

La exigencia de la buena fe en el Contrato de Seguro bajo la legislación salvadoreña*

DIEGO MARTÍN MENJÍVAR**

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2013
Fecha de aceptación: 6 de mayo de 2013

RESUMEN

En este artículo presentamos desde la regulación salvadoreña, el análisis del principio de la buena fe que debe imperar en el contrato de seguro, en particular, en su relación con el riesgo, elemento fundamental del contrato. La buena fe, tanto como un concepto así como una institución en el Derecho de Seguros, particularmente en la práctica precontractual y contractual, siendo en la primera en la que adquiere mayor significado, al punto que se alude con mucha frecuencia que el contrato de seguro es de uberrimae bona fides. Veremos el tratamiento de la buena fe desde su perspectiva legal como jurisprudencial, haciendo también uso de derecho comparado.

* Estudio analítico del autor sobre el principio de la buena fé en el Contrato de Seguro, en la Legislación del Salvador.

** Abogado salvadoreño, Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Dr. José Matías Delgado (El Salvador) y Doctor en Derecho Privado por la Universidad Autónoma de Barcelona (España). Fue Director Legal de MAPFRE | Asistencia, la compañía de asistencia y reaseguro del Grupo MAPFRE en El Salvador, con amplia experiencia en Derecho de Seguros. Actualmente es Socio de la firma Consortium Centro América Abogados – El Salvador, en el Departamento Corporativo con experiencia en las áreas de Derecho de Banca y Seguros y Derecho Fiscal. Es profesor de Derecho en la Universidad Centroamericana (UCA) en el programa de Maestría en Finanzas en la materia de Obligaciones Mercantiles y Tributarias. Miembro de la Sociedad Internacional de Seguros (*“International Insurance Society”*) y de la Asociación Salvadoreña de Derecho de Seguros - AIDA El Salvador.

Palabras clave: Buena Fe, Contrato de Seguro, Riesgo, Reticencia, Falsa declaración, Deber precontractual, Uberrimae bona fides, Agravación del riesgo.

Palabras clave descriptor: Renovacion de Contrato, Seguros medicos, Clausulas Abusivas

ABSTRACT

In this article we present, the analysis of the principle of good faith that must prevail in the insurance contract in Salvadoran regulation , in particular in relation to the risk, contract fundamental element. It presents good faith as a concept and and institution in the Insurance Law. We will treat good faith from legal and jurisprudential perspective, also making use of comparative law

Key words: Good will, Insurance contract, Retisence risk, false declarations

Key words plus: Contract Renovation, Medical Asurance, Abusive Clauses

En este artículo presentamos desde la regulación salvadoreña, el análisis del principio de la buena fe que debe imperar en el contrato de seguro, en particular, en su relación con el riesgo, elemento fundamental del contrato. La buena fe, tanto como un concepto así como una institución en el Derecho de Seguros, particularmente en la práctica precontractual y contractual, siendo en la primera en la que adquiere mayor significado, al punto que se alude con mucha frecuencia que el contrato de seguro es de uberrimae bona fides. Veremos el tratamiento de la buena fe desde su perspectiva legal como jurisprudencial, haciendo también uso de derecho comparado.

De conformidad a lo establecido en el Código Civil salvadoreño (Cv.S.), mismo que tiene su base en el Código Civil chileno, al igual que muchos otros en América Latina, los contratos deben ejecutarse de buena fe, lo que erige el principio rector del desarrollo de todo tipo de relaciones jurídicas, que no debe interpretarse como aplicable únicamente a las relaciones que se dan dentro de un contrato sino también en aquellas relaciones que se realizan en rededor del contrato, como en los tratos preliminares durante la formación del contrato y durante la ejecución del mismo¹.

1. Vid. RUBIO VICENTE, P.J., *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, MAPFRE, Madrid, 2003, p. 5. Autor que relaciona el principio de la buena fe en el derecho Español, que en sus Arts. 7.1. y 1258 del Código Civil Español establece que los derechos y los contratos deben ejercitarse, ejecutarse e interpretarse de buena fe. Nos refiere el autor que este se trata de un deber que incumbe a cualquiera que pretenda realizar un acto jurídico que tenga efectos frente a terceros y cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de colaboración. En similar sentido, Vid. CABALLERO SÁNCHEZ, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Editorial MAPFRE, Madrid, 1997, p. 113, quién indica que la buena fe en el seguro se vuelve esencial tanto de la perspectiva jurídica como de las relaciones comerciales entre el asegurador como empresario y el

El principio de la buena fe, de forma muy especial, reviste en el contrato de seguro mucha importancia² tanto como un concepto así como una institución en la práctica precontractual y contractual, en donde adquiere mayor significado, al punto que se alude con mucha frecuencia que el contrato de seguro es de *uberrimae bonae fidei*³.

