

Un réquiem por la declaración del estado de riesgo

Luis Eduardo Clavijo, vicepresidente Jurídico
Fasecolda

No pueden ser desconocidas las reivindicaciones sociales que, con el desarrollo de la acción de tutela establecida en nuestra Carta Política, se han dado en nuestro país. En efecto, la protección de derechos fundamentales bajo un mecanismo ágil y efectivo es, sin duda, un gran avance en la compleja labor de administrar justicia.

El rol que ha ocupado la acción de tutela es fundamental y, en la gran mayoría de fallos, con acierto ha llegado a todos los ámbitos de la actividad económica, lo cual ha generado que se recupere, en alguna medida, la credibilidad en la rama judicial. Ahora bien, no es una labor sencilla del juez constitucional poder armonizar el derecho común y la aplicación de preceptos constitucionales en aras de la protección de los derechos fundamentales en un caso concreto. La Constitución, en su artículo 86, es clara al disponer que «esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.» Este mandato le imprime un carácter subsidiario a la tutela, lo cual hoy en día se ha venido desdibujando, con claro desplazamiento del derecho común y del juez natural, por lo que me atrevo a afirmar que se ha generado un abuso en la utilización de esta acción.

El derecho de seguros no ha sido ajeno al uso desbordado de esta protección constitucional y tanto su normativa como la jurisdicción propia que resuelve las controversias contractuales también se han visto desplazadas por la intervención del juez constitucional, quien en muchos casos ha venido desconociendo normas fundamentales de la institución aseguradora.

Un punto relevante es dilucidar si cuando se presenta un desconocimiento de los preceptos aseguradores, como la declaración del estado del riesgo, en aras de una protección del orden constitucional, no se estaría afectando el ejercicio de la actividad aseguradora, de tal forma que incluso se ponga en riesgo su operación.

En tal sentido, el profesor Efrén Ossa sostiene que «el asegurador no puede asumir los riesgos, sin conocer antes su extensión, vale decir el grado de peligrosidad que ellos

encierran. Y la fuente natural de ese conocimiento no es otra, no puede serlo (si se considera que la gradación del riesgo responde a un complejo de circunstancias de orden objetivo y subjetivo), que el tomador mismo a quien ordinariamente hay que suponer en contacto con la relación asegurable»¹.

Lo anterior, sin desconocer que el asegurador tenga, sin ser obligatorias por mandato normativo, otras fuentes para conocer el estado del riesgo, tales como los exámenes médicos, las inspecciones etc., las cuales complementarían esa labor de conocimiento, con el fin de poder tomar una determinación sobre su aseguramiento o sobre una correcta tarificación.

Adicionalmente, ha resultado claro que la aplicación de la sanción de nulidad relativa del contrato, por reticencia sobre los hechos o circunstancias que delimitan el estado del riesgo², no requiere de una relación de causalidad con los orígenes configurativos del siniestro. Lo anterior, entre otras razones, tiene sustento en que la finalidad de dicho precepto es que, en aras de la protección de toda la mutualidad asegurada, se tenga un correcto juicio de cara al aseguramiento y tarificación de todos y cada uno de los riesgos que la componen.

La Corte Constitucional, en ejercicio de la protección de los derechos fundamentales, se ha ocupado en reiteradas sentencias de estos aspectos que, como ya lo he afirmado, no están en la normativa, es decir, de la práctica de exámenes médicos al asegurado por parte de la aseguradora y de la obligación del asegurador de probar un nexo causal entre las circunstancias de ocurrencia del siniestro y las reticencias o inexactitudes sobre el estado del riesgo.

➔ Un punto relevante es dilucidar si cuando se presenta un desconocimiento de los preceptos aseguradores, como la declaración del estado del riesgo, en aras de una protección del orden constitucional, no se estaría afectando el ejercicio de la actividad aseguradora, de tal forma que incluso se ponga en riesgo su operación.

Para el caso de la práctica de exámenes médicos, la Corte los ha exigido como imperativos, si la aseguradora pretende alegar preexistencia o la nulidad por reticencia u omisión. Así, ha señalado la Corte que «la aseguradora fue negligente al omitir realizar los respectivos exámenes médicos o exigir la entrega de unos recientes, para así determinar el estado de salud de la peticionaria. Por este motivo, no es posible que, ante la ocurrencia del riesgo asegurado, alegue que la enfermedad que lo ocasionó es anterior al ingreso de la señora a la póliza de vida deudores»³.

1. Efrén Ossa, Teoría General del Seguro, Bogotá, Editorial Temis, 1991, pág. 225

2. Código de Comercio, 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.

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.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpa 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, excepto lo previsto en el artículo 1160.

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.

3. Corte Constitucional, sentencia T-832 de 2010, magistrado ponente, Nilson Pinilla.

Y en materia de causalidad, ha sostenido la Corte que «es por esto que, en caso de que la aseguradora alegue la existencia de la figura de la “reticencia”, deberá demostrar el nexo de causalidad entre la preexistencia aludida y la condición médica que dio origen al siniestro, de forma clara y razonada, y con fundamento en las pruebas aportadas en el expediente. De esta manera, la aseguradora es la parte contractual que tiene la carga de probar dicho elemento objetivo para efectos de exonerarse de su responsabilidad en el pago de la indemnización»⁴.

