

El proyecto no trata del intermediario y no valoriza su función, pues no hace la necesaria distinción entre la contratación con y sin la asistencia de mediadores, no prevé la distinción entre los tipos de mediadores, como prevé, por ejemplo, la legislación europea.

En verdad, el proyecto posee medidas sin paralelo en cualquier legislación, las cuales son incompatibles con la buena administración del fondo de seguro, constituido con la contribución de todos los asegurados y administrado por el Asegurador, y facilita el fraude. Otros ejemplos: las reglas sobre la carga de la prueba (*onus probandi*) del siniestro, materia atinente al Código de Proceso Civil; el establecimiento de pleito anticipado, ante las reglas atinentes a la regulación de siniestro; la prohibición de la regla proporcional; el régimen aplicable a la mora de las aseguradoras, sin cualquier razonado, especialmente si comparado con la benevolencia con el asegurado individualmente considerado; la obligación de la aseguradora ante el tercero, en el seguro de responsabilidad civil, aún cuando el asegurado no cumple con la obligación primera del contrato (el pago de la prima); la no aplicación a los seguros de accidentes personales el régimen de agravamiento del riesgo; la ausencia de distinción clara entre tomador del seguro (estipulante), asegurado y beneficiario; la ausencia del seguro de salud y del régimen de las cláusulas *claims made*; la imposibilidad de la adopción del micro-seguro ante el exceso de reglamento; etc.

3. PUNTOS DE GRAN PREOCUPACIÓN

El “hecho del príncipe” (prohibición de determinado seguro, modificaciones de condiciones contractuales etc.), CRISTALIZADO en el PROYECTO, solo penaliza al asegurador, con desequilibrio injustificado en perjuicio de la mutualidad. Afrenta al acto jurídico perfecto y al principio de la igualdad. Además de causar un grave desequilibrio técnico, ya que el asegurador fijó la prima de acuerdo con el riesgo propuesto.

No hay razón, ni técnica ni jurídica, que justifique la pérdida de la garantía solamente en caso de dolo, dejando impune una de las partes de un contrato, bilateral y oneroso, en lo que se refiere a una relevante obligación, ofendiendo, fundamentalmente, el principio de las consecuencias resultantes del incumplimiento del cargo que se le imputa en el contrato, como también la buena fe y responsabilidad objetiva, que conducen las partes a comportarse de modo a no perjudicar el contrato, y el conjunto de asegurados que integran la colectividad del mutuo, sabido que en el seguro las comunicaciones y declaraciones del asegurado son de vital importancia. La aseguradora, como gestora de la mutualidad, no puede responder por acto culposo del asegurado, que se descuida de su deber de no aumentar las consecuencias del siniestro.

No sin recordar de que la tan prestigiada función social infligida a cualquier contrato no puede desconsiderar su papel primario y natural, que es el económico. Este no puede ser ignorado, so pretexto de cumplirse una actividad benéfica. Al contrato le incumbe una función social, pero no de asistencia social. Por más que el individuo merezca tal asistencia, no será en el contrato que se encontrará remedio

para tal carencia. El reglamento es económico y tiene fines económicos a realizar, que no pueden ser dejados de lado por la ley y mucho menos por su aplicador. La función social no se presenta como objetivo del contrato, pero sí como límite de la libertad de los contratantes para promover la circulación de riquezas.

El proyecto solo considera el incumplimiento doloso del asegurado, relativizando, o aún peor, minimizando el principio de la buena fe, principal peculiaridad del contrato de seguro, tanto que contrato de la máxima y más estricta buena fe, transformándolo en el único contrato en que la buena fe objetiva, cantada en prosa y verso después del advenimiento del Código de Defensa del Consumidor y reforzado con el Código Civil de 2002, deja de ser la tónica, configurando grave retroceso legislativo. La buena fe objetiva es uno de los principios fundamentales del Código Civil de 2002 y, de la más elevada importancia, para el contrato de seguro. Todas las partes contratantes, sea el asegurado o el asegurador, deben actuar con la más estricta buena fe, lealtad y veracidad.

El Proyecto impone a la aseguradora y, por consiguiente, a la mutualidad, la obligación de pago del capital asegurado por enfermedad preexistente aunque omitida dolosamente, lo que no se concibe también que después de la carencia, pues el dolo, en cualesquiera circunstancias, es antítesis del seguro y de la buena fe subjetiva. Sobre todo ante el plazo máximo de carencia establecido, el desequilibrio contractual para los contratos de vigencia anual, por ejemplo, que constituyen la mayoría de los que están vigentes en Brasil, se torna manifiesto, también porque los plazos cortos de carencia, tales como puestos en el Proyecto, acaban facilitando el fraude. Y si la prima se calcula tomando en cuenta el plazo de carencia determinado, por eso de valor más elevado si no se ajusta la carencia, la devolución de la prima, cuando lo natural sería la devolución de la reserva con las respectivas deducciones, acarrearía perjuicios considerables a la mutualidad.

Tampoco en los Países en que se adopta la mentada “cláusula de incontestabilidad”, son admitidas las declaraciones inexactas con dolo, ejemplo de ello se nota en el art. 188 de la ley de seguros portuguesa.

El Proyecto de ley en análisis suprimió del poder legal que consta en la expresión “recibimiento de la prima”, el componente “recibimiento de” y, con ello, consagra la posibilidad del asegurador, para daño de la mutualidad, venir a responder por el pago de la indemnización o capital asegurado, aún con el disgusto de no cobrar la prima, esta que, sabemos todos, es la función del riesgo, no como valor meramente gráfico, pues el fondo garantizador solo puede cumplir su función con las primas previa y debidamente pagadas, cobradas.

La norma propuesta se muestra demasiado complaciente con la mora del asegurado, mientras extremadamente severa para con la mora del asegurador al punto de punirlo con una vez y media la tasa SELIC (índice de actualización monetaria de los impuestos federales), más 20% de multa.

El exceso de generosidad para con el asegurado llega al punto de no permitir su constitución en mora de pleno derecho, condicionándola a la notificación del incum-

plido, aún tratándose de obligación positiva y líquida, y con plazo cierto, contrariando la incontrovertible regla consagrada en el art. 397, del Código Civil Brasileño (el incumplimiento de la obligación, positiva y líquida, en su plazo, constituye de pleno derecho en mora el deudor).

Es de fundamental importancia el elemento prima, cuyo pago es imprescindible que sea hecho en los plazos y términos indicados y siempre antes de la ocurrencia del siniestro, de modo a no permitir su incumplimiento, que impida la formación del fondo mutuo y la consecuente función del riesgo. Sin una regla segura, por lo tanto, en lo referente al recibimiento de la prima por el asegurador, este jamás podrá, como gestor de la mutualidad, garantizar la tan eminente función social del contrato de seguro.

Se percibe también la confusión entre resolución del contrato con suspensión de la garantía y, ocurriendo esta solamente si probada la frustración de la comunicación, estarán creadas mayores dificultades de control y aumentos de costos que gravan a la mutualidad, frustrando los seguros de masa, entre estos el tan anhelado seguro popular ya cognominado de “micro-seguro”.

Ante la determinación de que la notificación previa no podrá ocurrir con menos de treinta días después de la suspensión de la garantía, la aseguradora será instada a servirse de la notificación para resolución del contrato, en el caso de mora, inexistiendo cualquier razón práctica para la existencia de la suspensión. Además, el largo plazo de incumplimiento concedido (90 días), impide la formación del fondo mutuo, inclusive en los seguros colectivos.

La norma merece modificación en la parte en que determina la devolución de la prima y no solamente de la reserva constituida, tratando del mismo modo los seguros estructurados a base de capitalización con aquellos constituidos por el sistema de reparto simple, no habiendo en este último caso prima a ser devuelta, debiendo por lo tanto ajustarse al principio de la mutualidad.

El proyecto de ley permite que la regulación/liquidación de siniestro, a cargo y de responsabilidad de la aseguradora, que actúa en nombre de la mutualidad como su gestora, se transforme en proceso contencioso, perdiendo, así, la necesaria agilidad de que naturalmente debe revestirse, ocasionando atraso considerable al final del proceso y, por consiguiente de la liquidación y pago del siniestro, especialmente cuando la aseguradora estuviere ante indicios o fuertes sospechas de fraude, creándole dificultades hasta insuperables. No sin recordar que fraude alcanza exactamente el centro de la técnica de pulverización de los riesgos, siendo la mutualidad su gran víctima.

Se trata, además, de medida operacionalmente imposible en los seguros de masa, especialmente en el seguro popular o “micro-seguro”.

En los seguros de persona, la experiencia práctica ha mostrado que, en los casos en que se demanda junta médica para determinación de invalidez o constatación de

enfermedad, impedimentos son creados en la medida en que el asegurado no acostumbra a disponerse a costear los gastos, prefiriendo optar por la gratuidad de la justicia.

Hay dispositivos que punen de forma desigual, excesiva y desmesurada, la mora del asegurador, no solo con la multa de 20% sobre el valor con actualización monetaria e intereses de mora de una vez y media la tasa SELIC, conforme ya mencionado, como también con intereses legales y reparación de perjuicio resultante de la mora, contados del siniestro (cuando la jurisprudencia copiosa determina su conteo a partir de la citación), incentivando pleitos de indemnizaciones extravagantes no cubiertas por el seguro.