De ahí que el papel que juega la buena fe en el derecho de seguros aplicable a la contratación del mismo sea sobresaliente, en particular, por las relaciones contractuales existentes entre las partes en un contrato. Este principio se aplica estrictamente al régimen de los vicios de la voluntad que estamos estudiando y sobre el que se basa la obligación de declaración de parte del asegurado.

asegurado como consumidor. El autor, cuya opinión compartimos, refiere que en principio, todos los contratos se celebran bajo el principio de buena fe, pero en particular en el contrato de seguro, dicha cualidad se realza más, en razón de estar el asegurador “*casi siempre a merced*” del asegurado, respecto de la declaración del estado del riesgo y su posterior circunstancia modificativa. Es así, como el principio de buena fe (e incluso el de buenísima fe – *ex uberrima fidei*) se vuelve consustancial respecto de la propia naturaleza del contrato de seguro, lo cual ha sido reconocido así por la jurisprudencia española, Vid. STS número 1982/4577 de la Sala de lo Civil del 9 julio de 1982, Vid. STS número 1986/450 de la Sala de lo Civil del 8 febrero de 1986, y Vid. STS número 1988/2650 de la Sala de lo Civil del 4 abril de 1988.

2. Vid. TAPIA HERMIDA, A.J., *Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*, Thomson Aranzandi, Navarra, 2006, p. 175. En sí porque el asegurador se ve obligado a confiar en la descripción del riesgo que realice el futuro tomador del seguro y consecuentemente hace del contrato de seguro uno en que prevalece la máxima buena fe. También sobre lo anterior, Vid. VEIGA COPO, A.B., *Condiciones en el contrato de seguro*, Segunda Edición, Comares, Granada, 2008, p. 418. Este principio alcanza su grado máximo de desarrollo en el ámbito del contrato de seguro, de conformidad a lo escrito por este autor, en donde se produce un comportamiento conductual colaborativo entre las partes que no se da con tal intensidad o semejante forma en otro tipo de relaciones jurídicas.
3. Entre ellos, Vid. RUIZ MUÑOZ, M., “Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador”, en AAVV, *Revista Española de Seguros*, Número 65, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, 1991, pp 13 – 46, que establece este principio como base de todo contrato, pero con especial aplicación al contrato de seguro, por lo que se le llama de tal forma. Igual podemos mencionar jurisprudencia española que así lo indica, para un ejemplo, Vid. STS número 2006/475 (RJ 2006\4070) de la Sala de lo Civil, Sección 1, del 3 de mayo de 2006, en donde el tribunal ha declarado que “...a través del deber de declaración del tomador del seguro de las circunstancias que delimitan el riesgo que se quiere que sea cubierto por el asegurador, aflora de manera nítida el carácter del contrato de seguro como de máxima buena fe, de «*uberrimae bonae fidei*»...”. También Vid. VEIGA COPO, A.B., *Condiciones en el contrato de seguro*, op.cit. p. 418, que nos confirma que tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado desde siempre este contrato como de *uberrimae bonae fidei*, en el sentido de poner de manifiesto y exteriorizar el mayor nivel de colaboración, exigencia y reciprocidad que se precisa tanto para perfeccionar el contrato, como para solventar, como veremos más adelante, las vicisitudes a las que pueden verse compelidas las partes en el desarrollo

Lo que implica este principio de buena fe es que las partes deben actuar siempre con rectitud, lealtad, corrección y exactitud. Esto es, mostrar un modo de comportamiento o una regla de conducta que se basa en la seguridad, confianza y colaboración entre las partes tanto en la configuración inicial del contrato como en el fiel cumplimiento de las obligaciones que nace de éste.

La importancia de la buena fe en el contrato de seguro estiba en que en el negocio jurídico que se analiza es indispensable que todas las partes que actúan en éste lo hagan con probidad y fiel acatamiento de sus deberes, ya que de dicha actuación podría depender la estabilidad económica de cualquiera de las partes, y de ahí, a diferencia de los demás contratos, que en el de seguro se desprendan a partir de su resquebrajo las fuertes consecuencias jurídicas que hemos mencionado y que seguiremos explicando más adelante.

El principio de la buena fe es aplicable a todos los negocios jurídicos, tal como lo establece claramente el Cv.S., específicamente en su Art. 1417, en donde regula que los contratos deben ejecutarse de buena fe, lo que incluye no solo la concertación del contrato, sino también su ejecución e interpretación. Este imperativo de no defraudar la confianza de las partes en el contrato y que exige la observancia de la buena fe se ha extendido por la jurisprudencia y la doctrina mucho más allá del ámbito que se expresa incluso en el Cv.S⁴. Este principio de buena fe ha sido en

del contrato, como es la agravación del riesgo. Así como, Vid. MARCO ARCALÁ, L.A., *Seguros de personas. Aspectos generales*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 294. También Vid. MARCO COS, J.M., "Aspectos Generales del Seguro contra Daños en las Cosas (I)", en AAVV, *Derecho de Seguros*, dirigida por Marco Cos, J.M., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 84-180, quién nos indica que si en toda relación contractual es esencial la buena fe, ésta como elemento integrante de la actitud o del comportamiento de las partes tiene especial relevancia en el contrato de seguro que es de buenísima, óptima fe (*uberrimae fidei contractus*). Podemos también referir, Vid. TIRADO SUAREZ, F.J., "Reflexiones sobre la buena fe y el contrato de seguro", en AAVV, *Derecho de Seguros*, coordinada por BARBATO, N. H., Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pp. 126 – 157, quién nos lo confirma al decir que el contrato de seguro está fundamentado en la buena fe. Así como a, Vid. HARTEN, C., *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro – Exposición y crítica del modelo brasileño y estudio del derecho comparado*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 27, esto es porque como el autor nos refiere, la buena fe debe presidir la formación y ejecución de todos los contratos, pero en relación al contrato de seguro tiene un plus que requiere un comportamiento que está por encima de la normal buena fe que no se trata de una mera expresión, sino que se le refiere como tal por tener consecuencias jurídicas importantes para la eficacia del contrato mismo y la consecución de su fin.

