

Señores

MAGISTRADOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA

M.P. GILMA LETICIA PARADA

E. S. D.

Ref: Proceso verbal de JOSE DAVID ADAMES contra BBVA SEGUROS COLOMBIA S.A. y OTRAS.

Rad: 41001310300220200002801

CÉSAR MAURICIO NIETO, identificado como aparece al pie de mi nombre, obrando en mi calidad de apoderado judicial especial de la parte demandante, mediante el presente memorial presento los reparos a la sentencia dictada en audiencia del 26 de noviembre de 2021. El A-quo consideró que se encontraban reunidos los elementos esenciales para la reticencia del demandante y derivado de ello dio transito a lo dispuesto en el artículo 1058 del Código de Comercio, declarando así la nulidad relativa del contrato.

La parte que represento se aparta de la decisión resumida por considerar que no se encuentra acorde con las recientes evoluciones que el tema de marras ha tenido en la jurisprudencia colombiana. Allí se ha estipulado de manera clara, que la institución de la reticencia tiene dos componentes para su existencia. El primero de ellos, de naturaleza objetiva, consiste en la abstención o discrepancia entre la información suministrada a la compañía de seguros y la realidad del estado de salud del tomador.

El segundo elemento de la institución es de naturaleza subjetiva y consiste en la intencionalidad del tomador para defraudar los intereses de la compañía de seguros. Este segundo elemento es de trascendental importancia debido a la presunción de buena fe consagrada en el artículo 83 superior.

Estos elementos deben ser acreditados de manera simultanea para la constitución de la reticencia como vicio del consentimiento dentro del contrato de seguros. Así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T-061 de 2020, en donde se lee,

“Sin embargo, esta Corte ha determinado que la simple existencia de una inexactitud o incongruencia entre la realidad y la información suministrada por el contratante en la declaración de asegurabilidad no puede ser entendida automáticamente como “reticencia”, pues para que esta figura pueda configurarse es necesario que se demuestre la mala fe del asegurado al pretender evitar que el contrato de seguro le resulte más oneroso o que la aseguradora desistiera de asumirlo^[12].”

La existencia de la presunción de buena fe hace imperativo para el éxito de las excepciones planteadas, que se acredite la motivación de generar algún desequilibrio económico a la aseguradora con los silencios o errores que se puedan presentar en el reporte de enfermedades. Esta actividad probatoria no se desarrolló al interior del proceso. El hecho que sí se encuentra acreditado es que el demandante, contrató los múltiples créditos citados en la demanda, contrató el seguro correspondiente y pagó las cuotas correspondientes por varios años.

Esta circunstancia debe confirmar la presunción de buena fe y llevar al juzgador al convencimiento que la omisión que se pudo presentar, no tuvo como objetivo el defraudar los intereses de la aseguradora. La

omisión de información obedeció a un patrón de conducta incentivado por la dupla banco/aseguradora, donde el primero tiene el objetivo de poner dinero en circulación, siendo solo requerido del demandante que pasara a firmar los documentos sin ningún tipo de interacción adicional. Así lo explicó el demandante en su interrogatorio de parte, sin que haya sido contra-interrogado al respecto.

La aseguradora, como parte de la arquitectura de su actividad mercantil, tampoco tiene interés en verificar las condiciones en las cuales se aseguró al tomador. En el interrogatorio de parte de BBVA Seguros se expresó la ausencia de políticas que permitan verificar mediante muestreo estadístico la validez de los contratos, situación curiosa de una empresa que vive y muere por la *ley de los grandes números*.

Si el componente corporativo falló, no hay mucho que decir del componente humano. En el interrogatorio de parte de las demandadas se aprecia que los asesores del banco y de la aseguradora tienen bonos ligados a su desempeño. Ello genera una serie de incentivos para expedir créditos y pólizas sin la verificación de los requisitos. Estas dos circunstancias podrían ser corregidas vía contractual, el banco siendo estricto con dichos incentivos y la aseguradora exigiendo del banco parámetros de conducta que eliminen o reduzcan el *riesgo moral* de los asesores. Ello no existe, no por falta de necesidad, sino porque la omisión beneficia a quienes deberían fortalecer los controles.

Estas circunstancias son las que han llevado a la jurisprudencia a exigir un comportamiento probatorio activo por parte de las aseguradoras, pues son ellas la parte fuerte en una relación compleja.

El fallo del que nos apartamos también presumió múltiples calidades y conocimientos del demandante, sin realizar el mismo estudio respecto de las demandadas. En el caso que nos ocupa, la calidad de abogado es intrascendente ya que como se expresó en el interrogatorio de parte, JOSÉ DAVID ADAMES, se encuentra formado en derecho penal. En contraposición, la aseguradora es una profesional de su campo que suscribe miles de contratos de este tipo a diario y redacta la totalidad del clausulado. Para la aseguradora demandada esta relación es una de una pila, para el demandante es el único caso.

Esta familiaridad con el negocio es lo que ha conducido a que la jurisprudencia exija la aplicación del artículo 1624 del Código Civil y en desarrollo de las relaciones de consumo se interprete el contrato en favor del consumidor. No puede ser en vano que la aseguradora se otorgue el derecho y la carga de consultar en cualquier momento la historia clínica del tomador, como se lee en la póliza del presente caso, y se escude en simultanea en el no ejercicio de esas mismas cargas que ella se concedió.