Una vez más el PL en cuestión no rinde homenaje al principio de la igualdad ante la ley que debe presidir entre las partes de un contrato, al permitir su interpretación o ejecución en perjuicio de la colectividad de asegurados, esto es, de la mutualidad. Es caso típico de inobservancia de los principios constitucionales de lo razonable y de la proporcionalidad, no sin recordar que ni el Código de Defensa del Consumidor establece multa arriba de 2%. Además de ello, es manifiesta la impropiedad de adoptarse en contratos privados herramientas como la SELIC, que sabemos todos sirve hasta de instrumento político de combate a la inflación y otros fenómenos extraños a una relación contractual en el campo del derecho privado.

No es razonable imponer al asegurador, como gestor de la mutualidad de la cual hace parte cada asegurado, la responsabilidad por indemnizaciones que puedan ir más allá de la indemnización y del capital asegurado asumidos en el contrato de seguro por las reglas de la equivalencia actuarial, debiendo responder solamente por los efectos de la mora con los acrecimientos de los intereses legales, corrección monetaria y multa, en niveles razonables, jamás permitiendo pleitos indemnizatorios por mero incumplimiento del contrato o atraso en su prestación como que si el asegurador fuese autor de un acto ilícito, al final de cuentas, no es el asegurador el causador del siniestro y ni tiene interés, muy por el contrario, de procrastinar la regulación del siniestro, pero el de conducirla a una determinación correcta en pro de la mutualidad que administra.

El análisis de la responsabilidad civil es cuestión fáctica, demandando, necesariamente, la presencia del asegurado que en este escenario es protagonista, ya que autor y responsable por el daño causado a un tercero que, a no ser en los seguros legalmente obligatorios donde haya una estipulación en favor de él, no es parte del contrato de seguro de responsabilidad civil facultativo, no poseyendo, por lo tanto, legitimidad activa procesal para demandar a la aseguradora directamente. La presencia del asegurado en el pleito judicial es imprescindible hasta para informar sobre los elementos concretos verificados en el hecho en sí. La más reciente ley portuguesa (Decreto-Ley 72/08), por ejemplo, da tratamiento adecuado a la cuestión, por eso en lo que se refiere es un buen ejemplo para inspirar al legislador brasileño, bastando atentar para su exposición de motivos y dispositivos que tratan del asunto.

La propuesta del Proyecto de Ley contempla, a favor de tercero, la acción directa únicamente contra la aseguradora, confundiendo los conceptos de los seguros de responsabilidad civil obligatorio y facultativo.

Los seguros facultativos tienen la naturaleza patrimonial y procuran garantizar la reposición del patrimonio del asegurado. Es preciso preservar el principio de la relatividad de los contratos, ya que el tercero perjudicado en sus intereses, que no es parte del contrato de seguro, no puede exigir la indemnización del asegurador directamente, pero solamente cuando esté finalizada la fase cognitiva de la demanda contra el autor del daño y pudiere exhibir un título ejecutivo judicial. Si el asegurado pudiere reclamar directamente de la aseguradora, eligiendo esta como reo y sustituta procesal, sin ser esta la autora de cualquier acto ilícito, estará cambiando, para peor, el concepto de responsabilidad civil referente al riesgo cubierto por el respectivo seguro.

El modelo de seguro de responsabilidad civil propuesto por el sustitutivo que, sin distinción de los seguros facultativos y obligatorios, contempla la acción directa del tercero que experimentó el daño causado por el asegurado contra la aseguradora, es incompatible con la naturaleza del seguro facultativo de responsabilidad civil igualmente con los principios básicos de la ley de proceso civil.

Es también incompatible con el seguro de responsabilidad civil facultativo, dada su naturaleza patrimonial, que pretende reponer, vía reembolso, el patrimonio del asegurado mientras disminuido por el desembolso que el mismo ha de realizar para indemnizar a la víctima de los daños por él causados y en la medida en que demostrada su responsabilidad reconocida por acuerdo, del cual participe la aseguradora o por sentencia judicial irrevocable. Al contrario de lo que sucede con los seguros de responsabilidad civil legalmente obligatorios, en la medida en que estos funcionan como estipulación en favor de terceros, configurándose tales seguros obligatorios, hasta por su mayor coeficiente de sociabilidad, normalmente como seguros de valores determinados/limitados y que operan independientemente de determinación de culpa (*responsabilidad objetiva*), por eso el tercero aparece como titular de la pretensión a ser deducida contra la aseguradora, lo que no sucede, ni puede, con los seguros facultativos estructurados con valores diferenciados y que no raramente se efectúa investigación meticulosa de culpabilidad, cuantía indemnizatoria etc., con vistas a garantizar el patrimonio del asegurado y no el de la víctima.

Es inconciliable con la ley procesal en la medida en que faltarían legitimidades *ad causam* y *ad procesum* al tercero, que no es parte del contrato de seguro, pero *res inter alios acta*, para promover acción judicial contra quien no sea autor del acto ilícito (*sin tautología, presupuesto de cualquier acción indemnizatoria por acto ilícito*), en el caso la aseguradora, que sin cualquier participación en la causa del daño, apenas garantiza financieramente la reposición del patrimonio del asegurado en los límites del contrato siendo de ahí parte ilegítima para ser demandada por el tercero, pues la aseguradora siquiera podría contar con los elementos de defensa propios del autor del acto ilícito, en el caso el asegurado, convirtiéndose de ahí también la denominada “acción directa” para una violación del principio mayor y fundamental de amplia defensa, del debido proceso legal, del *due process of law*.

Como se ve, el PL en cuestión precisa, por supresión o modificación, retirar de su cuerpo dispositivos como tales, cargados de exceso de privilegios para apenas una

de las partes del contrato, bonificando inclusive a terceros que ni siquiera son partes o destinatarios del contrato o para él contribuyeron, personas que muchas veces ni siquiera tienen por hábito realizar seguros, por una razón o por otra.

La prescripción se encuentra debida y adecuadamente regulada por las disposiciones generales del Código Civil, que fue escrito por uno de los mayores juristas brasileños. El Proyecto, al crear plazos diversos, presenta dilación de plazos de prescripción cuando, en la actualidad, esos son reducidos, véase que, modernamente, la información es amplia y casi siempre instantánea y por los diversos y ágiles medios de comunicación a disposición de la sociedad, no justificándose los dilatados plazos que constan en el PL, que llegan a ser hasta de tres años, como en el caso de las pretensiones contra la aseguradora en los seguros de responsabilidad civil, encareciendo los costos de la operación del seguro, en perjuicio de la mutualidad, bien como de las reservas y provisiones constituidas. Sin embargo, de forma desigual, el PL reserva los menores plazos para la prescripción de la pretensión del asegurador, como por ejemplo, para el cobro de prima.

Constan dispositivos del proyecto en tela que dejan al libre albedrío del asegurado el inicio de la fluencia del plazo de prescripción, contrariando los propios fundamentos constitucionales de la prescripción, que tiene base en el principio de la seguridad jurídica, legitimando premeditadas demoras en el aviso de siniestro, que pueden, entre otras cosas, hacer desaparecer los vestigios de la necesaria regulación del siniestro, dificultando la defensa de la aseguradora y, por consiguiente, de la mutualidad.

Además, contraría también la Sinopsis 229 del STJ (Superior Tribunal de Justicia), según la cual el rechazo de la aseguradora apenas determina la retomada del conteo de un plazo que ya fluía, desde el conocimiento del siniestro por el asegurado. Además, a guisa de ejemplo, menciónese la contrariedad creada con artículo del propio sustitutivo, véase que crea una regla de suspensión de un plazo que aún no fluía.

El dispositivo tiene vocación para crear dificultades impropias para la gestora de la mutualidad, somete a la aseguradora a una hercúlea sino imposible tarea de producir prueba negativa, que los especialistas en proceso acostumbran denominar de “prueba diabólica”, cuando, en el caso del seguro, el asegurado tendría condiciones mucho más grandes de enfrentar la carga de la prueba del riesgo, de la prueba positiva por lo tanto, pues como es sabido, lo que se transfiere al asegurador son apenas los efectos económicos del riesgo, y no el propio riesgo, que permanece inmanente al asegurado, teniendo este mayores condiciones de informar sobre el riesgo en sí que la propia aseguradora, conociéndolo mejor y sus circunstancias.

Tratándose, por consiguiente, de materia regulada por el CPC y CDC, siendo de la sensibilidad propia del magistrado ante cada caso concreto.

El PL establece la aceptación tácita de la propuesta por el solo hecho de la aseguradora no informar los “motivos del rechazo”, aunque la haya rehusado expresamente en el plazo legal. Ofende, así, el art. 4º, III, del Código de Defensa del Consumidor

- CDC, que propugna por la manutención del orden económico y equilibrio de las relaciones económicas, bien como ofende el art.170 de la Constitución Federal, que dispone sobre la libre iniciativa y libre competencia, además de sujetar a la aseguradora a revelar su secreto industrial, lo que conduciría a una igualdad tal entre las aseguradoras, que eliminaría la competencia.

No tiene sentido que una empresa privada tenga que decir con detalles los motivos por los cuales no quiere contratar, en este caso, aceptar el riesgo propuesto, siendo muchas veces esos motivos inconfesables, ya que, una vez mostrados, pueden alimentar la industria de demandas por daños morales, que según la jurisprudencia dominante ni siquiera precisan ser demostrados para generar indemnizaciones.