4. Cabe mencionar por ejemplo nuestra propia jurisprudencia en ese sentido, Vid. Sentencia de la Sala de lo Civil 1346-2001, del 24 de julio de 2001, que entre sus máximas nos menciona que la regla de conducta que indica que en el derecho debe actuarse de buena fe, no se limita únicamente al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos, sino que tiene aplicación general a todas las ramas

tal sentido elevado por la ley, la doctrina y la jurisprudencia de forma unánime a un principio general del derecho⁵.

El contrato de seguro se inspira en la buena fe que debe presidir las relaciones entre asegurador y asegurado, ya que el asegurador no ejerce sobre sus asegurados un control “a posteriori” de las actividades que éstos realizan en relación con la póliza de seguro.

Es por eso que el asegurador no tiene conocimiento previo, y en ocasiones tampoco posterior, de las conductas y maquinaciones fraudulentas que pudieran realizar contra él. De ahí, que el Art. 1374 del Código de Comercio salvadoreño (Com.S.) establezca la obligación del asegurado o el beneficiario de comunicar al asegurador la ocurrencia de un siniestro cuando tuviere conocimiento de éste. En relación a éste artículo, el siguiente, Art. 1375 Com.S. establece que el asegurador tendrá derecho a exigir del asegurado o del beneficiario “...todas las informaciones sobre los hechos relacionados con el siniestro, que permitan averiguar las circunstancias y consecuencias del mismo...”.

Nada dice la ley sobre la obligación del asegurado de probar los bienes que existían al momento del siniestro, por lo que en parte, la buena fe del asegurador consiste precisamente en aceptar en el momento de la contratación del seguro, las declaraciones relativas a los montos a asegurar por el tomador. De esta manera, se transforma en la preexistencia como obligación del asegurado en presunción que admite prueba en contrario o “*iuris tantum*” a cargo del asegurador⁶.

Los contratos de seguros están fundamentados en un principio jurídico que los tutela de manera enfatizada durante su vida; este es el principio de la buena fe al que nos hemos referido, mismo que debe ser inalterable en todas las etapas de la

de las ciencias jurídicas, incluida la procesal. Sobre lo anterior, concuerda Vid. MONTI, J.L., “La buena fe y la equidad en el contrato de seguro. Breve esbozo sobre algunas aplicaciones jurisprudenciales”, en AAVV, *Derecho de Seguros*, coordinada por BARBATO, N. H., Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pp. 79 – 91, quién nos indica que en dicho contexto, la equidad aparece como un criterio para interpretar y aplicar las normas de un modo tal que estas autorizan al juez a mitigar su rigor en situaciones particulares, de manera que pueda eliminar desequilibrios y desigualdades.

5. Sí lo refiere, Vid. TIRADO SUAREZ, F.J., “Reflexiones sobre la buena fe y el contrato de seguro”, *op.cit.*, pp. 126 – 157, habiendo tenido como referimos arriba, reconocimiento no sólo en la codificación sino también en la jurisprudencia de nuestros tribunales, habiéndose extendido prácticamente a todos los países de conformidad al derecho comparado. Podemos mencionar entre otros cuerpos normativos, para ejemplificar, el Art. 1366 del Código Civil Italiano, el Art. 1546 del Código Civil Chileno, del que se deriva el Cv.S., el Art. 1603 del Código Civil de Colombia y el Art. 1796 del Código Civil de México.
6. Vid. ELGUERO MERINO, J.M., “La Estafa de Seguro”, en AAVV, *Revista Española de Seguros*, Número 54, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, 1988, pp 7 – 40.

contratación, desde su etapa precontractual hasta su finalización o bien durante un reclamo debido a un siniestro.

Este principio domina todo el derecho de las obligaciones, tanto en la etapa precontractual del contrato, su celebración y su ejecución. Y aunque el mismo los reina a todos, en el contrato de seguro, como un contrato aleatorio, tiene especial atención debido a su propia naturaleza, a las partes que lo conforman y al negocio que implica.

Inclusive, en la práctica y jurisprudencia anglosajona del contrato de seguro es en este preciso momento en donde se sitúa el deber especial de la actuación del solicitante con buena fe, en línea con los principios de lealtad y honradez que se encuentran anclados en la noción subjetiva de la misma, en el sentido que el solicitante, en sus declaraciones precontractuales, describa la situación del riesgo a asegurar sin ninguna reticencia o inexactitud⁷.

Podemos indicar entonces que la regla de conducta que indica que en el derecho debe actuarse de buena fe, ésta no lo limita al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos únicamente, sino a otros actos jurídicos (inclusive procesales). De conformidad a la doctrina y a la jurisprudencia⁸, la buena fe se presenta en dos formas. La primera es la buena fe objetiva, que se refiere