A su vez, la consecuencia jurídica del artículo 1058 del Código de Comercio no es automática. El reporte de las condiciones del tomador, abre la oportunidad a la aseguradora para que manifieste si a) desea contratar en los términos normales, b) desea contratar con términos especiales o c) no desea contratar. Para ello debe aceptar lo reportado o desplegar las investigaciones del caso que le permitan tomar una decisión sobre el particular. En el presente caso, no desplegó actividad.

La sentencia de casación SC3791-2021, con radicación 20001-31-03-003-2009-00143-01, que enfrentó a MANUEL ANTONIO PALACIO contra BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A., siendo M.P. Luis Armando Tolosa, se estableció:

“De tal modo que en la interpretación de la regla 1058 del Código de Comercio, tocante con la reticencia, los deberes de conducta frente a la buena fé son de doble vía, pero a la aseguradora le incumbe adoptar una conducta activa, para retraerse de la celebración del contrato o para estipular condiciones más onerosas, porque se trata de una buena fe calificada que por la posición dominante de las compañías aseguradoras al hallarse en mejores condiciones jurídicas, técnicas y organizacionales frente al usuario del seguro, también les compete. Precisamente la ley las autoriza para proponer un cuestionario al tomador, y a partir del mismo, es cómo las profesionales del seguro deben tomar las acciones necesarias para determinar el estado del riesgo del tomador. Fundadas en el cuestionario o en su investigación en relación con el tomador, es como pueden asumir la determinación de no contratar o de hacerlo en condiciones más onerosas. La obligación emanada del 1058 es bifronte, cobija a las dos partes.”. Subrayas fuera del texto.

Lo anterior choca con la sentencia objeto del recurso, en donde se asignó responsabilidad exclusiva al demandante y se omitió por completo el estudio del comportamiento de la parte demandada. Es de destacar que las entidades demandadas, si bien son personas jurídicas independientes, comparten similitudes exageradas en su identidad corporativa generando en el usuario la creencia de contratar con una sola entidad. Ello desestimula la búsqueda de servicios de seguro diferentes a los ofrecidos por los bancos, por temor a la complicación en el proceso de otorgamiento del crédito.

La sentencia de primera instancia desestimó lo antecedentes jurisprudenciales presentados en los alegatos, por tratarse de decisiones de tutela con efectos inter-partes. Al respecto es procedente la sentencia SU354 de 2017, donde la Corte Constitucional expuso,

“En reiteradas oportunidades, esta Corporación ha definido el precedente judicial como

“la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”^[5]. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares^[6].

(...)

4.2. Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional ha reconocido el valor del precedente judicial de la ratio decidendi de sus decisiones, tanto en materia de constitucionalidad como en materia de tutela^[9].

En la sentencia C-104 de 1993 manifestó que las decisiones de la Corte Constitucional tienen naturaleza erga omnes y, además, no constituyen un criterio auxiliar de interpretación sino que “la jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa juzgada constitucional -art. 243 CP-, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior”.

En sede de tutela, esta Corporación también se refirió a este asunto en la sentencia T-260 de 1995, oportunidad en la que sostuvo lo siguiente:

“Es verdad que, como esta Corporación lo ha sostenido repetidamente, uno de los principios de la administración de justicia es el de la autonomía funcional del juez, en el ámbito de sus propias competencias (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992), pero ella no se confunde con la arbitrariedad del fallador para aplicar los preceptos constitucionales. Si bien la jurisprudencia no es obligatoria (artículo 230 de la Constitución Política), las pautas doctrinales trazadas por esta Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política, indican a todos los jueces el sentido y los alcances de la normatividad fundamental y a ellas deben atenerse. Cuando la ignoran o contrarían, no se apartan simplemente de una jurisprudencia -como podría ser la penal, la civil o la contencioso administrativa- sino que violan la Constitución, en cuanto la aplican de manera contraria a aquélla en que ha sido entendida por el juez de constitucionalidad a través de la doctrina constitucional que le corresponde fijar”^[10].

Más adelante, la Corte señaló que las autoridades públicas, tanto administrativas como judiciales, están obligadas a acatar los precedentes que fije la Corte Constitucional^[11]. De igual forma, preciso que si bien es cierto que la tutela no tiene efectos más allá del caso objeto de controversia, la ratio decidendi constituye un precedente de obligatorio cumplimiento para las autoridades públicas, “ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende, la correcta aplicación de una norma”^[12].”

Conforme con ello, los casos presentados durante los alegatos son perfectamente aplicables al caso de marras. Los escenarios en ellos planteados son iguales al acá expuesto, por tanto su solución debe ser igual.

Como último punto de los reparos, me opongo a la totalidad de la condena de costas. En particular respecto del banco BBVA, y solicito al Honorable Tribunal de Neiva que determine la calidad de litis-consorte necesario del mismo dentro del presente asunto.

Atentamente,

CÉSAR MAURICIO NIETO

C.C. No. 80.844.851 de Bogotá

T.P. No. 182.249 del C. S. de la J.