraciones que en criterio del juez eran necesarias”*, dejando un precedente ilegal e inmoral.

Segundo cargo

Achaca el quebrantamiento indirecto de los artículos 900 y 1058 del código de comercio y 1508 y 1741 del código civil, a causa de error de hecho en la contemplación de las pruebas.

Lo despliega sobre la base de que el tribunal no dio ningún valor a las solicitudes de seguro; a pesar de que las refirió deduciendo de ellas que el asegurado ocultó la verdad sobre la existencia de su padecimiento, no les dio ningún valor, pues, en efecto, para él *“no importa lo respondido en ellas, sólo interesa que la aseguradora no verificó si la información era cierta”*.

El caso es que la aseguradora sí se allanó a cumplir con la carga de sagacidad o diligencia que va implícita en el artículo 1058, en particular al inquirir al asegurado si padecía de diabetes; y si respondió que no, *“qué conducta adicional de la aseguradora esperaba el juez de segunda instancia (...) tenía que presumir que las respuestas eran mentirosas y proceder de todas maneras a hacer los exámenes médicos? O es que cada vez que un asegurado dice que no sufre de una enfermedad, tiene la aseguradora la obligación de hacer un examen para comprobar que efectivamente no la tiene? (...) para que sirve entonces la solicitud de seguro, si lo allí consignado, especialmente cuando son respuestas negativas, tiene que ser verificado?”*.

Después de plantear que *“realmente lo que la sentencia da por sentado es que las solicitudes de seguro se diligencian de mala fe”*, observa cómo en ese orden desconoce la presunción de buena fe de que habla la Carta Política y que constituye principio general del derecho, pues consideró que las *“declaraciones mentirosas”* debían ser verificadas, algo que no es de ese modo. Un profesional diligente de los seguros no debe presumir la mala fe de su

futuro contratante cuando manifiesta que no padece ninguna enfermedad, pues que si bien la carga de sagacidad le impone el deber de informarse, *“no puede llegar al extremo de exigir del profesional la verificación de todas y cada una de las informaciones que recibe. De lo contrario deja de ser una carga para convertirse en una obligación casi con objeto imposible”*, todo sin contar con que lo de la falta de diligencia es afirmación huérfana de prueba.

La sentencia no comprendió el alcance de la nulidad relativa alegada en la contestación de la demanda; probado quedó que la aseguradora indagó por la enfermedad, que el asegurado, quien tenía pleno conocimiento de la enfermedad, mintió cuando se le preguntó. Sin embargo, el fallo no trae una sustentación lógica ni fáctica de la que se establezca el nexo entre lo probado y las conclusiones del juzgador; *“[m]ientras la aseguradora demostró la mala fe del asegurado, el ad quem, sin soporte probatorio alguno, sin hacer mención a ninguna evidencia que le permita aseverar que la aseguradora fue negligente, extrae de la nada la conclusión de que la demandada ‘no verificó la información que con una conducta prudente hubiera obtenido’”*.

Consideraciones

A una se despachan estos cargos, pues entrambos, aunque uno por la vía directa y el otro por la indirecta, reconviene al tribunal por no haber extraído de la mala fe que del asegurado hubo cuando declaró el estado del riesgo, la consecuencia que el artículo 1058 del código de

comercio apareja en tal hipótesis, a saber, la nulidad relativa del seguro, razón por la cual, en ese orden, justificado viene su estudio conjuntado.

Pues bien. Si hubo algo pacífico en el pleito fue eso de que al diligenciar los formularios de seguro García Ordóñez calló su enfermedad -de la que sabía de tiempo atrás, como que venía siendo tratado médicamente por cuenta de ella-, todo a pesar de que el respectivo formulario le indagó por sus dolencias de salud y concretamente por la 'diabetes mellitus' como circunstancias que podían afectar el estado del riesgo y, al paso, el consentimiento del asegurador.