7. Vid. BIRDS, J., *Birds' Modern Insurance Law*, séptima edición, Sweet & Maxwell, Londres, 2007, p. 107. En ese sentido, el asegurador tiene el derecho por ley de evitar en el contrato de seguro que el tomador actúe con fraude, omisivamente o declarando falsamente, especificando que la *uberrimae fidei* ("utmost good faith") tiene una peculiar aplicación en el contrato de seguro, siendo este su principal ejemplo. Concuera, Vid. TIRADO SUAREZ, F.J., "Reflexiones sobre la buena fe y el contrato de seguro", *op.cit.*, pp. 126 – 157.
8. Vid. Sentencia 1460-2002 de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de El Salvador, que indica, como hemos referido, que la buena fe presenta dos formas, la primera, la buena fe objetiva (buena fe lealtad) y la segunda, la buena fe subjetiva (buena fe conciencia). La primera de acuerdo a la Sala de lo Civil se refiere al "...actuar de uno de los sujetos intervinientes en la relación jurídica...", la segunda, nos indica no es más que la "...FIDES", que el otro deposita en el accionar del primero(...)". Ambas se ven lesionadas cuando uno de los sujetos recurre a una pretensión contradictoria con una conducta anterior, la que había dado lugar, en el otro, a una confianza que luego se ve defraudada por deslealtad o incoherencia, haciéndose aplicable la doctrina de venir contra sus propios actos, "...ya que esta es una determinación inmediata y necesaria del principio de buena fe que obliga al proceder leal." En similar sentido dictaron previamente en la Sentencia 1346-2001, de la misma Sala de lo Civil, que además indica que la buena fe tiene como ideas opuestas: la mala fe, el dolo, el engaño, el fraude, la infidelidad, la mala intención, la malicia, la violencia, que de acuerdo a la Sala son también términos que emplea el Cv.S. para expresar lo contrario a la buena fe. El Art. 1417 Cv.S. establece que "...los contratos deben ejecutarse de buena fe..." y por supuesto la misma sala expresó que lo anterior no está limitado al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos, sino que tiene aplicación general, sin limitación a todas las ramas del Derecho.

a la lealtad; y la segunda es la buena fe subjetiva, que se refiere a la conciencia de las partes de actuar conforme a lo que exige la lealtad. La primera se refiere al actuar de uno de los sujetos intervinientes en la relación jurídica, la otra no es más que la fe que la otra parte deposita en el accionar del primero.

La buena fe, tanto la objetiva como la subjetiva, se ven lesionadas cuando una de las partes recurre a una pretensión contradictoria con una conducta anterior, la que había dado lugar, en la otra parte, a una confianza que luego se ve defraudada por deslealtad o incoherencia, haciéndose aplicable la doctrina de venir contra sus propios actos, ya que esta es una determinación inmediata y necesaria del principio de buena fe que obliga al proceder leal de la parte.

En el sentido anterior, la buena fe tiene como ideas opuestas, como lo son la mala fe, el dolo, el engaño, el fraude, la infidelidad, la mala intención, la malicia, la violencia. Todos estos términos son empleados por el Código Civil para expresar lo contrario a la buena fe, y así lo hace por igual la doctrina. Un derecho se ejercita cuando se usa, se disfruta y dispone de él frente a terceros, es decir, toda vez que se realiza su contenido.

Por tanto, dicho ejercicio no puede ser absoluto ya que de lo contrario podría llevarse a cabo en detrimento de los demás, lo que como resultado implicaría contrariar la buena fe y la equidad, pues con su limitación se persigue evitar precisamente esas consecuencias. De ahí, que el Art. 1417 Cv.S. en su parte final indique que por ello obligan no sólo a lo que en los contratos se expresa, sino “...a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”

El principio de buena fe, que como hemos ya mencionado es rector de todo tipo de relaciones jurídicas, tiene especial incidencia en el contrato de seguro, que por tratarse de un contrato mercantil, no hay duda que se deba cumplir con el mandato legal general antes referido, pero incluso la doctrina concuerda que la necesidad de cumplirla, en relación con la naturaleza, estructura y posición jurídica de las partes que intervienen en el contrato de seguro implican la necesidad de un mayor rigor o elevación del principio de la buena fe a su máximo grado de expresión, lo que implica exigir una colaboración mayor a la ordinaria que rige el resto de los negocios jurídicos.

De ahí que la doctrina califica al contrato de máxima buena fe o *uberrimae bonae fidei* para evidenciar con lo anterior el elevado nivel de exigencia y reciprocidad que demanda dicho contrato⁹.

9. Vid. RUBIO VICENTE, P.J., *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, Primera Edición, MAPFRE, Madrid, 2003, p. 5. Así nos lo confirma este autor, quién nos indica que una de las primeras manifestaciones legales que se le da a esta aplicación superior del principio de buena fe en el contrato de seguro se vio aplicado expresamente en el Art. 17 de la *Marine Insurance Act* de 1906 en donde se estableció que el contrato de seguro marítimo se encuentra fundado en la máxima buena fe, que de no

Así pues, a diferencia de los demás contratos mercantiles y civiles, en los que las partes contratantes tienen un individual, mejor y más autónomo control de los elementos del contrato previo a su conclusión, al contrario, en el contrato de seguro, el asegurador no se encuentra en condiciones de poder apreciar por sí mismo el contenido de la propuesta del solicitante.