➔ El activismo judicial en materia constitucional viene distorsionando la forma en que las aseguradoras pueden conocer el estado del riesgo, generándoles, a su vez, unas cargas mayores que las consagradas en la ley, con las dificultades financieras y operativas que ello implica.

El alcance que la jurisprudencia constitucional le ha dado al artículo 1058 del Código de Comercio genera, a mi juicio, un cambio estructural en el ejercicio de la actividad aseguradora, que incluso conlleva considerar la posibilidad una modificación legal en el este tema.

En gracia de discusión, se podría afirmar que el impacto de los fallos de tutela es marginal, como quiera que la actividad del juez constitucional es realmente excepcional y, por ende, solo abordan aquellos casos extremos donde se requiere una intervención vía tutela.

No obstante, los criterios de procedencia de la acción de tutela frente al desarrollo de un contrato de seguro me llevan forzosamente a concluir que hoy por hoy el verdadero juez natural del contrato viene siendo el constitucional. La anterior afirmación, que puede parecer desproporcionada e irresponsable, la fundamento en las frecuentes sentencias de la Corte donde se establecen los criterios para conceder este tipo de acciones.

En efecto, son reiteradas las consideraciones del máximo tribunal constitucional en las que se afirma que «particularmente las aseguradoras, son prestadoras de un servicio público y los usuarios se encuentran en posición de indefensión respecto de ellas»⁵ o «en tanto las aseguradoras desarrollan una actividad de interés público, y las actoras se encuentran en situación de debilidad manifiesta que pone en peligro sus condiciones de vida en dignidad», dan cuenta de la amplitud del criterio para la procedibilidad de la acción de tutela en instancias constitucionales.

Lo anterior, en adición a la confusión que, en mi criterio, existe en los conceptos de indefensión y posición dominante y, adicionalmente, en el desconocimiento que se hace del aporte de la regulación, con la normativa existente en materia de protección al consumidor financiero, y de la vigilancia y control, con la función de supervisión ejercida por la Superintendencia Financiera para equilibrar las relaciones contractuales del sector financiero y sus usuarios, incluyendo entre ellos, por supuesto, a los del sector asegurador.

Con este panorama resulta diáfano afirmar que el activismo judicial en materia constitucional viene distorsionando la forma en que las aseguradoras pueden conocer el estado del riesgo, generándoles, a su vez, unas cargas mayores que las consagradas en la ley, con las dificultades financieras y operativas que ello implica. Adicionalmente, esta situación genera una excesiva protección del consumidor de seguros, claro

4. Corte Constitucional, sentencia T- 282 de 2016 magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado

5. Corte Constitucional, sentencia T- 662 de 2013, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva

está, en aras de la salvaguarda de los derechos fundamentales en situaciones individuales, pero afectando a la mutualidad asegurada que, en últimas, debe soportar y asumir dichos impactos financieros.


Estas circunstancias cobran mayor relevancia en estos últimos tiempos donde la dinámica del mercado, la inclusión financiera de sectores emergentes y la comercialización digital y en masa requieren de una agilidad y simplicidad en los productos elaborados por las compañías de seguros, sumada al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es por esto que considero que estamos en el momento de repensar la institución de la declaración del estado de riesgo, adaptándola a esta nueva situación. En tal sentido, el deber de declaración del estado del riesgo debe ser modificado con una modulación del mismo que consulte dos aspectos, el primero es el tipo de producto y el segundo es la característica del consumidor de seguros que lo adquiere.

En este orden de ideas, en seguros de altas cuantías o de alta complejidad técnica, los exámenes médicos o las

inspecciones a los riesgos deben ser una práctica obligatoria por parte de las aseguradoras; en aquellos seguros colectivos donde los grupos asegurables tengan mínimos estándares de educación financiera, debe prevalecer la declaración de estado del riesgo; y en aquellos productos que se caractericen por su simplicidad, en aras de llegar a sectores que requieren inclusión social, se debe prescindir de la declaración del estado del riesgo y, por ende, se incluye en el precio este factor de siniestralidad.

Por supuesto que estos criterios de modificación que propongo se encuentran en un estado precario, pero, con seguridad, con una participación de los diferentes grupos de interés (industria, Gobierno, consumidores, academia etc.) pueden aproximarnos a que la labor del juez constitucional en función de la protección de los derechos constitucionales no se aparte tanto de la norma legal ni de la operativa del mercado asegurador.

Por todo lo expuesto, propongo un réquiem por el artículo 1058, tal y como lo conocemos en nuestro Código de Comercio. 



Seed Consulting BPO

HEAD HUNTER

altamente especializado en el sector asegurador y reasegurador en el mercado latinoamericano.

CONTÁCTENOS

 Ángela Tafur: +57 3102353337
 Marcela Quirós: +57 3115452103
 contacto@seedconsultingbpo.com
   @seedConsultingB

Gestionamos

sus procesos de selección y evaluación para el cubrimiento de cargos con talento interno o externo, basados en el profundo conocimiento de los roles y responsabilidades característicos de las compañías aseguradoras y reaseguradoras.

Buscamos personas con el talento adecuado para su negocio y cultura organizacional