De allí que cuando la controversia litigiosa echó a andar no se puso mayor empeño en averiguar si omiso fue el asegurado, porque de hecho era cosa indiscutida. Atareados viéronse los contrincantes en asunto bien diverso; establecer si verdaderamente lo de la renovación hacía que ese silencio pasara a segundo plano, cual venía proclamándolo la demanda, o, hasta qué punto aquél, conforme lo argumentaba en su defensa la aseguradora, arruinaba el seguro, esto bajo el entendimiento de que el precepto 1058 sanciona con nulidad relativa o con la reducción porcentual de la indemnización la reticencia o inexactitud del tomador o el asegurado, según afloren las condiciones que en punto de la culpabilidad se ofrezcan en cada caso particular.

La tesis de la renovación no tuvo acogida; pero con todo y ello, la respuesta que encontró el tribunal al cuestionamiento que hacía la aseguradora resultó asaz

concluyente; el asegurado –dijo- obró siempre de buena fe, sin culpa, pues al responder las preguntas que le fueron formuladas contestó lo que creyó “pertinente”, eventualidad por la cual ya la sanción de nulidad no tiene cabida, tanto más si el asegurador, en quien corría una carga de “máxima diligencia”, no la atendió, como que se abstuvo de realizar las valoraciones necesarias para la adecuada ponderación del riesgo.

No ha menester ir muy lejos, sin embargo, para comprobar que tal apreciación de las cosas no fue afortunada; porque convenir en semejante interpretación equivaldría a una distorsión de lo expresado por la Corte en los fallos que, citados a pedazos y de manera descontextualizada, trae en abono de sus conclusiones el tribunal pretendiendo justificarlas, sin comprender que nunca esta Corporación ha prohijado tesis semejante; de ahí que amén de la casación de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria, que por cuenta de lo dicho viene ineluctable, convenga hacer las precisiones de rigor, oyendo el clamor del casacionista que perplejo –dice él- ante la persistencia de los tribunales en tergiversar la doctrina de la Corporación, así lo solicita.

La declaración de asegurabilidad, que es el punto en que debe centrarse la atención en esta especie litigiosa, no es ciertamente cosa de poca monta al indagar sobre la eficacia del seguro; su significado, mirado de antemano en la panorámica general de los contratos, denota unos rasgos que permiten atalayar sin mayor dificultad su indiscutible importancia, a tal extremo que la doctrina especializada sostiene que si bien en todo tipo contractual

existe una carga de buena fe en los contratantes regida por el artículo 871 del código de comercio, en el terreno del seguro los alcances de esa buena fe son de mayor resonancia; hay en la relación aseguraticia una elevación exponencial del principio de la buena fe a su más prístina manifestación, aquello denominado *uberrimae bona fidei*, la más refinada expresión de la transparencia que debe ir ínsita en las declaraciones de voluntad.

Que todo brille con intensidad es, pues, lo que se espera. Es un principio que ha de gobernar todo ámbito contractual, y no sólo el de seguro. En ningún lugar, por cierto, hay sitio para la ocultación, los escondimientos, el disfrazar o soterrar las cosas, porque, como actitudes engañosas que son, están consideradas –si ya no es que se emplean para el ejercicio y perfección de artes histriónicas– como antípodas del decoro y nadie dudará, así, en condenarlas. ¿Cómo negar que todo contrato, cualquiera que sea, se resiente ante la falta de sinceridad de uno de sus celebrantes, si es que su esencialidad, el consentimiento, bien podría ser que resultase maltrecha? No se trata entonces, en rigor, de que sólo el contrato de seguro deba ponerse a cubierto de tan insanas prácticas, y que, en lo demás, reine la permisón para que la falacia se instale allí muy a su sabor. No. Ser consciente de que a otro se engaña, merece la reprobación en todo lado. Aquí, allá y acullá. Por acción y por omisión. Porque callando también se engaña. El silencio, que en ocasiones hasta virtuoso se juzga, puede devenir pernicioso en el mundo jurídico; silencios los hay desde bienhechores, inofensivos, deformadores y hasta tramposos. Plausibles y condenables.

No revelar a otro lo que le resulta útil para que el consentimiento expresado haga perfecta ecuación con su voluntad interna, enrarece el ambiente comercial y lo hace brumoso. Caso típico lo suministra el de los vicios redhibitorios, en donde no se puede callar no sólo lo que se sabe y conoce sino lo que pudo o ha debido conocerse.