Lo anterior, sumado al eventual carácter secreto de la información, su variedad y la dificultad propia de su interpretación, así como al elevado costo y tiempo que implicaría para el asegurador realizar una investigación, el legislador, con la finalidad de lograr la posibilidad de una rápida conclusión del contrato y así cumplir el objetivo que busca el contrato de seguro, que es obtener la mayor cantidad de primas necesarias para diluir el riesgo entre los asegurados, de manera que el asegurador se encuentre en buenas condiciones para cumplir sus obligaciones, es de ahí que se exige mayormente

ser observada por uno de los contratantes, da lugar al otro para solicitar la anulación de éste. Sobre lo anterior, Vid. English Marine Insurance Act, 1906, Inglaterra. Vid. MARTÍ SÁNCHEZ, J.N., "Protección del Asegurado. El Defensor del Asegurado", en AAVV, *Revista Española de Seguros*, Número 91, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, 1997, pp. 33-50. Si es importante lo que nos indica este autor, al indicarnos que al estar el contrato de seguro fundado en la buena fe, y a demás por igual en la idea de la solidaridad, no es al asegurado a quién ha de protegerse especialmente, sino también a la institución del seguro, que se entiende al servicio de la colectividad o por lo menos a un conjunto de asegurados. Es por ello que de ahí que se postule que las normas reguladoras del contrato de seguro deben orientarse en esa dirección. Vid. RUIZ SANCHEZ, J.L., "Las reglas proporcional y de equidad y el Contrato de Seguro", en AAVV, *Revista Española de Seguros*, Número 55, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, 1988, pp 77 – 115. El autor acá nos indica que el principio de buena fe se observa desde la óptica de la confianza mutua, tanto del asegurador en sus deberes de información y consejo, como del asegurado, en su deber de declarar todas las circunstancias que influyen en el riesgo. Así también: Vid. RUIZ MUÑOZ, M., *op.cit.*, pp 13 – 46. Este es un deber propio de cualquier contrato, pero lo es más referente al contrato de seguro, que es calificado de *uberrima bona fidei*. También Vid. MARCO COS, J.M., *op.cit.*, pp. 84-180. Igualmente, respecto de este tema podemos citar la siguiente jurisprudencia española: Vid. STS número 1982/4577 de la Sala de lo Civil del 9 julio de 1982, España, que refiere que el contrato de seguro es un contrato basado en la confianza, por lo que el deber de declarar con la máxima buena fe las circunstancias que delimitan el riesgo que se pretende cubrir por el asegurado. En similar sentido, Vid. STS número 1985/4726 de la Sala de lo Civil del 15 octubre de 1985; STS número 1986/450 de la Sala de lo Civil del 8 febrero de 1986; y STS número 1988/2650 de la Sala de lo Civil del 4 abril de 1988, esta última respecto del seguro marítimo y que refiere las características de lealtad, colaboración, exactitud y diligencia que debe mostrar el asegurado al asegurador por ser un contrato de máxima buena fe.

en este tipo de contrato la colaboración a cargo del solicitante y como contrapartida, la confianza que debe depositar en éste y sus declaraciones el asegurador¹⁰.

En cualquier otra clase de contrato, distinto al contrato de seguro, cada parte conoce o debería conocer de forma exacta, desde el primer momento, los términos de la prestación a la que se obliga, o por lo menos está en condiciones de conocerlos. Lo anterior no sucede, como ya hemos mencionado, en el contrato de seguro, sino hasta que se produce el siniestro, si se llega a producir. No obstante, no solo debemos concebir este principio como protector del asegurador. El mismo debemos entenderlo en dos direcciones, según incida sobre el asegurador, como hemos referido, o el asegurado¹¹.

Esta diferenciación de otros contratos, respecto del contrato de seguro, se puede también observar respecto de la posición de los contratantes en relación a la diligencia necesaria que se les exige para informarse sobre el objeto y condiciones del negocio, así como las consecuencias que conllevaría sus propias omisiones que le serían imputables únicamente a la parte que la omitió.

-
10. Vid. RUBIO VICENTE, P.J., *op.cit.*, p. 10. Como bien nos refiere el autor, es del Art. 1 de la Ley del Contrato de Seguros español (L.C.S.) que indica que el asegurador a cambio del cobro de una prima que garantiza la cobertura del riesgo, que es a su vez un elemento esencial según el Art. 4 L.C.S., o posibilidad de que se produzca un evento futuro e incierto que sea dañoso al interés del asegurado, mediante su correspondiente indemnización o reparación, es que de este contrato podemos indicar que existen situaciones que el asegurador no puede controlar como si las partes contratantes pueden hacerlo en otro tipo de contratos. En ese sentido, la exacta valoración del riesgo se constituye en una exigencia fundamental en el asegurador en el ejercicio de la actividad aseguradora. Para poder valorar dicho riesgo, el asegurador requiere de cierto conocimiento que no posee y que no siempre serían por éste cognoscibles, pero que si lo son o deberían serlo fácilmente por parte del asegurado, ya que hacen referencia a bienes que se encuentran en su esfera personal de influencia. Vid. RIVAS A. DE CELADA, D. de las,, "El deber de declaración exacta y sus consecuencias jurídicas", en AAVV, *Revista Española de Seguros*, Número 8, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, 1976, pp 273 – 286. Que nos indica que al asegurado se le impone de estas cargas para evitar que perjudique al asegurador e indirectamente de la demás comunidad asegurada que cargan con el peso de dicho riesgo. Vid. MARCO COS, J.M., *op. cit.*, pp. 84-180. También en relación a lo anterior, Vid. RUIZ MUÑOZ, M., *op.cit.*, pp. 13 – 46.
11. Vid. CABALLERO SÁNCHEZ, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Primera Edición, Editorial MAPFRE, Madrid, 1997, p. 118 nos explica el autor que desde la perspectiva del asegurado, ello se da porque el asegurador no tiene posibilidad de estudiar por si mismo las características de los riesgos que el tomador le está proponiendo, y en tal sentido, no podría determinar los términos del contrato, por lo que necesita conocerlos totalmente para poder percibir la intensidad y frecuencia con que pueda darse un determinado siniestro y de tal manera establecer las condiciones del contrato.

