

“i) Concepto y clasificación

El artículo 1061 del Código de Comercio establece:

“Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual el asegurado se obliga a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho.

La garantía deberá constar en la póliza o en los documentos accesorios a ella. Podrá expresarse en cualquier forma que indique la intención inequívoca de otorgarla.

La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción”.

De acuerdo con la norma sustantiva¹ transcrita, una garantía consiste en que el tomador-asegurado asuma frente a su aseguradora un compromiso con la veracidad de cierto enunciado condicional, relativo a circunstancias fácticas que pueden ser previas o posteriores a la celebración del contrato de seguro, pero que deben tener incidencia -aunque sea marginal- en la determinación inicial del estado del riesgo, o su conservación, según sea el caso.

Las que versan sobre hechos previos a la contratación del seguro² suelen denominarse *garantías afirmativas*, y conllevan para el tomador-asegurado la carga de corroborar, con su sola declaración de voluntad, un hecho preexistente. Para ilustrar, en el contexto de un seguro de incendio y terremoto, podría estipularse una garantía afirmativa relativa al hecho de que, al edificar el inmueble asegurado, se cumplieron las pautas previstas en el reglamento colombiano de construcción sismo resistente NSR-10.

Cabe anotar que una variable como esa, en el contexto del seguro de incendio y terremoto, pudo haberse puesto de manifiesto en una declaración diligente del estado del riesgo (artículo 1058, Código de Comercio). Pero ello no implica que la garantía sea redundante o inoficiosa, pues en virtud de ella el tomador-asegurado está haciendo algo adicional a simplemente informar un hecho: está *dando su palabra* de que ese hecho es cierto, y asumiendo un compromiso con la verdad de su aseveración.

De otra parte, existen garantías que se refieren a hechos del futuro, posteriores a la celebración del contrato de seguro. Se trata de las denominadas *garantías de conducta*, que implican para el tomador-asegurado la carga de tomar un curso de acción específico durante un período determinado (usualmente, el mismo término de vigencia del seguro), con el fin de materializar su promesa de hacer o no hacer algo, o de cumplir cierto requerimiento.

Por ejemplo, en los seguros “todo riesgo” de copropiedades o de construcción, suele pactarse que *“el asegurado se compromete a contratar y mantener un servicio de vigilancia veinticuatro horas diarias, mediante una firma especializada”*, garantía que solo se cumplirá si, en efecto, se contrata y mantiene ese servicio en el predio asegurado, durante el tiempo que perdure la relación aseguraticia.

ii) Efecto de su incumplimiento

Es relevante señalar que, a diferencia de otros sistemas jurídicos, el Código de Comercio colombiano no estableció que la observancia de las garantías fuera condición para la

¹ Tiene este carácter en la medida en que crea una potestad (derecho) al asegurador, consistente en anular el contrato de seguro o darlo por terminado unilateralmente, como respuesta al incumplimiento de cualquiera de las garantías pactadas.

² Aunque excepcional, es teóricamente posible pactar garantías afirmativas durante la vigencia del contrato de seguro, en el marco de cualquier renegociación de los términos del aseguramiento. Sobre el punto, explica la doctrina: *“Por su naturaleza [las garantías afirmativas] deben entenderse coetáneas a la celebración del contrato, y es en este mismo momento cuando debe identificarse su infracción. Nada obsta, empero, a su otorgamiento ulterior si, v. gr., por agravación del estado del riesgo se hace necesario un nuevo acuerdo destinado a preservar la vigencia del seguro (art. 1060)”* (OSSA, Efrén. *Teoría general del seguro-El contrato*. Ed. Temis, Bogotá. 1991, p. 361).

exigibilidad de las prestaciones a cargo de la aseguradora³. Y tampoco contempló acciones judiciales para exigir su cumplimiento forzado, pues las garantías no son obligaciones jurídicas propiamente dichas, sino promesas o compromisos basados en la confianza mutua y la buena fe que distinguen al contrato de seguro (no en su coercibilidad).