Si, pues, el de la buena fe es un principio general, ¿qué de particular es lo que tiene el seguro? Ya se dijo cómo es común decir que aquí, en el seguro, esa buena fe sube de punto, y que ella ha de ser pletórica. En estrictez, se requiere mucho ingenio y no poca sutileza para que las virtudes puedan admitir grados. Es imposible, por ejemplo, ser casi honrado. Porque el asunto es de serlo o no, sin términos medios. La buena fe no puede ser más buena o menos buena. O lo es, o definitivamente no la hay. Si así no fuera, también en el extremo opuesto debiera haber semejante jerarquización, y hasta ahora sólo se oye mentar a los que son de mala fe, así con llaneza. Suele decirse igualmente que es un contrato de confianza. Pero, bien miradas las cosas, no es característica que atañe exclusivamente al seguro; recuérdese no más que dentro de la teoría de la gestión de negocios ajenos caben muchos otros.

Lo que de veras viene a acontecer es que, dado que de lo que se trata es de colocar a cargar a otro un riesgo ajeno, de toda obviedad es que ese otro quiera y deba conocer de cerca el mayor número de detalles y circunstancias que incidan en el riesgo que asume. Y para ello se ha ideado lo que se conoce como declaración de

asegurabilidad; en él debe el asegurado declarar sinceramente lo que de interés resulte para el asegurador; no sólo no debe ocultar, simular, sino evitar el silencio que impida al asegurador conocer cabalmente el riesgo.

La declaración de asegurabilidad es en principio, de acuerdo con estas nociones, el vehículo por el cual el conocimiento de las circunstancias que definen el riesgo llega al asegurador; de ésta extrae los elementos que le permitirán hacer las evaluaciones que con arreglo a los postulados de la ley de los grandes números lo conducirán bien a asumirlo ora a rehusarlo; y como es por boca del eventual tomador que puede enterarse del estado del mismo, se impone en él una carga de responsabilidad y solvencia acaso distinta de la que es común en otros escenarios contractuales, cuyos trazos deben corresponder estrictamente a los dictados del artículo 1058 citado a la hora de informar al asegurador los pormenores del riesgo.

Es por ello que esa declaración ha de ser sincera como al efecto lo manda el aludido precepto 1058 al estatuir que “[e]l tomador estará obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinen el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador”, lo que por antonomasia significa que por cuenta de esa carga de comunicación, está obligado a suministrar una información fidedigna, veraz y oportuna; su actuar, en orden a responder a tal exigencia, presupone desde el instante mismo en que los acercamientos entre las partes empiezan a materializarse, honradez, probidad, honorabilidad, transparencia y diligencia sobremanera, no

sólo porque el asentimiento del asegurador lo demande, sino en la medida de que no obrar con sujeción a esos dictados el severo régimen sancionatorio concebido por el legislador para esos casos conducirá a la ineficacia del contrato.

Que la norma establezca que “[f]a 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”, y que a renglón seguido añada que “[s]i 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 riesgo”, son cosas que muestran de modo inequívoco la intransigencia del legislador al exigir del tomador un proceder intachable, pues al determinar con tal precisión las consecuencias de la falta de fidelidad en la declaración de asegurabilidad, no está diciendo otra cosa que en estos terrenos no hay sitio para la turbiedad o las sombras, por supuesto que al depender la cabal estimación de los riesgos objeto de cobertura y, por consiguiente, la liquidación de la prima respectiva, de esas atestaciones del tomador, quien en tal virtud “*ha de decir todo lo que dice y ha de decir todo lo que sabe*”, drástica debe ser la sanción en la eventualidad de que éstas tengan cualquier tipo de tacha.

La buena fe del tomador, ahí, mirada en sus dos facetas (subjetiva y objetiva), alcanza resueltamente sus niveles más fúlgidos; así, aludiendo a la faz subjetiva, impera del tomador que obre por sobre todo en la creencia

sicológica de que lo hace conforme a derecho, de modo rectilíneo [sin perjuicio de que esté equivocado] y de la objetiva, que trascendiendo esa frontera subjetiva acate precisos cánones o reglas de conducta o de comportamiento, los cuales, proyectados en la esfera negocial y prenegocial, tiendan a la satisfacción y salvaguarda de los intereses ajenos que su proceder involucra, pues que de lo contrario acabará por eclipsar los efectos bienhechores que derivan de la buena fe.