De ahí, que para el caso de los contratos de seguro se reduzca la actuación de la asegurador a la búsqueda de la información necesaria por medio de cuestionarios que le presentan para su contestación a los solicitantes, complementados en ocasiones con otros controles, como sería la inspección física o valúo de un vehículo a asegurar o bien el caso de el examen médico para la toma del seguro de vida o de salud.

Consecuentemente, como mencionamos más adelante, la mayoría de legislaciones establezca, con el objetivo de garantizar el conocimiento del asegurador, el deber de declarar del solicitante del seguro –o más bien contestar– previo a la contratación del mismo, el cuestionario que le presenta el asegurador y que como consecuencia de lo anterior, se sancione la infracción al cumplimiento de dicho deber como una violación clara y concreta del principio de buena fe en el contrato de seguro¹².

Cuando el solicitante cumple este deber de declaración del riesgo, entonces el asegurador se encontrará en una posición para poder evaluar el riesgo y su intensidad, lo que resultará en la posibilidad de tomar una decisión consiente respecto de la celebración o no del contrato, como en caso de celebrarlo, la elaboración de sus condiciones y cálculo de las primas que deberá el tomador cancelar como contraprestación de la obligación del asegurado de asumir el riesgo declarado.

Es por lo anterior que puede afirmarse que para el buen funcionamiento de las relaciones entre las partes del contrato de seguro y como consecuencia del contrato mismo, cuyo objeto será satisfacer una función de interés personal, pero especialmente de interés social – como protector de intereses de carácter económico – depende de la exigencia técnica de una correcta valoración del riesgo declarado.

No se debe olvidar que la masa constituida por las primas que conforman el fondo patrimonial con el cual el asegurador hará frente a los eventuales siniestros podría verse desequilibrada ante una actuación de mala fe de sus solicitantes que configuraría en un posible incumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones pecuniarias hacia los asegurados, por lo que en definitiva podemos concluir que la buena fe en el contrato en relación al deber de declaración, así como al deber de información del riesgo son esenciales para no tener consecuencias jurídicas y económicas negativas¹³.

12. Vid. RUBIO VICENTE, P.J., *op.cit.*, p. 14. Refiere este autor que al mismo tiempo que se busca mantener bien informado al asegurador, se busca por igual tutelar sus derechos frente a falsas representaciones del riesgo que se dan por declaraciones reticentes o inexactas. En este sentido, nos expresa que tanto el actual Art. 10 L.C.S., como su precedente, Art. 381 del Código de Comercio Español regularon este deber, por supuesto con un diverso alcance y contenido sancionador.

13. Vid. RIVAS A. DE CELADA, D. de las, *op.cit.*, pp 273 – 286. Quién nos indica que el asegurador requiere conocer el riesgo para establecer el alcance de sus obligaciones y calcular así la el grado de posibilidad o frecuencia histórica de los siniestros. Vid. RUBIO VICENTE, P.J., *op.cit.*, p. 16. En igual sentido, Vid. RUIZ SANCHEZ, J.L., *op.cit.*, pp 77 – 115. Para este autor el deber de declaración del riesgo es un presupuesto necesario para la determinación de la proyección económica del contrato de seguro y resulta ser

Respecto de la buena fe, en relación a las declaraciones que debe hacer el solicitante/asegurado, el alcance de las mismas puede analizarse en un doble aspecto: el temporal y el sustancial. Respecto del temporal, la obligación de buena fe comienza en la etapa precontractual: durante las negociaciones preliminares del contrato de seguro. En relación a la reticencia, en el caso especial del artículo 1369 Com.S. debemos entender que la interpretación que se debe dar al mismo debe corresponder con el de “creencia justificada”¹⁴.

De lo anterior, lo que parece aplicable es que el asegurador pueda impugnar el contrato aún cuando el asegurado acredite haber actuado con esa “creencia justificada” que le presupone haber cumplido diligentemente con la carga de declarar el riesgo, cuando en la realidad ha omitido informar al asegurador de algunas circunstancias trascendentales que no podía ni debía ignorar, lo que resulta en un impedimento objetivo al asegurador de conocer el riesgo, por interpretar que las mismas no eran trascendentes o substanciales.

Esta interpretación al artículo antes referido se refuerza con lo establecido por el siguiente artículo, el 1370 Com.S. cuando nos indica que “*El dolo o culpa grave en las declaraciones a que se refiere el artículo anterior, da al asegurador acción para pedir la rescisión del contrato...*” lo que distingue la intención de falsear u ocultar información de aquella situación culposa en la cual no existe justificación para la creencia de estar actuando con diligencia.