Es inconcebible imponer al oblato, en el caso el asegurador que recibe la propuesta, tener que especificar los motivos por los cuales la está rehusando, por ello exigencia impropia para ser puesta en la ley, en la medida en que la declaración de aviso dirigida por el proponente al asegurador, con quien pretende celebrar un contrato de seguro privado, facultativo, depende apenas del consentimiento, de la aceptación, expresa o tácita, de este último, jamás debiendo imponerse al receptor de la propuesta la obligación - que muchas veces sería constreñimiento - especificar los motivos del rechazo, bastando que sea expresada, en el caso específico del seguro, de la manera que libremente le agrade al asegurador.

La propuesta, preceptúa unívoca la mejor doctrina, es la manifestación de la voluntad de una de las partes, un acto jurídico unilateral que por si solo no genera el contrato, que depende del consentimiento recíproco. Los maestros del derecho acostumbran decir, sin ninguna hesitación, que el contrato consensual se vuelve perfecto y acabado en el momento en que nace el vínculo entre las partes y, para su formación, son necesarias dos o más declaraciones de voluntad que se encuentren emitidas por dos o más partes, o la actuación de la voluntad de oblato. El vínculo contractual nace, a rigor, cuando la propuesta y la aceptación se integran, bastando, en el caso, la manifestación del rechazo dentro del plazo señalado, ya siendo tácita la aceptación en el caso del seguro por agotamiento de plazo. Tanto es así que el proponente podrá retirar la propuesta a cualquier momento también sin tener que especificar el motivo. Y no será por la falta de especificación o motivación del rechazo que la propuesta deba ser considerada aceptada, a no ser por exceso legislativo para fomentar la industria del daño moral.

4. CONCLUSIÓN

Bien se ve que el Proyecto de Ley de Contrato de Seguro en tramitación en el Congreso Nacional Brasileño carece de buena técnica legislativa, de la preservación de los principios básicos y fundamentales de la formación del negocio jurídico del seguro y de respeto a la técnica de operación de la actividad aseguradora.

Además del PL ser técnica y jurídicamente impropio, también no se encuentra en el orden actual de prioridad de las relaciones de negocios, justo por la amplitud

armónica de los dispositivos actuales del Código Civil, notadamente de su Capítulo XV, que trata del contrato de seguro, además de la correcta y bien asimilada aplicación de otras normas, como el Código de Defensa del Consumidor, el Estatuto de la Tercera Edad, de la ley Complementar nº 126, que regula la actividad de reaseguro, entre otros tantos dispositivos modernos en el campo legal e infra-legal.

Se espera que el Proyecto de Ley de Contrato de Seguro no sea aprobado por el Congreso Nacional Brasileño, pero, si lo fuere, que incorpore cambios radicales, pues en caso contrario tendremos la inauguración de una nueva fase en las relaciones de negocios de ese tipo contractual, marcada por el elevado número de litigios y por la indiscutible inseguridad jurídica oriunda de la norma legal.

Sergio Ruy Barroso de Mello
Vicepresidente de la AIDA

El anteproyecto de Código Mercantil de España y las disposiciones generales sobre el contrato de seguro –Evolución y Análisis–*

CARLOS ANDRÉS GÓMEZ SÁNCHEZ**

SUMARIO

1. Introducción
2. Algunas disposiciones generales del anteproyecto
 - 2.1. La definición del contrato de seguro
 - 2.2. La aplicación de la legislación
 - 2.3. Las condiciones del contrato de seguro.
 - (i) El contenido de las condiciones del contrato
 - (ii) Los requisitos de las condiciones del contrato.

Fecha de recepción: Noviembre 2 de 2014
Fecha de aceptación: Diciembre 3 de 2014

* Desde una perspectiva analítica, el texto expone las propuestas y modificaciones que introduce el anteproyecto del **Código Mercantil de España**, esbozando la evolución que han tenido dichas disposiciones hasta ser este nuevo compendio normativo.

** Abogado de la Universidad del Rosario, con experiencia en litigios civiles y comerciales tanto en tribunales arbitrales como en la jurisdicción ordinaria, y miembro de la firma Tobar & Romero Abogados. Especializado en Derecho de Seguros en la Universidad Javeriana y profesor designado de la Universidad del Rosario en la materia de Derecho de la Competencia. Tutor y docente en el Diplomado de Litigio Arbitral del Ministerio de Justicia y el Centro Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Conferencista invitado ante la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –ACOLDESE–, la Federación de Aseguradores Colombianos –FASECOLDA–, la Universidad del Rosario y la Universidad de la Sabana. Actualmente es parte de la lista de secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Correos electrónicos: candresgomez@trtabogados.com; candresgomez@hotmail.com

- (iii) Las cláusulas limitativas: su necesaria aceptación.
 - (iv) La aceptación "ficta" de las condiciones.
- 2.4. Los límites de la cobertura del contrato de seguro: ¿son asegurable las multas y sanciones penales o administrativas?
 - 2.5. La solicitud del seguro y la celebración del contrato.
 - 2.6. La declaración del estado del riesgo y la modificación del mismo
 - 2.7. La obligación de mitigar la extensión del siniestro

Bibliografía

RESUMEN

Resulta de gran interés el estudio de algunas de las normas que formarán parte del futuro Código Mercantil de España, que es la más reciente actualización de un ordenamiento en lo que toca con el contrato de seguro, y que sin duda constituye un referente para muchos. El objetivo principal del presente estudio no es solamente identificar algunas de las disposiciones que regirán la parte general de este complejo negocio jurídico, sino trazar, hasta donde sea posible, la evolución que han tenido las mismas; para ello es necesario identificar el punto de partida de la legislación, que lo compone la Ley 50/1980, para luego hacer referencia a los cambios propuestos por la comisión que para el efecto conformó el Gobierno, y al texto de lo que terminó siendo el Anteproyecto que sería presentado ante el Parlamento. Con esta metodología pretendemos realizar una aproximación que no se limite a la literalidad del futuro Código, sino que permita una mejor comprensión del mismo; análisis que dará lugar, más que a la obtención de respuestas, al nacimiento de los interrogantes que serán resueltos por la doctrina y la jurisprudencia. Y es que la promulgación de una ley no es verdaderamente la culminación de un cambio normativo, sino el comienzo del mismo; tarea que se complementará día a día por los autores y los jueces, quienes son los protagonistas en la resolución de los problemas que tendrán que ser finiquitados a la luz de las nuevas disposiciones.

Palabras clave: Código Mercantil de España; Contrato de seguro.

ABSTRACT

Seems of great interest the study of certain rules, which will be part of the forthcoming Spanish commercial code, this is one of the most recent attempts to actualize the legislation in the insurance contract, and without a doubt it will mark a referent for many in the Ibero Latin sphere. The purpose of this study is not only to enunciate some of the regulations that will govern the general aspects of this complex juridical act, but to draw, up to where it is possible, the evolution that this rules have had; in

order to do so, it is necessary to identify the startup point for this legislation, which is composed of the Law 50/1980, so that as a following step we can reference the changes proposed by the commission conformed by the government, compared to the light of the draft bill that will be presented in front of the parliament. With this methodology we expect to take a closer look that is not restricted by the accurate lecture of the upcoming code, but one that allow a better comprehension of the statute; analysis that will not emphasis in giving answers, in the other hand, it will look forward to the origin of inquiries that will be resolve in the future by doctrine and jurisprudence. This will happen as the promulgation of a bill is not the true end of an existing regulatory framework, but the beginning of it; work that will be slowly completed by the authors and judges, who are the protagonist

Key words: *Spanish Commercial Code; Insurance contract.*

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente los españoles atraviesan por un proceso de renovación de su normatividad mercantil. Se dieron a la tarea, de la mano de comisiones conformadas por expertos y conocedores de las diversas materias, de actualizar toda la regulación contenida originalmente en su actual Código de Comercio, que data de 1885. Por supuesto, se han promulgado leyes especiales orientadas a actualizar algunas cuestiones puntuales, pues es impensable que las normas dedicadas a los comerciantes estuvieran por más de un siglo sin darle la cara a la realidad tan cambiante a la que se enfrentan los negocios.

Empero, la específica regulación en asuntos como el derecho de la competencia, la propiedad intelectual, el mercado de valores y el derecho de seguros, por citar algunos, causó una indeseable fragmentación regulatoria; cuestión que también motivó el inicio de la empresa codificadora.

Como era evidente, el contrato de seguro fue objeto de especial estudio –que hasta la fecha en que entre en vigencia el Código estará sometido a la Ley 50/1980–, y su futura regulación fue incluida dentro del proyecto de código, que estaba contenido en un documento conocido como “Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación” que, en lo tocante con el derecho de seguros, presentó para la consideración del Gobierno un total de 115 artículos.

Ese documento, que en adelante enunciaremos como la “Propuesta de la Comisión”, luego de ser sometido a los comentarios y observaciones de la comunidad en general, el 30 de mayo de 2014 se convirtió en el “Anteproyecto de Ley de Código Mercantil”, aprobado por el Consejo de Ministros con sustanciales cambios frente al escrito original.

El presente estudio no tiene una pretensión diferente a la de analizar la propuesta de regulación del contrato de seguro en España, centrandó nuestra atención sobre algunas de las normas introducidas por ésta; por supuesto, por limitaciones de espacio no es posible realizar un examen de la totalidad del articulado, por lo que nos concentraremos en algunos de los artículos que hacen parte de la regulación de las disposiciones generales del contrato de seguro. No sobra advertir que las consideraciones consignadas en este estudio, tienen su origen en la interpretación que de las normas puede hacer una persona que no está inmerso en el ordenamiento jurídico objeto de examen; de ahí que muchas de las opiniones que quedarán sentadas en las ulteriores líneas se soporten más en una lectura fiel del texto normativo –recurriendo hasta donde fue posible a la jurisprudencia y a la doctrina española–, que en la estructuración intelectual propia de los abogados ibéricos.