Así lo explicó esta Sala, en el fallo CSJ SC, 30 sep. 2002, rad. 4799:

“La garantía (...) está concebida y definida (...) como una arquetípica “promesa”⁴; a diferencia de lo establecido en otros países inscritos en el sistema del Common Law -más proclive a esta figura, no muy socorrida, es cierto, en el derecho continental- en los que se considera una condición⁵, aspecto que en el plano jurídico, es de importancia, pues si fuera lo segundo, su incumplimiento no daría lugar al nacimiento o floración de la obligación a cargo del asegurador y el beneficiario, correlativamente, no podría reclamar la prestación asegurada, pues no tendría derecho para hacerlo, por sustracción de materia (ens real). Y sabido es que el débito (deber de prestación) sí puede irrumpir, independientemente que, a posteriori, el asegurador pueda dar por terminado el negocio jurídico, como expresamente lo señala el artículo 1061 del C. de Co. Siendo como es, una “promesa” (promissus), su infracción no tiene la fuerza intrínseca de impedir el nacimiento del derecho a la indemnización (carácter o naturaleza impeditiva), si se realiza el riesgo amparado, en desarrollo del contrato respectivo”.

En línea con lo anterior, el citado canon 1061 del Código de Comercio asignó a la inobservancia de los compromisos asumidos por el tomador-asegurado similares consecuencias a las de otras faltas que atentan contra una equitativa y justa determinación o conservación del riesgo asegurado. En particular, la transgresión de las garantías afirmativas -que se refieren a hechos del pasado- otorga a la aseguradora la potestad de solicitar la anulación del contrato. Y la transgresión de las garantías de conducta le permite darlo por terminado *“desde el momento de la infracción”*.

Nuevamente queda de manifiesto la estrecha relación entre riesgos y garantías⁶. Las *garantías afirmativas* ratifican un dato relevante para evaluar el riesgo asegurado⁷ y, por lo mismo, para el proceso de formación de la voluntad de la aseguradora. Por esa razón, su inobservancia afecta la validez de lo pactado, de forma semejante a como lo haría un acto de reticencia, en los términos del artículo 1058, inciso 2, del Código de Comercio.

Por su parte, las *garantías de conducta* generalmente incentivan al tomador-asegurado a tomar ciertas medidas de naturaleza preventiva, orientadas a reducir el riesgo de que ocurra un siniestro⁸. Por tanto, contravenir ese compromiso previo afecta necesariamente las variables que fueron consideradas (de buena fe) al hacer el cálculo de la posibilidad de acaecimiento del riesgo asegurado.

³ Esta es la solución por la que se decantan los países anglosajones, en incluso algunas legislaciones latinoamericanas, por ejemplo, los artículos 54 y 55 de la Ley sobre el Contrato de Seguro de los Estados Unidos Mexicanos, o el artículo 36 de la Ley n.º 17.418 (Ley de Seguros) de la República Argentina.

⁴ *“Según lo explicó la Comisión redactora del proyecto de Código de Comercio de 1958 en su Exposición de Motivos: “La garantía, al tenor del artículo 1957, es la promesa en virtud del cual el asegurador se obliga a hacer o no determinado cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirma o niega la existencia de determinada situación de hecho” (Op. cit. Tomo II, p. 562)”.*

⁵ *“En el caso De Hahn vs. Hartley, antes citado, el Lord Mansfield expresó que “...una garantía... es una condición de una contingencia y a menos que sea cumplida no hay contrato” (Vance, History Op. cit. p. 530); “Una garantía... es una cláusula en un contrato de seguros que prescribe como una condición de la responsabilidad del asegurador, la existencia u ocurrencia de un hecho afectando el riesgo” Edwin Patterson, Essentials of Insurance Law, Mc Graw -Hill, 1935, p. 261”.*

⁶ Sobre el punto, cabe precisar: *“Sea o no sustancial, [la garantía] debe tener o guardar alguna relación con el riesgo, esto es, con el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario (art. 1054 C. de Co), que es asumido por el asegurador, a voces del artículo 1.037 del estatuto mercantil, puesto que de lo contrario, ello se prestaría para la incubación de abusos y conflictos que, al unísono, eclipsarían la teleología bienhechora de la institución del seguro. Sobre el particular, está de acuerdo la communis opinio patria. Tanto es así que el artículo en comentario, al proclamar la sustancialidad o insustancialidad, lo hace de cara al riesgo, como quiera que éste es el punto de referencia empleado por el legislador vernáculo -en lo pertinente-, lo que denota, entonces, que en cualquiera de los prenotados supuestos, incluso el de la insustancialidad, el riesgo debe hacer presencia, así sea moderada o sutilmente” (CSJ SC, 30 sep. 2002, Rad. 4799, ya citada).*

⁷ En el caso del contrato de seguro de incendio y terremoto al que se aludió ejemplificativamente, la certeza sobre el hecho de que una edificación cumple los reglamentos técnicos en materia de construcción sismo resistente, permite asumir que es menos proclive a sufrir daños si ocurre un terremoto.