Por ello es que ante una imposibilidad de graduar de buena o mala la declaración dada por el solicitante en relación con la “fe” que debe tener el asegurador ante tal declaración, es por ello que Schiavo le llama mejor “creencia”, la que de conformidad al autor puede ser justificada, es decir buena, y coherente en relación a los actos y conducta diligente que se espera del solicitante, o bien, puede ser catalogada de injustificada, o en este caso también de “mala”, cuando por el contrario se evidencia un actuar culposo (sin dolo) por el solicitante¹⁵.

la base fundamental para el cálculo de la prima. También Vid. TIRADO SUAREZ, F.J., “Anotaciones al deber de declaración del Riesgo”, en AAVV, Revista Española de Seguros, Número 61, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, 1990, pp 129 - 140; Vid. RUIZ MUÑOZ, M., *op.cit.*, pp 13 – 46 y Vid. MARCO COS, J.M., *op.cit.*, pp. 84-180. Todos los que coinciden con que el principio de buena fe que debe imperar entre las partes contratantes es indispensable, en el sentido de tener que dar con lealtad, exactitud y diligencia al asegurador toda aquella información que éste deba conocer para poder tomar la decisión de contratar o no, así como cuales serán las condiciones de la contratación.

14. Como le llama SCHIAVO en su obra. Vid. SCHIAVO, C. A., *Contrato de seguro. Reticencia y agravación del riesgo*, Primera Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 160.
15. Vid. SCHIAVO, C. A., *op.cit.*, p. 160. En este sentido, lo que el autor nos aclara al hacer tal interpretación de los artículos 5 y 8 de la Ley 17.418 de Argentina, muy similar en su aplicación a los artículos del Com.S. como ha quedado expresado en nuestra investigación, es que a fin de tener una idea exacta de la preceptiva de la ley, que la reticencia

Esta obligación de actuar con buena fe, en relación al deber de mantener el estado del riesgo que fuera declarado, continúa durante toda la duración del contrato, hasta que finalice ya sea por rescisión, vencimiento natural o siniestro. Durante la vigencia del contrato, la obligación de declarar de buena fe la situación del riesgo se manifiesta, entre otras formas, en el deber de declarar la agravación del riesgo que se dé en el transcurso del mismo¹⁶. En este sentido, podemos decir que la buena fe se contempla dentro del contrato de seguro en dos momentos muy bien demarcados, es decir, que se manifiesta en dos fases con carácter autónoma cada una de estas: la precontractual y la contractual. Dentro de la fase contractual además podemos observar la aplicación del principio en dos etapas por igual: la presiniestral y la post-siniestral¹⁷.

Por lo que respecta al aspecto sustancial, derivado de la declaración de buena fe del solicitante previo a la contratación del seguro, los hechos y circunstancias que es necesario declarar son aquellos que se consideren materiales, es decir, aquellos que puedan afectar la apreciación de un asegurador prudente en determinar si está en la capacidad de asumir el riesgo o no¹⁸.

puede ser alegada por el asegurador aún cuando medie “buena fe” del asegurado, con lo que el legislador ha realmente acentuado el criterio de aplicación del instituto de reticencia, habiendo optado por la solución que consagran otras leyes como la Ley sobre el Contrato de Seguro, D.O.F. 31 de agosto de 1935, México. (L.S.C.S.) en sus artículos 8, 47, 48 y 51, que sólo aplican la reticencia en los casos de “dolo o culpa grave” del tomador. Debido a que tanto la jurisprudencia como la doctrina, según hemos estudiado, se han inclinado por sostener que la reticencia debe aplicarse solamente respecto de aquellas circunstancias “conocidas” por el tomador y aquellas que éste oculte o declare incorrectamente, sin importar que ello suceda aún de buena fe y en la creencia de que ellas carecían de importancia, lo que el legislador nos indica es que la reticencia, por lo menos, debe ser culposa, ya que no puede declararse cuanto se ignora.

16. Vid. CABALLERO SÁNCHEZ, E., *op.cit*, p. 118. La otra forma en que se manifiesta es en la obligación de actuar en todo momento como si el seguro no existiese. Esto es, poniendo el mismo interés de evitar el siniestro y tomando cualquier medida de prevención para que no suceda, y en caso que si se de, procurando la disminución de pérdidas.
17. Vid. JARAMILLO JARAMILLO, C. I., “Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional. Su problemática actual”, Primera Reimpresión, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, p. 52. Aunque el autor nos presenta principalmente un análisis del principio de la buena fe desde la perspectiva del contrato de reaseguro, hace menciones introductorias desde el contrato de seguro, pues como hemos explicado anteriormente, este resulta ser un contrato de seguro por igual. El mismo autor nos indica como el principio aplicado al contrato de seguro lo es por igual al reaseguro, por lo que al exigir al asegurado actuar con ininterrumpida corrección, rectitud, honestidad lealtad y probidad de su parte, misma exigencia se le hace al reasegurado en la aplicación de este principio al contrato de reaseguro.
18. *Ibídem*. El autor nos da como ejemplos de hechos materiales aquellos que agravan el riesgo físico; los que implican alguna circunstancia especial que le da al riesgo un carácter de anormalidad; y los que permiten apreciar sospechas en las motivaciones del tomador para concretar el contrato de seguro, entre éstos, el exceso de la suma asegurada por mencionar uno.