2. ALGUNAS DISPOSICIONES GENERALES DEL ANTEPROYECTO

Siguiendo la misma estructura de la Ley 50/1980, el Capítulo I del Anteproyecto consagra en las disposiciones generales una regulación destinada a ser aplicada a todas las clases de seguro, ya sean de daños o de personas, en la que, además de incluir una definición del contrato de seguro, se regulan cuestiones de no poca monta como lo relativo a las condiciones del contrato de seguro, el contenido de la póliza, las partes e intervinientes en la relación de aseguramiento, el deber de declaración sobre el estado del riesgo, entre otras. Será una parte de este capítulo la que analizaremos a continuación.

2.1 La definición del contrato de seguro

El contrato de seguro fue definido en el artículo 581-1 como aquél mediante el que *“(...) el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones.”* Lo resaltado es nuestro.

Al realizar una comparación entre esta redacción, que fue incluida en el Anteproyecto sin realizar alguna modificación a la contenida en la Propuesta de la Comisión, y la del artículo 1º de la Ley 50/1980, se advierte de entrada que son, en lo esencial, la misma. La única novedad traída por la futura regulación –resaltada en la anterior transcripción– consiste en incluir a la ley como un parámetro, al lado del contrato, a la hora de determinar el marco obligacional en el que se desarrolla la relación entre las partes y demás intervinientes en el contrato de seguro. Aun cuando a nuestro modo de ver esta reforma no tiene una gran incidencia práctica, en tanto que la legislación siempre ha tenido un lugar preponderante durante la interpretación e integración de este negocio jurídico, sí permite entrever un cambio –o evolución, para muchos– en la filosofía que está detrás de la futura normativa, que ha llevado a la reducción del margen de maniobra de la autonomía de la voluntad, todo con el fin de consagrar mínimos que aseguren la protección del asegurado. En consecuencia, se reafirma en-

tonces que el contrato de seguro es un acuerdo en el que, si bien la voluntad de los particulares sigue siendo protagónica, es uno al que el Estado presta mayor atención a su contenido, preocupación sin duda justificada por los intereses que están en juego, y que se refleja en la intervención pública que se cierne sobre el aseguramiento.

Por otro lado, que luego de treinta años se mantenga en lo basilar la misma definición del contrato de seguro, es una clara muestra de que en estas décadas no se ha producido ninguna mutación en el mercado o en la práctica que haya desbordado la previsión del legislador de ese entonces, dándose por sentado con esto, no solo el acertado criterio con el que se concibió la misma, sino también que existen alternativas conceptuales ante los temores –nada infundados, por cierto– de quienes prefieren abstenerse de definir el contrato de seguro para así evitar que el dinamismo de los negocios sobrepase cualquier intento de descripción legal.

2.2 La aplicación de la legislación

Desde el artículo 2º de la Ley 50/1980, las disposiciones regulatorias del contrato de seguro tienen un “carácter imperativo relativo”, que se mantuvo casi idéntico tanto en la Propuesta de la Comisión como en el Anteproyecto, y así se advierte al reparar en la redacción del artículo 581-2 de este último, en el que se indica que las normas de todo el Título dedicado al contrato de seguro *“Se aplicarán a las distintas modalidades de contrato de seguro, en defecto de ley especial que les resulte aplicable”*, y además que *“Tendrán carácter imperativo, a no ser que en ellas se disponga otra cosa; no obstante serán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado.”*

Pero sí hubo una modificación, más formal que sustancial, que se incluyó no sólo en la Propuesta de la Comisión sino en el Anteproyecto, y consiste en que cuando se trata de contratos de seguro de grandes riesgos¹ o de contratos de reaseguro, las normas objeto de estudio son dispositivas, queriendo decir esto que pueden ser modificadas por la estipulación de las partes, reconociendo entonces un campo amplísimo a la voluntad de los contratantes, la que en cualquier caso evidentemente encontrará como

1 Son considerados como seguros de grandes riesgos los enunciados en el numeral 2º, del artículo 107 de la Ley 50/1980, mas no encontramos una norma equivalente en el Anteproyecto. La norma menciona los riesgos relacionados con vehículos ferroviarios, vehículos aéreos, vehículos marítimos, lacustres y fluviales, mercancías transportadas, responsabilidad civil en vehículos aéreos, y responsabilidad civil de vehículos marítimos, lacustres y fluviales.

También son seguros de grandes riesgos aquellos tomados por comerciantes respecto de los riesgos de crédito y de caución, cuando éstos se refieren a su actividad profesional.

Además, también se tienen como grandes riesgos aquellos seguros en los que los tomadores cuenten con las características económicas mencionadas en la norma, y se refieran a riesgos relacionados con vehículos terrestres (no ferroviarios), incendio y elementos naturales, otros daños a bienes, responsabilidad civil en vehículos terrestres automóviles, responsabilidad civil general y pérdidas pecuniarias diversas.

límite el orden público. Esta redacción obedece principalmente a la búsqueda de una adecuada técnica legislativa, por cuanto el principio ya estaba consagrado, aunque de manera dispersa, en los artículos 44² –para los seguros de grandes riesgos– y 79³ –para el contrato de reaseguro–.

2.3 Las condiciones del contrato de seguro

(i) *El contenido de las condiciones del contrato*

Sobre las condiciones generales de contratación, el artículo 3º de la Ley 50/1980 simplemente dispuso que las mismas estuvieran sometidas a la vigilancia de la Administración Pública; pero la Propuesta de la Comisión –artículo 591-3– y el Anteproyecto –artículo 581-3– establecieron que a las condiciones generales del seguro les sería aplicable la legislación sobre condiciones generales de contratación, que en España está contenida en la Ley 7/1998, con lo que quedó consignado expresamente en la norma sobre los seguros la influencia que en todo caso ha tenido aquella desde su promulgación⁴.

Por otro lado, ningún cambio en torno al contenido de las condiciones se presenta entre la regulación de la Ley 50/1980, la de la Propuesta de la Comisión y el Anteproyecto, por cuanto coinciden en que la póliza de seguro debe contener las condiciones generales, y las especiales o particulares. Las novedades en este aspecto giran en torno a los requisitos que deben cumplir esas condiciones, asunto que se muestra interesante ya que no son pocas las inquietudes que surgen de la lectura de los proyectos de articulado.

(ii) *Los requisitos de las condiciones del contrato*

Diremos, por ejemplo, que la Ley 50/1980 exigía que las condiciones generales y particulares fueran redactadas de forma clara y sencilla, conceptos que tuvieron que ser desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina para ser aplicados en la práctica; requisitos que por alguna razón no fueron incluidos en la Propuesta de la Comisión, lo que de alguna manera era suplido por la remisión a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación que, en el numeral 4º del artículo 5º, condiciona la incorporación

2 Dice el artículo 44 de la Ley 50/1980 que: “() No será de aplicación a los contratos de seguros por grandes riesgos, tal como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el artículo 2 de la misma.”

3 Dice el artículo 79 de la Ley 50/1980 que: “No será de aplicación al contrato de reaseguro el mandato contenido en el artículo segundo de esta Ley.”

4 El artículo 2 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, en el numeral 1º, establece que “La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente.”, lo que sin duda cobija a los seguros.

de una cláusula a que su redacción se ajuste "(...) a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez (...)". Pero estarse solamente a lo reglado por esta Ley suponía, a nuestro modo de ver, que las condiciones especiales carecieran de exigencias legales para su redacción, circunstancia que no se ajustaría a la filosofía tuitiva del asegurado que hoy regenta la regulación de las condiciones destinadas a ser aplicadas en los contratos de seguro.

Tal vez este vacío fue lo que motivó que el numeral 3º del artículo 581-3 del Anteproyecto estableciera que "*Las condiciones generales y particulares (...)*", tendrían que cumplir los requisitos de "*Concreción, claridad y sencillez en la redacción (...)*", exigiendo que ésta contase con "*(...) la posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos o cláusulas y pactos no contenidos en la póliza.*" Además, esas condiciones también tienen que "*Estar ajustadas a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.*"

Mucha trascendencia tiene esa escisión que la norma en comento hace al referirse a los requisitos exigidos para las condiciones generales y especiales, no sólo por su comprensión, que la facilita, sino por cuanto permite deducir las posibles consecuencias que el incumplimiento de uno u otro de los requerimientos legales. A manera de ejemplo, el ordenamiento no debe reaccionar de igual manera ante una cláusula que permite una múltiple interpretación, que ante una clara, pero completamente desequilibrada; así, la primera debe interpretarse en contra de quien la redactó –que sería la compañía de seguros–, mientras que la segunda debe ser retirada del contrato de seguro, para que recupere éste su equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Que lo anterior sea expuesto de esta forma no significa que no tengan cabida las conocidas dudas sobre el alcance de los prenotados requisitos. A manera de ilustración, resultan reveladoras las consideraciones del profesor Díez-PICAZO, quien sostuvo que "*...la definición de 'cláusula abusiva' se refiere al contenido contractual, **con exclusión de las prestaciones esenciales de las partes**: los bienes o servicios que hayan de proporcionarse y la contraprestación que haya que pagar por ellos **así como su equilibrio económico, es materia que debe quedar siempre reservada a la autonomía de la voluntad de las partes** y a lo que en ejercicio de ella se haya podido disponer, sin que en este punto se pueda hablar de un carácter abusivo por el juego de la normativa de las condiciones generales.*"⁵. Lo resaltado es nuestro.