Otro aspecto a destacar es el de que esa información que brinda la “declaración de ciencia” del tomador, según lo permite deducir con nitidez la norma, puede ser dirigida, caso en el cual el asegurador formula al solicitante del seguro una serie de preguntas concretas en un cuestionario con miras a conocer por esa vía las circunstancias más relevantes del riesgo, o bien espontánea, evento en que media una *“solicitud genérica de información que el asegurador plantea al tomador sobre hechos y circunstancias del riesgo que a juicio del solicitante resulten significativas para el asegurador”* (Cas. Civ. Sent. de 19 de mayo de 1999, epx. 4923), alternativas por las que puede optar, claro, sin perjuicio de la potestad que tiene de adelantar sus propias pesquisas en pos de evaluar qué tan probable puede ser el advenimiento del riesgo y, por lógica consecuencia, del nacimiento de la obligación condicional que el seguro radica en él; empero, con prescindencia de que se incline por una u otra vía para adquirir ese conocimiento, es posible, incluso, que el contrato se perfeccione sin ningún tipo de averiguación de parte del asegurador, caso en el cual –de acuerdo con el criterio doctrinal que viene aludiéndose–

“debe entenderse la manifestación tácita de la aseguradora de asumir el riesgo, cualquiera sea la probabilidad del daño que gravite 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”.

Y aunque sin duda el predicho deber de información no decae en ninguno de esos casos, tiene señalado la Corte, empero, que tratándose de una declaración espontánea éste se morigera *“y por ende se reduce el nivel de exigencia para la configuración de la reticencia o la inexactitud como causales de nulidad relativa del contrato, porque si es el asegurador quien por razones técnicas cuenta con los elementos de juicio que permitieran precisar el tipo de información requerida, entonces debió acudir a una declaración dirigida”* (Sentencia citada).

Pues bien. Todo el recorrido teórico traído hasta acá tiene por fin resaltar cómo aunque en verdad la *“declaración de ciencia”* desempeña en la conformación de la relación aseguraticia un fuerte papel, en tanto que es en ella donde el asegurador hace pie para evaluar en qué medida cabe la asunción del riesgo a la vez que proporciona las bases para calcular la prima, existen circunstancias determinadas de antemano por el legislador que propugnando por el equilibrio contractual ponen cortapisas al asegurador a la hora de rehusar el cumplimiento de su obligación por la ausencia de sinceridad en esa información; éstas impiden al asegurador prevalerse de toda falta de

fidelidad del solicitante del seguro para beneficiarse con la nulidad del contrato.

Al tenor del último inciso del precepto 1058 se tiene, en efecto, que las sanciones de que habla la norma "*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*", lo que sentencia a las claras cómo no toda esa carga de lealtad de que se viene hablando corre exclusivamente por cuenta del asegurando; al asegurador, es ostensible, también concierne e interesa ésta, razón por la que, con prescindencia de la declaración de ciencia del asegurado, debe asesorar e informar al tomador de todas las circunstancias que conoce dado su profesionalismo y puedan orientar la voluntad de aquél, en el entendimiento de que de cualquier manera cuenta con la posibilidad de realizar investigaciones tendientes a determinar el verdadero estado del riesgo; al depositar su confianza en el tomador puede *motu proprio*, aunque sin estar obligado a ello, entrar en indagaciones para "mejor proveer, si así lo estima aconsejable".

Háblase acá del conocimiento presuntivo del estado del riesgo, tema de importantes repercusiones cuando de la nulidad que deriva de reticencias o inexactitudes del asegurado se trata; dicho conocimiento, que no puede entenderse total, pues que en realidad la inspección directa del riesgo no implica de suyo el conocimiento cabal del mismo -concepto sobre el que adelante la pertinente

puntualización- “[s]upone sí, el conocimiento de todas aquellas circunstancias que un asegurador diligente habría percibido con las inspecciones, o reconocimientos hechos en el caso concreto” (sentencia citada), asunto en que por razones no es factible hacer de lado el cariz profesional que va envuelto en la actividad que de ordinario realiza el asegurador.