⁸ Siguiendo el otro ejemplo propuesto, contratar y mantener un servicio de vigilancia profesional permanente busca reducir la probabilidad de que en el lugar vigilado se produzcan hurtos.

Expresado en palabras de la doctrina, la transgresión de las garantías de conducta tiene “su proyección en el equilibrio contractual”⁹; y es en defensa de ese equilibrio que se le otorga a la aseguradora el derecho a terminar el contrato de forma unilateral y retroactiva, a partir del mismo momento en el que su contraparte faltó a su palabra. En punto de lo anterior, cabe reiterar el análisis expuesto en las sentencias CSJ SC, 30 sep. 2002, rad. 4799, y CSJ SC, 27 feb. 2012, rad. 2003-14027-01:

““La génesis de los actuales artículos 1061 y 1062 se encuentra en los artículos 1957, 1958 y 1959 del proyecto de Código de Comercio que el Gobierno Nacional encomendó a una comisión de juristas en el año de 1958. Los citados artículos, in extenso, eran del siguiente tenor: ‘Artículo 1957. Se entenderá por garantía la promesa en virtud de la cual se obligue al asegurado a hacer o no determinada cosa, o a cumplir determinada exigencia, o mediante la cual afirme o niegue la existencia de determinada situación de hecho’. ‘La garantía podrá ser expresa o implícita’. ‘La garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, terminará el contrato desde el momento de la infracción. Y será nulo, si la garantía fue condición determinante de la voluntad del asegurador’. Los tres preceptos antes mencionados, se reprodujeron en el actual Código de Comercio en los arts. 1061 y 1062, con puntuales variaciones, aun cuando de acentuada relevancia (...).

La modificación de más trascendencia, importa resaltarlo, fue la introducida al segundo inciso del artículo 1957 del proyecto, pues en el tercer inciso del artículo 1061 se consagró que ‘[l]a garantía, sea o no sustancial respecto del riesgo, deberá cumplirse estrictamente. En caso contrario, el contrato será anulable. Cuando la garantía se refiera a un hecho posterior a la celebración del contrato, el asegurador podrá darlo por terminado desde el momento de la infracción’. Un parangón entre los dos textos, permite deducir que ambos consagran una consecuencia jurídica diversa en caso de incumplimiento o infracción de la garantía, pues al paso que el proyecto de 1958 establecía la terminación automática del contrato de seguro o la nulidad cuando la garantía era determinante del asentimiento del asegurador, el Código actual consagra su anulabilidad y si la garantía se refiere a un hecho posterior a la celebración del contrato, la terminación del mismo desde el momento de la infracción, a opción del asegurado” (cas. civ. sentencia de 30 de septiembre de 2002, Exp. n° 4799). Desde esta perspectiva, cuando la garantía consiste en un hecho posterior al contrato de seguro, su inobservancia otorga el derecho a terminarlo desde la contravención. El seguro, no termina de suyo, por sí y ante sí, sino por decisión unilateral de la aseguradora, facultad que puede ejercer, o no”.

Lo dicho hasta ahora descarta que el tribunal hubiera incurrido en el yerro que se le endilgó. No es cierto que, como lo afirma la recurrente, el cumplimiento de las garantías pactadas sea condición del nacimiento de la obligación de la aseguradora. Por tanto, tampoco es verdad que el pago del siniestro dependa de que se acredite tal cumplimiento.

Más bien, la prueba de la infracción justifica que la aseguradora ejerza una de las potestades que le confirió el legislador en estos casos: pedir la anulación del contrato (si la garantía se refiere a un hecho anterior al contrato), o darlo por terminado desde el momento de la infracción (si alude a un hecho posterior)”.

⁹ OSSA, Efrén. *Teoría general del seguro-El contrato*. Ed. Temis, Bogotá. 1991, p. 3