A nuestro juicio, el equilibrio económico de aquello que constituye la base esencial del contrato está exclusivamente a cargo de las partes, estándole vedado al juzgador intervenir en este punto; y es que aun cuando nadie duda que en la contratación en masa no puede exigirse –sin caer en injusticias– la lectura de todas y cada una de las

5 Díez-Picazo y Ponce De León, Luis. "Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas". En: *Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas*. Madrid. Editorial Civitas y Fundación BBVA. 1996. Pg. 41.

condiciones que componen un negocio jurídico –máxime cuando a veces son de una extensión equiparable a la de un pequeño libro– no es menos cierto que el deber de ser prudentes, exigible también para los adherentes, impone la revisión de por lo menos aquello que constituye la razón por la que se contrata. Lo contrario permitiría la degradación de la seguridad jurídica, tan necesaria como nunca en la contratación moderna, ya que cualquier persona podría denunciar como desproporcionado aquello que no le mereció reparo cuando celebró el acuerdo, viéndose minada la tranquilidad de quien, ante este reproche, no dejaría de repetir que si el adherente lo hubiere manifestado en su momento ese punto habría sido solucionado, o simplemente no habrían celebrado el contrato.

Considerando que el objeto del contrato de seguro estaría constituido por el riesgo asumido por la aseguradora –delimitado por las coberturas y las exclusiones– y por la prima que ella cobra, lo dicho hasta aquí invita a preguntarse: ¿el requisito del justo equilibrio debe considerarse también para las coberturas y las exclusiones estipuladas? ¿Y para el monto de la prima? Al respecto nada dice de manera expresa el Anteproyecto, lo que, a menos que este silencio desaparezca de alguna manera durante el trámite parlamentario que debe surtir antes de convertirse en el futuro Código Mercantil –siendo esto deseable–, con seguridad daría lugar a estas discusiones.

(iii) Las cláusulas limitativas: su necesaria aceptación

Otro aspecto que también merece ser analizado, y que guarda estrecha relación con las condiciones del contrato de seguro, es el atinente a los requisitos especiales, de origen legal, que deben observar las cláusulas limitativas de los derechos del tomador, asegurado o beneficiario, definidas por la doctrina como las que “(...) van a permitir limitar, condicionar o modificar el derecho del asegurado, y por tanto la indemnización cuando el riesgo objeto del seguro se hubiera producido (...)”⁶; resulta útil memorar que, para facilitar su identificación, algunos han recurrido a una definición por exclusión respecto de las delimitadoras del riesgo asegurado: las cláusulas que no correspondan a la delimitación del riesgo, serán tenidas en consecuencia como limitativas de los derechos⁷. Sobre las mismas –las limitativas–, la Ley 50/1980 decía que “(...) Se destacarán de modo especial (...)”, y además que “(...) deberán ser específicamente aceptadas por escrito (...)”. La Propuesta de la Comisión, por su parte, guardó silen-

6 Veiga Copo, A. B. (2012) Tratado del Contrato de Seguro. 2ª edición. Civitas. Página 369.

7 Dice la doctrina, “En cuanto a su diferenciación con las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, veíamos también que es difícil establecer unos contornos claros y precisos entre ambos tipos de cláusulas () Examinadas las cláusulas que se consideran como delimitativas del riesgo, la noción conceptual de cláusulas limitativas de derechos sólo puede ser determinada por exclusión: son aquellas que no pudiéndose calificar como delimitadoras del riesgo suponen una ausencia o una limitación de la cobertura del seguro.” Badillo Arias, J. A. (2011) Ley de Contrato de Seguro. 2ª edición. Aranzadi. Páginas 150 y 151.

cio, no encontrándose ninguna referencia en cuanto a si este tipo de cláusulas debía cumplir alguna exigencia particular, entendiéndose entonces que no observarían nada distinto de lo general. Sólo fue en el Anteproyecto donde se volvió a tratar el punto, y se introdujeron varias modificaciones.

En efecto, si bien se reintrodujo expresamente el requisito de la aceptación, se precisó que la misma se exigiría cuando la cláusula limite los derechos del “(...) asegurado, tomador o beneficiario (...)”, es decir, incluyó expresamente a estos dos últimos, cuando la Ley 50/1980 sólo hizo referencia al asegurado. Aunado a lo anterior, el Anteproyecto también aclaró que la aceptación debía hacerse por el tomador –la antigua normativa no mencionaba a nadie en específico–, y no hizo referencia a alguna forma en particular; así, ha de concluirse que la aceptación ya no debe ser por escrito –como se exigía expresamente antes–, sino que puede ser verbal⁸, aunque la práctica enseña que debe dejarse una constancia de ella, de manera que pueda comprobarse su existencia con cierta facilidad en el futuro.

De esta redacción se tiene también, entre otras cosas, que las cláusulas limitativas no tienen que ser aceptadas expresamente por el asegurado o por el beneficiario, cuestión que tiene innegable impacto en los seguros en los que el tomador actúa por cuenta, como en los colectivos –sin dejar de lado las discusiones que se presentan en los seguros de vida grupo deudores–. Lo anterior, al reparar en que el Anteproyecto precisó que las estipulaciones en cuestión “(...) *deberán ser aceptadas por el tomador*”, sin que hiciera mención de los otros intervinientes, aun cuando en el mismo artículo reconoce que las cláusulas limitativas pueden comprender sus derechos –del asegurado y del beneficiario–. Con esto se pone aparente fin a una discusión originada en diversos pronunciamientos jurisprudenciales, en los que en nuestro sentir se sentaron afirmaciones contradictorias; a manera de ejemplo, al referirse a los seguros colectivos, el Tribunal Supremo Español sostuvo que “(...) **las exigencias del art. 3º LCS en torno a la suscripción de las cláusulas limitativas se entienden referidas no al asegurado, que en el momento del contrato aún no está nominalmente, sino al tomador**”⁹ (lo resaltado es nuestro). Pero en otro pronunciamiento esa misma Corporación manifestó que “*En los seguros colectivos (...) el tomador del seguro debe tener conocimiento y aceptar especialmente las cláusulas limitativas. Sin embargo, la existencia de transparencia contractual, al menos cuando la perfección del contrato está subordinada a un acto de voluntad por parte del solicitante, consistente en su adhesión al seguro colectivo, impone que el asegurador cumpla también con el deber de poner en conocimiento del asegurado dichas limitativas con la claridad y énfasis exigido por la Ley y recabe su aceptación especial, para lo cual constituye instrumento idóneo la*

8 No podemos dejar de mencionar que el artículo 76 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados establece, en el numeral 4º, que “*En los seguros colectivos de vida, además de la póliza, deberá utilizarse el boletín de adhesión suscrito conjuntamente por el tomador del seguro y por el asegurado.*”

9 STS 21 junio de 1994 (R) 1994, 4967; y 2 marzo 2006 (R) 2006, 930. Tomado de Badillo Arias, J. A. (2011) Ley de Contrato de Seguro. 2ª edición. Aranzadi. Página 1448.

solicitud de adhesión que se prevé para este tipo de seguros (...)¹⁰ (lo resaltado es nuestro). Véase entonces que no es del todo claro en la jurisprudencia si en los seguros colectivos o de grupo –y creemos que en todos los que admitan la calificación de “por cuenta”– se requiere del asegurado –cuando no es el tomador– la aceptación especial de las cláusulas limitativas contenidas en el contrato de seguro, a fin de cumplir con los requisitos de su validez.

En Colombia, a cuyas disposiciones recurrimos en aras de fijar un parámetro comparativo e ilustrativo, una discusión similar se dio en el seno de la Comisión que revisó las normas que en gran medida hoy hacen parte de nuestro Código de Comercio, y concluyó la misma que en tratándose del seguro por cuenta no sería necesaria la ratificación del asegurado, bajo la consideración de que en esta clase de seguros “(...) siempre existe un interés en el tomador (...)”¹¹, de ahí que se propusiera por un miembro que “(...) se suprimiera en este artículo [el que hoy es nuestro artículo 1038¹²,] lo referente a la ratificación del asegurado en el seguro por cuenta (...)”¹³, proposición que fue aceptada.

Siendo así las cosas, a nuestro modo de ver, que el Anteproyecto haya reducido la aceptación de las condiciones limitativas a la voluntad expresa del tomador –como *dominus negotii*– debería despejar cualquier duda sobre la necesidad del consentimiento del asegurado, no sólo para la validez de las condiciones sino para la modificación de ellas, de manera que no sea éste un condicionamiento para la entrada en vigencia de una estipulación limitativa; cuestión distinta será la eventual responsabilidad que podría predicarse del tomador frente al asegurado por haber estipulado algo en detrimento de sus intereses. Pero reconociendo la tendencia protectora que sobre el asegurado suele extenderse, sería de esperar una vehemente oposición por quienes creen lo contrario; sólo que ahora deberán enfrentarse a la mención expresa del legislador, que antes no se encontraba.

10 STS 15 julio 2009 (RJ 2009, 4707). Tomado de Badillo Arias, J. A. (2011) Ley de Contrato de Seguro. 2ª edición. Aranzadi. Página 1450.