Al respecto es de verse que si el asegurador es quien libremente determina el alcance de su conocimiento acerca del riesgo, al cual accede por cualquiera de los caminos que referidos han quedado, es palmar que sólo frente a tales indagaciones es que adviene aplicable el conocimiento presuntivo que impide las sanciones por reticencia o inexactitud del tomador en la declaración de asegurabilidad, pues esto es lo predicable con vista en lo dispuesto por el artículo 1058, con arreglo al cual las dichas sanciones no proceden si éste “*conocía o debía conocer*” los hechos sobre los cuales versan los vicios de la declaración. Y ya se sabe, ‘*debido conocer*’, conforme al criterio esbozado en el citado fallo de 19 de mayo de 1999, que es la expresión inserta en la norma, impera que el asegurador “*al momento de determinar el estado del riesgo, debe ser diligente, o sea que no es de su arbitrio exigir del tomador una cualquier prueba o declaración, descartando o guardando silencio sobre aspectos relevantes, y mucho menos dejando a su sola voluntad las manifestaciones o pruebas para la determinación del verdadero estado del riesgo, sino que, se repite, debe asumir un comportamiento condigno con su actividad, dado su profesionalismo en tal clase de contratación*”.

Adrede se pone especial acento en esto, porque no es que en toda hipótesis el matiz profesional de la actividad del asegurador destiña los efectos de la ausencia de sinceridad del solicitante del seguro y por ende excluya de tajo la nulidad del seguro, como apuradamente lo concluyó el tribunal citando en apoyo el sobredicho pasaje del fallo; ni por asomo la Corte ha prohijado una tesis de semejantes alcances, ni allí ni en fallo de 2 de agosto de 2001, referido también por el ad-quem al sostener que pesando en el asegurador un deber de máxima diligencia y previsión, ningún efecto podía derivar de los vicios de la declaración de asegurabilidad del señor García Ordóñez.

Como fácil se ve, otro es el contenido de esa carga de diligencia impuesta en el asegurador, de la cual, por lo demás, habla la mentada sentencia de 2 de agosto de 2001, donde a propósito de un caso donde disputábase si la sanción de nulidad había de sobrevenir fatalmente no obstante que el asegurador tuvo elementos a la mano para dudar de la fidelidad de la declaración de ciencia otorgó la cobertura, precisó la Corporación que justamente en tales eventualidades obra ese conocimiento presunto que ataja la ineficacia del contrato, en particular sobre reparar en el jaez profesional que reviste la actividad que tales instituciones desempeñan en ese ámbito.

Lo del cariz profesional inherente a la actividad aseguradora es cosa que no admite discusiones. Mas, el trasunto de todo está en que al ponderar los alcances del concepto “debido conocer” de que da cuenta la norma, es indispensable comprender que si el asegurador, teniendo a

su alcance la posibilidad de hacer las averiguaciones que lo lleven a establecer el genuino estado del riesgo, omite adelantarlas, no obstante que cuenta con elementos que invitan a pensar que existen discrepancias entre la información del tomador y la realidad, queda irremisiblemente vinculado a la relación aseguraticia sin que al efecto pueda invocar la nulidad para enervarla, pues en entredicho su diligencia y el cardinal principio de la prudencia –en últimas su profesionalismo–, es claro que en tales condiciones emerge un conocimiento presunto de *“los hechos y circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración”*, por lo que la nulidad ya no obra, desde luego, insístese, que el enteramiento anterior se yergue como una de las excepciones concebidas por el legislador para que la nulidad no opere fatalmente (sublíneas intencionales).