Por parte del asegurador, la buena fe es aquella que se refiere a la relación hacia su asegurado, en carácter de consumidor y tiene su importancia y fundamento, en gran parte, en la protección y defensa del consumidor, refiriéndose en este sentido a la obligación de informar sobre los términos contractuales al asegurado, mantener claridad en el clausulado de las pólizas de seguro y no incluir en las mismas cláusulas abusivas y lesivas para el tomador. No obstante, ello es materia de otro tipo de investigación y no entraremos a conocer de lleno de la aplicación del principio de buena fe desde la posición del asegurador como obligado, sino únicamente desde la perspectiva del tomador y el asegurado, en relación al riesgo que el asegurador asume por el contrato de seguro¹⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- BIRDS, J., (2007). *Birds' Modern Insurance Law*, séptima edición, Sweet & Maxwell, Londres.
- CABALLERO SÁNCHEZ, E., (1997). *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Primera Edición, Editorial MAPFRE, Madrid.
- CABALLERO SÁNCHEZ, E., (1997). *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Editorial MAPFRE, Madrid.
- ELGUERO MERINO, J.M., "La Estafa de Seguro", en AAVV, *Revista Española de Seguros*, Número 54, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, 1988, pp 7 – 40.
- HARTEN, C., (2007). *El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro – Exposición y crítica del modelo brasileño y estudio del derecho comparado*, Ratio Legis, Salamanca.
- JARAMILLO JARAMILLO, C. I., (2005). "Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional. Su problemática actual", Primera Reimpresión, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- MARCO COS, J.M., (1995). "Aspectos Generales del Seguro contra Daños en las Cosas (I)", en AAVV, *Derecho de Seguros*, dirigida por Marco Cos, J.M., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 84-180.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J.N., (1997). "Protección del Asegurado. El Defensor del Asegurado", en AAVV, *Revista Española de Seguros*, Número 91, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, pp 33 – 50.
- MONTI, J.L., (2001). "La buena fe y la equidad en el contrato de seguro. Breve esbozo sobre algunas aplicaciones jurisprudenciales", en AAVV, *Derecho de Seguros*, coordinada por BARBATO, N. H., Hammurabi, Buenos Aires, pp. 79 – 91.
- RIVAS A. DE CELADA, D. (1976). de las,, "El deber de declaración exacta y sus consecuencias jurídicas", en AAVV, *Revista Española de Seguros*, Número 8, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, pp 273 – 286.
- RUBIO VICENTE, P.J., (2003). *El deber precontractual de declaración del riesgo en el contrato de seguro*, MAPFRE, Madrid.

19. Vid. CABALLERO SÁNCHEZ, E., *op.cit*, p.120. Vid. INFRA, Capítulo I, Sección 3.

- RUIZ MUÑOZ, M., (1991). "Deber de declaración del riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador", en AAVV, *Revista Española de Seguros*, Número 65, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, pp 13 – 46.
- RUIZ SÁNCHEZ, J.L., (1988). "Las reglas proporcional y de equidad y el Contrato de Seguro", en AAVV, *Revista Española de Seguros*, Número 55, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, pp 77 – 115.
- SCHIAVO, C. A., (2006). *Contrato de seguro. Retención y agravación del riesgo*, Primera Edición, Hammurabi, Buenos Aires.
- TAPIA HERMIDA, A.J., (2006). *Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones*, Thomson Aranzandi, Navarra.
- TIRADO SUÁREZ, F.J., (2001). "Reflexiones sobre la buena fe y el contrato de seguro", en AAVV, *Derecho de Seguros*, coordinada por BARBATO, N. H., Hammurabi, Buenos Aires, pp. 126 – 157.
- TIRADO SUÁREZ, F.J., (1990). "Anotaciones al deber de declaración del Riesgo", en AAVV, *Revista Española de Seguros*, Número 61, Órgano Oficial de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (AIDA), Madrid, pp 129 - 140; Vid. RUIZ MUÑOZ, M., *op.cit.*, pp 13 – 46.
- VEIGA COPO, A.B., (2008). *Condiciones en el contrato de seguro*, Segunda Edición, Comares, Granada.
- CÓDIGO DE COMERCIO, aprobado mediante Decreto Legislativo No. 671 del ocho de mayo de 1970, publicado en el Diario Oficial No. 140, Tomo 228, el día treinta de julio de 1970 y vigente desde el primero de abril de mil novecientos setenta y uno, El Salvador.
- CÓDIGO CIVIL, de fecha 23 de agosto de 1859, ordenado por Decreto Ejecutivo de fecha 10 de abril de 1860 y publicado el primero de mayo de 1860, El Salvador.
- MARINE INSURANCE ACT 1906, Reino Unido.
- CÓDIGO CIVIL, Chile.
- LEY 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, BOE 250/1980, de 17 de octubre de 1980, Ref. Boletín: 80/22501, España. Ley 17.418 (SEGUROS), B.O. 16/10/1967, Argentina.
- LEY SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO, D.O.F. 31 de agosto de 1935, México.
- STS número 2006/475 (RJ 2006\4070) de la Sala de lo Civil, Sección 1, del 3 de mayo de 2006, España.
- STS número 1982/4577 de la Sala de lo Civil del 9 julio de 1982, España. STS número 1985/4726 de la Sala de lo Civil del 15 octubre de 1985, España.
- STS número 1986/450 de la Sala de lo Civil del 8 febrero de 1986, España.
- STS número 1988/2650 de la Sala de lo Civil del 4 abril de 1988, España.
- Sentencia de la Sala de lo Civil 1346-2001, del 24 de julio de 2001, Corte Suprema de Justicia, El Salvador. Sentencia de la Sala de lo Civil 1460-2002, del 18 de octubre de 2002, Corte Suprema de Justicia, El Salvador.