11 Acta No. 66 del Sub-Comité de Seguros del Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio. En *Antecedentes Legislativos del Derecho de Seguros en Colombia “El Contrato y la Institución”*. Asociación Colombiana de Corredores de Seguros “ACOAS” y Asociación Colombiana de Derecho de Seguros “ACOLDESE”. 2002. Pgs. 91 y 92.

12 La redacción original del artículo 1038 era como sigue: “Si el tomador estipula el seguro en nombre ajeno **o por cuenta de un tercero sin tener poder para ello, el asegurado puede ratificar el contrato aún después de su vencimiento o de la verificación del siniestro.**

“El tomador está obligado personalmente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato hasta el momento en que el asegurador haya tenido noticia de la ratificación o del rechazo de dicho contrato por el asegurado ()” Lo resaltado es nuestro.

13 Ídem.

(iv) La aceptación “ficta” de las condiciones

Pero sin perjuicio de todo lo anterior, el Anteproyecto sanamente trae consigo un mecanismo, que no se encontraba ni en la Ley 50/1980 ni en la Propuesta de la Comisión, que seguramente apunta a zanjar varias de esas discusiones. En efecto, el numeral 4º del artículo 581-3 establece que “Las condiciones del contrato, incluidas las limitativas, se entenderán aceptadas si, transcurridos dos meses desde el pago de la prima, el tomador no ha manifestado su voluntad de resolver el contrato.”, con lo cual se brindará cierta seguridad al asegurador —e incluso al tomador, cuando éste actúa por cuenta—, quien después de transcurrido ese tiempo no tendrá que soportar cuestionamientos en torno a la aceptación de las condiciones. Empero, es menester ser cuidadosos a la hora de interpretar el alcance de dicha ficción, que ciertamente es definitiva ya que no es algún tipo de presunción que admita prueba en contrario. Es posible deducir que fenecido el lapso simplemente se eliminará la posibilidad de elevar una queja por la falta de aceptación de las condiciones, especialmente las cláusulas limitativas, consecuencia que no significa que las estipulaciones cumplan, por el mero paso del tiempo, los demás requisitos que han de cumplir —claridad, sencillez, concreción, sometimiento a las normas imperativas, etc.—. En consecuencia, nada se opone a que pasados los dos meses el tomador cuestione la validez o interpretación de ciertos convenios específicos, siempre que no lo haga sobre la base de su falta de aceptación.

Pero por otro lado, no es muy clara la forma en que dicha “resolución” —término que en Colombia identifica un fenómeno extintivo con efectos *ex tunc*, es decir, como si nunca hubiese existido el acto¹⁴— operaría, por cuanto nada dice el Anteproyecto respecto a si es automática —y si lo es, si tiene efectos desde la manifestación misma o desde el recibo de ella por parte de la compañía—, o si puede ser evitada por el asegurador mediante la modificación de aquella o aquellas cláusulas que originaron el deseo del tomador, puntos estos de gran envergadura dado que podrían incidir en la vigencia de las obligaciones entre las partes, y que resultarían incluso bastante problemáticos si, por ejemplo, tiene lugar el siniestro antes de que se defina por completo esa situación. Tampoco es diáfano si ese periodo de dos meses se cuenta de manera ininterrumpida, o si su cómputo se afecta si antes de su vencimiento el tomador discute el alcance o interpretación de una exclusión, o demanda una modificación o aclaración del clausulado por parte de la compañía de seguros. Por ejemplo, si el tomador realiza una solicitud que aún no ha sido resuelta, ¿debe entonces pedir la resolución del contrato de seguro so pena de tenerse por aceptado aquello que expresamente reclamó que se aclarara o cambiara? O acaso, para que opere la ficción ¿los dos meses deben transcurrir en total silencio del tomador frente a posibles divergencias en torno al contenido del contrato? Estos son nada más algunos de los muchos interrogantes que naturalmente se presentan ante una disposición legal como la propuesta, cuya

14 Que, vale anotar, no puede tener cabida en los contratos de tracto sucesivo, ya que es evidentemente imposible retrotraer la ejecución del negocio jurídico, en este caso de seguros, al punto inicial. Así como no puede exigírsele al arrendatario que borre la ocupación que ha hecho del inmueble, tampoco puede pedírsele a la compañía de seguros que “devuelva” todo los riesgos que asumió desde el comienzo de la vigencia del contrato.

redacción y concepción es sumamente ardua, ya que nadie puede negar que conferir efectos al silencio es una de las tareas más complejas a la hora de legislar, dado que es siempre difícil hallar el punto intermedio entre dos extremos: reconocer a cualquier manifestación, por pequeña que sea, el efecto de impedir la consumación de aquello que se configuraría por el silencio; o ser excesivamente exigentes a la hora de reconocer un hecho que realmente la impida. Tal vez por eso el legislador prefiere que, en no pocas ocasiones, todos estos aspectos terminen siendo resueltos por la jurisprudencia y la doctrina.

2.4 Los límites de la cobertura del contrato de seguro: ¿son asegurables las multas y sanciones penales o administrativas?

El artículo 4º de la Ley 50/1980 únicamente consagraba que el contrato de seguro sería nulo “(...) salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro.”, causal que fue mantenida por la Propuesta de la Comisión –artículo 591-4– y el Anteproyecto –artículo 581-4–. Éstas, a su vez, adicionaron que “Salvo pacto en contrario, el contrato de seguro no cubre los siniestros derivados de conflictos armados ni los que sean calificados como catástrofe o calamidad nacional”, que no era nueva, como se comprueba al revisar el artículo 44¹⁵ de la antigua regulación.

Sí llama la atención que la Propuesta de la Comisión incluía una causal de nulidad más. En efecto, se lee en el numeral 2º del artículo 591-4 que “Serán nulas, por contrarias al orden público, las cláusulas contractuales cuyo objeto **sea la cobertura de las sanciones penales o administrativas.**”, limitación que de manera algo restringida estaba incluida, a manera de exclusión, en la regulación de los seguros de defensa jurídica consagrada en la Ley 50/1980¹⁶. Esta proposición, originada en la Comisión, tenía como fin último “(...) desvirtuar la aparente validez de ciertas pólizas que pretenden asegurar la responsabilidad administrativa en que pueden incurrir los administradores y directivos de sociedades sometidos a una regulación sectorial.”¹⁷, criterio compartido por quienes sostienen que “(...) las sanciones han de ser de cumplimiento personal, pues su finalidad es, al mismo tiempo, preventiva, correctora y represiva.”¹⁸ Quiere decir lo anterior que la prohibición de este tipo de aseguramientos venía siendo aplicada a pesar de no haber estado expresamente consagrada para la generalidad de los casos

15 “El asegurador no cubre los daños por hechos derivados de conflictos armados, haya precedido o no declaración oficial de guerra, ni los derivados de riesgos extraordinarios sobre las personas y los bienes, salvo pacto en contrario ()”.

16 Artículo 76, literal “b)”: “Quedan excluidos de la cobertura del seguro de defensa jurídica el pago de multas y las indemnizaciones de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales.”

17 Exposición de Motivos de la Propuesta de Código Mercantil de España, elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

18 Tomado de Badillo Arias, J. A. (2011) Ley de Contrato de Seguro. 2ª edición. Aranzadi. Página 1366.

en la Ley 50/1980, pero que ante la existencia de corrientes que propendían por su validez, la comisión juzgó conveniente –y en efecto lo es– incluir legalmente y sin ambages la proscripción de esa cobertura.

Sin embargo, esta prohibición no fue incluida en el Anteproyecto, el que en todo caso mantuvo la exclusión comentada en los seguros de defensa jurídica; inclusive, la consideración antes citada, y que motivaba la consagración de la nulidad, no aparece en la exposición de motivos del Anteproyecto. Ello inevitablemente lleva a preguntarse: ¿Por qué se eliminó la prohibición? ¿Acaso significará la asegurabilidad de esas sanciones? No puede negarse que cuando el legislador simplemente omite prohibir una especie de aseguramiento, se puede tratar de cubrir ese silencio recurriendo a principios generales, como sucedió en Colombia antes de la promulgación del actual Código de Comercio¹⁹; en efecto, en vigencia del Código de Comercio Terrestre de Colombia la inasegurabilidad de las sanciones penales y administrativas devenía de consideraciones que hacían alusión a la moral y al orden público, las que suplieron la ausencia de norma al respecto. Para verificar ello es suficiente con remitirse a las razones expuestas por el maestro Ossa Gómez en la primera edición de su “Tratado Elemental de Seguros”, 15 años antes de que viera la luz nuestro vigente Código de Comercio, con las que justificaba que el seguro que cubriese las sanciones penales o administrativas estaría viciado de objeto ilícito: “*Por su carácter estrictamente personal, estas sanciones escapan a la protección del seguro. Lo contrario causaría agravio al orden público. No se alude propiamente a las penas privativas de la libertad, cuya inasegurabilidad es axiomática, sino a las que conllevan una erogación económica, como las multas.*”²⁰. Lo resaltado es nuestro.