Así que si bien al asegurador incumbe adelantar todas las averiguaciones tendientes a esclarecer en qué medida la “declaración de ciencia” no responde a la carga de sinceridad que concierne al “asegurando”, es palmar que ello no merma de ninguna manera la obligación que a este último corresponde; en buenas cuentas, edificado el contrato de seguro sobre la base de la buena fe, empezando por la del tomador, quien desprendido de toda reserva debe, con el carácter de exigencia, informar cabalmente al asegurador de esos hechos y circunstancias relevantes frente al riesgo, es de total obviedad que en pos de establecer hasta qué punto hubo desidia del asegurador es preciso escudriñar antes que nada cuál fue la actitud que asumió el tomador; porque si hay vestigios de reticencia y el asegurador estuvo en posibilidad de establecerlo, no habrá modo de sostener

que la nulidad se configuró, pues entonces es de suponer muy fundadamente que la aseguradora decidió, con todo, asumir el riesgo en esas condiciones; pero si, al contrario, el devenir de las cosas resultó tal que nada autoriza a pensar que la declaración no fue fidedigna, la excepción que consagra el precepto 1058 a efectos de que opere la nulidad no tendrá forma de aplicarse.

Tal criterio es el que recoge el tantas veces mentado fallo de 2 de agosto de 2001; díjose en éste, como de hecho aparece en el fragmento reproducido en la sentencia objeto de impugnación extraordinaria, que el conocimiento del asegurador a que alude el artículo 1058 no sólo es el real -o efectivo-, esto es el directo y consciente, sino igualmente el presunto, vale decir el que brota de la *“falta de diligencia radicada en cabeza de un profesional en el riesgo, predicable de ciertos y determinados hechos que, por su connotación, podían haber servido para elucidar las circunstancias fidedignas que signaban al riesgo, en su estado primigenio”*; y de la misma forma expúsose que *“si en su condición indiscutida de profesional -con todo lo que ello implica- asintió en forma libre, amén de reflexiva y, por contera, aceptó celebrar el negocio jurídico asegurativo, es porque entendió que no existía un obstáculo insalvable o ninguna dificultad mayúscula llamada a opacar su voluntad o, que de haberla, sólo en gracia de discusión”*, como también da en anotar lo la sentencia impugnada.

Mas, es inobjetable, los alcances de ese deber que como profesional pesa sobre el asegurador no efunde de la denotada característica de su actividad; la condición de

profesional, verdaderamente, es apenas una de las aristas a ponderar cuando se establece que hubo ocultamiento de información por parte del asegurado, cual en efecto lo señala el fallo de 2 de agosto de 2001, donde observó la Corte que la *ratio* de la exclusión reside en que el asegurador “*previamente a la celebración del contrato, ha conocido –o debido conocer- la existencia de la reticencia o de la inexactitud, bien por intermedio del tomador in potentia, bien a través de las indagaciones, investigaciones o pesquisas adelantadas por el empresario del riesgo, en forma voluntaria (ex voluntate) o facultativa, apoyado en expertos*”, lo cual equivale a decir, lo agrega ese fallo, que “*el asegurador, con anterioridad, tuvo ocasión de ponderar y sopesar el haz informativo reinante*” (sublíneas intencionales).

Y todo porque el aducido deber –o carga- que arroja al asegurador, “*no borra -o diluye- la obligación precontractual de declarar el 'verdadero' estado del riesgo que, por excelencia, le incumbe al candidato a tomador, por manera que, a pretexto del mismo, no es lícito reducir su radio de acción y menos su vigencia general, puesto que la diligencia del empresario, exigible por tratarse de un profesional familiarizado con el manejo del riesgo, como se anotó, no puede llevarse hasta el extremo de hacer nugatorio, en sí, el mecanismo correctivo en cita*”.

Así que, por vía de ejemplo, tratándose del estado de salud del solicitante de la póliza, que es justamente la hipótesis que ocupa la atención de la Corte, si el asegurador opta por la práctica de exámenes médicos al asegurado para determinarlo, o bien se inclina por formularle un cuestionario

donde lo indaga sobre ése, es evidente que tanto en uno como en otro caso *“debe atender y meritar su resultado, en forma tal que si por alguna razón son aptos para revelar o sugerir una cualquiera patología objetiva, será de su cuenta y riesgo profundizar en la misma (etiología, posibles efectos, eventual tratamiento, etc.), toda vez que el no hacerlo, estándole ello a su alcance, de hecho lo vincula (conocimiento presunto), dado que se pondría en entredicho su diligencia y prudencia, in concreto, su profesionalismo, activándose de inmediato la excepción contemplada en el tantas veces aludido inciso cuarto del artículo 1058 del cuerpo comercial (...) [y] Lo mismo acontecerá cuando el empresario, en forma inopinada, contrariando una experticia médica –tal y como tuvo lugar en el presente asunto litigioso-, desatiende la recomendación de uno de sus galenos, en el sentido de investigar un poco más al auscultado, en atención a la presencia de algunas señales reveladoras e inquietantes detectadas en desarrollo de exámenes clínicos o de laboratorio rutinarios, precisamente practicados para dichos menesteres”* (sublíneas ajenas al texto).