Pero si, como en este caso, en el proceso legislativo se incluye una prohibición que luego es eliminada de los textos previos a la promulgación de una norma, ello podría interpretarse como una decisión encaminada a la permisión de lo que antes quería ser excluido del ordenamiento. En muchas ocasiones las dudas interpretativas simplemente generan debates que minan la seguridad jurídica, escenario que aun cuando poco deseable es tolerable –de hecho, es uno de los mejores insumos para la actividad doctrinal y jurisprudencial–. Pero, cuando en medio de esas discusiones se encuentran cuestiones de hondo calado como el orden público, el legislador debe apuntar a cerrar cualquier posibilidad a la duda, lo que significa que debe darse un paso, y ojalá la dirección correcta. Y en este caso, la decisión no debería ser otra a la de prohibir que se brinde cobertura a las consecuencias económicas de las sanciones penales y administrativas, dado que éstas, por esencia, entrañan un ánimo de disuasión para quien eventualmente se vea ante la toma de decisiones que puedan ser jurídica-

19 Actualmente el artículo 1055 de esta codificación dispone que “*El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno; tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.*”

20 Ossa Gómez J.E. (1956). Tratado Elemental de Seguros. Bedout. Página 167.

mente reprochables; desincentivo que perdería su razón de ser si, a cambio de una prima, puede trasladarse su monto a una compañía de seguros.

2.5 La solicitud del seguro y la celebración del contrato

Situándonos ahora en la etapa previa a la celebración del contrato de seguro, resulta de interés traer a colación el artículo 6º de la Ley 50/1980, según el cual “*La solicitud de seguro no vinculará al solicitante (...)*”, y que ha sido reproducido por completo en el artículo 581-6 del Anteproyecto. Véase entonces que la petición de un seguro que realice quien pretende fungir como tomador no lo ata, como sí ocurre con la propuesta de la aseguradora, que la vincula por un término 15 días; y no lo hace porque la ley no le ha reconocido el carácter de una verdadera oferta, cuestión que se desprende no solamente del texto citado, sino de algo más elemental: será exótico el caso –casi que inexistente– en el que una persona se encuentre en las condiciones necesarias para realizar una propuesta de contrato a una compañía de seguros, y que ésta reúna todos los elementos esenciales del mismo, de manera especial la prima, cuyo cálculo está revestido de variables conocidas solamente por el asegurador. No puede desconocerse de todas formas que la jurisprudencia y la doctrina española han dejado correr mucha tinta sobre este asunto, principalmente por cuanto algunos sostienen que es imposible, desde el punto de vista jurídico, que el futuro tomador realice una oferta de seguros²¹; mientras que otros, sí admiten que teóricamente nada impide que sea el futuro tomador el que realice una verdadera oferta –continente, por supuesto, de todos los elementos del contrato de seguro–, caso que se saldría de lo regulado por la norma comentada –que se refiere únicamente a la “solicitud”–, y que daría lugar a la formación de la relación aseguraticia si es que se da la aceptación pura y simple de la aseguradora, pero la condenan prácticamente a la irrealización material²².

21 “El artículo 6 LCS dispone que la solicitud no vincula al solicitante. El tomador por consiguiente, no puede hacer una verdadera propuesta u oferta del contrato, sino simplemente una solicitud tendente a que sea el asegurador quien efectúe la proposición.” Bataller Grau, J., Latorre Chiner, N., Olavarría Iglesia, J. (2007) Derecho de los Seguros Privados. Marcial Pons. Página 178.

22 Resulta ilustrativo el comentario del profesor Abel Veiga Copo, quien afirma que “() Hasta cierto punto es utópico pensar que la oferta puede proceder de un mero consumidor, sobre todo teniendo en cuenta la impronta que marca a toda la técnica aseguradora el operar a través de condicionados y contratos de adhesión. Ello no es óbice para que un tomador de seguro, empresario, llegue a formular una genuina oferta a la entidad aseguradora, desgranando coberturas y límites mínimos suficientemente procesos conforme a los cuales quiere su futuro contrato, que se perfeccionaría si la aseguradora acepta estas condiciones, algo que por lo demás no es frecuente. () Es igualmente cierto que en la práctica, la solicitud del seguro, pero sobre todo, su contenido, presenta las más variadas formas, por lo que se hace difícil en ocasiones precisar exactamente formas, por lo que se hace difícil en ocasiones precisar exactamente su naturaleza jurídica, la cual viene modulada en función de las circunstancias concretas del caso. Esto ha dado pie a mantener que en determinados supuestos es viable sostener que la solicitud de seguro puede revestir valor jurídico de auténtica oferta contractual si realmente reúne los requisitos necesarios para ello, bastando

Ya en lo relacionado con la etapa contractual, no podemos dejar de comentar que el artículo 5º de la Ley 50/1980 mandaba que “El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser **formalizadas** por escrito (...)”, mientras que el texto del Anteproyecto²³ trae una redacción –igual a la de la Propuesta de la Comisión–, como ésta: “El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán **ser redactados por escrito en un documento denominado póliza.**” ¿Qué está detrás de la modificación resaltada? ¿Cuál es el cambio que se pretende introducir? Según vemos, más que una alteración sustancial en comparación al desarrollo normativo actual, el Anteproyecto –recogiendo así la recomendación de la Comisión– busca sanamente introducir claridad en donde hoy por hoy no la hay completamente, aun cuando doctrinalmente exista prácticamente un consenso. En efecto, algunos autores opinaron tiempo atrás que la redacción de la Ley 50/1980 permitía sostener que el contrato de seguro era de carácter solemne, es decir, que solamente existía una vez la póliza era expedida²⁴; mientras que otros²⁵ sostenían que la póliza no era nada más un medio de prueba, concediéndole entonces a la palabra “formalizar” un alcance netamente demostrativo²⁶.

la mera aceptación de la entidad para considerar perfeccionado el contrato de seguro. Realmente esta postura lo que hace es cargar las tintas en el contenido esencial de la oferta, es decir, si la solicitud contiene la essentia negotti del futuro contrato, evidentemente se aproxima a una genuina oferta, ahora bien, será muy difícil que se llegue hasta este extremo de concreción ()” Veiga Copo, A. B. (2012) Tratado del Contrato de Seguro. 2ª edición. Civitas. Páginas 721 y 725.

23 Artículo 591-5

24 “Los autores españoles se agrupan en torno a dos tesis. Los defensores de la tesis formal (), por un lado, entienden que el contrato sólo se perfecciona desde que ambas partes firman la póliza. En defensa de esta opinión se aportan diversos argumentos: () Los precedentes de la norma inducen a pensar en el carácter formal, ya que la expresión consensualista de <probar>, fue sustituida por la actual de <formalizar> ()” Bataller Grau, J., Latorre Chiner, N., Olavarría Iglesia, J. (2007) Derecho de los Seguros Privados. Marcial Pons. Página 179.

25 “La cuestión, en la actualidad, sigue planteándose en similares términos, pues la LCS se limita a ordenar que <<el contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán formalizarse por escrito>> (art. 5 LCS). No obstante, y modificando expresamente la posición adoptada en ediciones anteriores de este Manual, entendemos –con las dudas razonables que puede suscitar la redacción legal– que la obligación que impone la Ley de <<formalizar>> el contrato por escrito lo es a efectos probatorios, de forma que el contrato de seguro sería un contrato consensual, no formal ()”. Broseta Pont, M., Martínez Sanz, F. (2003) Manual de Derecho Mercantil. Volumen II. 11ª edición. Tecnos. Página 325.

26 “Es un contrato consensual que se perfecciona cuando concurren las voluntades de tomador y aseguradora, cuando aquél acepta la oferta o proposición de seguro que vincula al asegurador, y ello con independencia de que el propio artículo 5 de la Ley determine su formalización por escrito, en cuál ha de entenderse en todo caso como requisitos ad probationem pero no como requisito ad substantiam.” Veiga Copo, A. B. (2012) Tratado del Contrato de Seguro. 2ª edición. Civitas. Página 108.

Siendo este el estado de las cosas, la eliminación del término “formalizar” y su reemplazo por la expresión “estar redactadas por escrito”, encuentra una probable explicación en el afán de eliminar de la ley un factor generador de polémica, y dejar claro de una vez por todas el carácter consensual del contrato de seguro.

Partiendo entonces de la consensualidad del contrato de seguro, es de resaltar que la legislación española consagra mecanismos para dirimir cualquier posible divergencia que exista entre el texto de la póliza suscrita y el de la proposición que realice la compañía de seguros. Estos mecanismos, que no son para nada novedosos, se remontan a la misma Ley 50/1980, que en su artículo 8º establece que “(...) Si el contenido de la póliza difiere de la proposición del seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar a la Entidad aseguradora en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza para que subsane la divergencia existente. Transcurrido dicho plazo sin efectuar la reclamación, se estará a lo dispuesto en la póliza (...)”. Consagra la legislación una consecuencia para el tomador que, ante una diferencia entre el texto de la póliza y el de aquello que propuso la compañía de seguros, guarda silencio durante el lapso establecido, confinándolo a estarse a aquel texto que no discutió; hipótesis que regla el Anteproyecto de idéntica forma²⁷, solo que la nueva codificación llenó un vacío que permaneció incólume. No cabe duda de qué ocurre si el tomador no se aviene a solicitar una solución ante el disímil contenido de la póliza respecto de la oferta de la compañía de seguros; empero, si dicho reclamo tiene lugar, ¿debe la entidad soportar alguna consecuencia por la falta de respuesta? Fue el Anteproyecto el que expresamente consagró que “(...) Realizada la reclamación, en el caso de que el asegurador no subsane la divergencia existente, será de aplicación lo establecido en la proposición (...)”. Cómo debe interpretarse la previsión acabada de ver, es una tarea en la que debe guardarse mucha precaución, ya que, en nuestro sentir, no puede convertirse en una herramienta que altere el contenido de la proposición y de la póliza misma. En efecto, debe hacerse notar que la falta de pronunciamiento de la compañía de seguros no le da valor a la reclamación misma, sino al contenido de la proposición, si acaso ésta es diferente de la redacción de la póliza. Por lo tanto, no es que la ausencia de respuesta en todos los casos consolide un derecho para el solicitante; es la divergencia misma, no solucionada por la aseguradora a pesar del requerimiento, la que hará que el contenido negocial se determine por lo ofrecido por ella, de lo que debe concluirse que, si no hay diferencia entre la propuesta y la póliza, en nada incide el silencio de la aseguradora.