A cuenta de todo lo anterior la Corte señaló a manera de tesis general, que, en línea de principio, al intérprete del contrato corresponde evaluar cuidadosa y racionalmente la conducta asumida por los extremos de la relación comercial a lo largo del *iter* contractual, con el propósito de establecer, *“en primer lugar, si en efecto el tomador quebrantó la carga de declarar fidedignamente los hechos o circunstancias determinantes del estado del riesgo. Y en segundo término, sólo en caso de que sea conducente, si no obstante existir un vicio en la declaración*

de asegurabilidad, el asegurador conoció o debió conocer -por su calificado oficio- los hechos que le sirvieron de apoyatura, todo sin perjuicio del tópico de la carga de la prueba (onus probandi), hipótesis éstas que para su comprobación reclaman: buen juicio y sindéresis, muy especialmente en relación con la última de las mencionadas, dado el conocido grado de subjetivismo que la escolta (“...debió conocer”), el que aconseja prudencia, en orden a no restarle, sin fundamento atendible y razonable, fuerza jurídica a las -relevantes- reticencias e inexactitudes que, sin ambages, erosionen el axioma de la buena fe y que contaminan, de paso, el proceso volitivo en cabeza de la entidad aseguradora, materia de esmerada atención universal por parte de los ordenamientos vigilantes de la preservación del equilibrio contractual” (sentencia citada).

Ya recapitulando, bueno es reiterar que la esencia de todo está en la declaración de asegurabilidad, por cuya virtud se hace el asegurador a la información atinente a las circunstancias que afectan el estado del riesgo; la asunción del mismo y el cálculo de la prima se apoyan en la que allí brinde el tomador, quien [sea ésta dirigida o espontánea] tiene en sus hombros una carga de responsabilidad y solvencia que le impone comunicar al asegurador de manera fidedigna, veraz y oportuna de aquellas circunstancias, porque de no ser así nulidad relativa del contrato deviene como sanción del negocio; tal carga de lealtad hace ecuación con el deber de información que a la par gravita también en el asegurador, el que, entonces, dado su profesionalismo en el seguro está llamado a orientar al tomador en esa fase de conformación, de suerte que por

cuenta de ello considera la ley que adquiere un conocimiento presuntivo del riesgo, sin que, desde luego, esto signifique que por ese conducto ha de entenderse enterado de aspectos que desbordan los confines de esas indagaciones, sobre los cuales, es natural, no hay lugar a suponer ese conocimiento.

Vistas las cosas desde la anterior perspectiva, fácil se descubre el yerro estruendoso del tribunal al juzgar el caso, pues al restar todo efecto a las declaraciones de asegurabilidad que suscribió el asegurado Álvaro García Ordóñez faltando ostensiblemente a esa carga de sinceridad de que se viene hablando y, al paso, descargando en la demandada un deber que en las condiciones referidas no tenía porqué soportar, acabó desentendiéndose de lo que materialmente asoma de las solicitudes mismas y, por sobre todo, presionando indebidamente los linderos del artículo 1058 citado.

Ya que evidenciado a cual más eso de que García Ordóñez desacató el deber de sinceridad radicado en él, no podía menos el juzgador que concluir que en ese estado de cosas, al callar su real estado de salud muy a pesar de que medió un cuestionario donde no sólo se le indagó acerca de sus antecedentes médicos sino que concretamente se le preguntó si padecía de 'diabetes mellitus', la buena fe, en el estadio que reclama la relación aseguraticia, estaba más que descartada.

Por cuanto que siendo ésta la creencia psicológica de que se obra con probidad, corrección o lealtad,