2.6 La declaración del estado del riesgo y la modificación del mismo

Sin duda, uno de los temas que mayor interés despierta entre los estudiosos del derecho de seguros, es el relacionado con el deber de declarar el estado del riesgo, que

27 El artículo 581-8 dice, “() Si el contenido de la póliza difiere de la proposición de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar al asegurador en el plazo de un mes a contar desde la entrega de la póliza para que subsane la divergencia existente () Si la reclamación no se efectuase en el plazo señalado, se estará en lo dispuesto en la póliza ()”.

recae sobre el tomador en los momentos preliminares a la contratación del seguro, y sobre el cual se edificará en gran medida la decisión del asegurador de extender, o no, cobertura sobre los riesgos que el tomador desea trasladarle. Variadas son las formas mediante las que los distintos ordenamientos pueden regular este asunto; y entre la escogida por la Ley 50/1980 y la de la Propuesta de la Comisión no existe mucha distancia. Ambas disponen²⁸, a groso modo, que: (i) es deber del tomador declarar al asegurador, de acuerdo al cuestionario que al que sea sometido, todas las circunstancias que sean conocidas por él y que puedan influir en el riesgo; (ii) el tomador esta exonerado de ese deber cuando no le sea formulado cuestionario, o cuando a pesar haberlo hecho, no incluya una pregunta relacionada con el hecho no declarado; (iii) el asegurador podrá dar por terminado el contrato mediante una declaración dirigida al tomador dentro del mes siguiente a que conoció la inexactitud o reticencia; y que (iv) si el siniestro ocurre antes de que el asegurador manifieste su decisión de terminar el contrato, la indemnización a su cargo se reducirá proporcionalmente en el resultante de la diferencia de la prima cobrada y la que hubiese aplicado de haber conocido la verdadera entidad del riesgo.

A pesar de lo anterior, algunas modificaciones de mucha consideración se introdujeron desde la Propuesta de la Comisión, que vinieron a ser incluidas en el Anteproyecto; otras, en cambio, sólo se presentaron a raíz de este último. Respecto de las primeras, es menester decir antes que nada que la Ley 50/1980 contempla que "(...) Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración [de rescindir el contrato] (...) [y si] medió **dolo o culpa grave** del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.". Al referirse a esta regla, muy autorizada doctrina ha dejado sentado que "La facultad del asegurado de rechazar el siniestro y de liberarse de la obligación de indemnizar solamente puede ejercitarse en caso de que en la declaración previa de riesgos haya mediado dolo o culpa grave por parte del tomador del seguro, a diferencia de lo que ocurre para el ejercicio de la facultad de rescisión o de reducir la prestación."²⁹

Si existe alguna diferencia práctica entre el dolo y la culpa grave como calificativos que pesan sobre la conducta del candidato a tomador, y sin los cuales no opera la liberación del asegurador, es un interrogante que puede despejarse mediante la sentencia de 3 de junio de 2008 del Tribunal Supremos español, en la que fue claro en decir que "(...) Concorre dolo o culpa grave en las declaraciones que tienen como **finalidad el engaño al asegurador**, aunque no se tenga la voluntad de dañar a la otra parte (artículos 1260 y 1261 CC), y en las declaraciones efectuadas con una **falta de diligencia inexcusable** en la contestación del cuestionario (...)"³⁰. Más dicente aún es el fallo de 12 de julio de 2013 de la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se explicitó que "(...) al dolo ha de equipararse la culpa grave, de modo que no sólo **la ocultación consciente** de un determinado estado de salud, **sino también la de las**

28 Artículo 10 de la Ley 50/1980; artículo 591-9 del Anteproyecto.

29 Veiga Copo, A. B. (2012) Tratado del Contrato de Seguro. 2ª edición. Civitas. Página 1035.

30 STS 3 de junio de 2008, (R) 2008, 479.

sospechas que razonablemente pueda tener el asegurado o el tomador sobre ese estado de salud y puedan condicionar la suscripción del seguro (...)”³¹.

Jurisprudencialmente puede notarse una clara diferenciación –natural, como lo es– entre el dolo y la culpa grave, siendo ambas conductas detonadores de las consecuencias liberatorias para el asegurador. Entonces, si dolo y culpa grave no son lo mismo, no son triviales las consecuencias derivadas de que la redacción del artículo 581-9 del Anteproyecto, idéntica en este punto a la contenida en la Propuesta de la Comisión, sea como sigue: “Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga alguna de las declaraciones a que se refiere el apartado 2, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. **Si medió dolo del tomador del seguro** quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.” Ha de verse, entonces, que ha desaparecido la culpa grave como una hipótesis en la que la aseguradora puede excusarse de cumplir con su obligación, siendo esto precedente únicamente ante el dolo del declarante. Querría decir esto, posiblemente, que si la inexactitud o reticencia provienen de una “falta de diligencia inexcusable”, o del ocultamiento de “sospechas razonables que razonablemente pueda tener el asegurado” sobre su estado de salud, la aseguradora tendrá que cumplir en todo con su obligación, reduciendo en todo caso su importe en la diferencia entre la prima cobrada y aquella que habría sido tasada de no haber mediado un completo conocimiento del estado del riesgo, significando esto un cambio importante frente a la actual regulación, a menos que, como acontece en nuestro ordenamiento, se asimile la culpa grave al dolo³².

Adicionalmente, a la posibilidad del asegurador de dar por terminado el contrato de seguro si antes de la ocurrencia del siniestro constata la discordancia entre el riesgo real y el declarado, el Anteproyecto consagra una nueva alternativa –igualmente aplicable a los casos de la agravación del riesgo–, algo similar a la traída por los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro³³ (PEICL, por sus siglas en inglés) –aunque con diferencias estructurales–. Dice el Anteproyecto que “(...) Alternativamente, el asegurador podrá proponer una modificación del contrato en el

31 A. P. Madrid 12 de julio de 2013, 287/2013

32 Artículo 63 del Código Civil Colombiano: “(...) *Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o con poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.* (...)”.

33 El artículo 2:102 dispone que “(1) Cuando el tomador del seguro incumpla el artículo 2:101, de conformidad con lo establecido en los párrafos 2 al 5, el asegurador podrá proponer una modificación razonable del contrato o la finalización del mismo. () (2) Si el asegurador propone una variación razonable, el contrato continuará sobre la base de la variación propuesta, a menos que el tomador del seguro rechace la propuesta dentro de un mes desde que reciba la comunicación a que hace referencia el párrafo 1. En ese caso, el asegurador podrá finalizar el contrato dentro del período de un mes desde que reciba la comunicación escrita del rechazo del tomador del seguro. ()”.

plazo de dos meses, que ajuste la prima convenida u otras condiciones del contrato. En dicha comunicación se hará constar que en caso de rechazo o silencio por parte del tomador del seguro, se producirá la resolución automática del contrato en el plazo del mes siguiente a la notificación de la propuesta de modificación.” A su elección el asegurador podría no solo terminar el contrato, sino intentar su modificación mediante la proposición que en ese sentido se haga al asegurado; pero, mientras que en los PEICL, según se vio, al silencio del tomador que ha recibido la oferta de modificar los términos del contrato se le ha conferido el efecto de la aceptación –una ficción, sin duda–, el Anteproyecto optó por una fórmula por completo opuesta, en la medida en que la falta de respuesta del tomador daría lugar a la terminación automática del aseguramiento; consecuencia que para algunos podría ser protectora de los intereses del asegurado, en tanto que, sabiendo que no será extraña la falta de respuesta, por descuido tal vez, lo mejor era extinguir el vínculo negocial y evitar así que el tomador se vea atado a condiciones eventualmente más gravosas para él. No obstante, en nuestro criterio tal solución tiene detrás cierta desconfianza frente al comportamiento de la compañía de seguros, quien, sacando provecho del normal descuido de muchas personas, propondría modificaciones encaminadas a limitar al máximo su responsabilidad; esta prevención –comprensible a veces–, sin embargo, estaría jugando en contra de los intereses del asegurado, ya que lo dejaría desprovisto de cobertura, y en consecuencia expuesto a los riesgos que quiso trasladar a la compañía, de ahí que nos parezca mejor la fórmula de los PEICL, toda vez que ante dos males, el posible abuso y la falta de cobertura, escogió darle vía libre al primero, que ciertamente es el menor de ellos. En efecto, la legislación consagra varios mecanismos para guardar los intereses de quienes contratan con una compañía de seguros –interpretación del contrato, cláusulas limitativas de derechos, e incluso la institución de las cláusulas abusivas–, con las que se podría aminorar el eventual impacto que traerían las nuevas condiciones, pero casi nada lo protege de la ausencia de cobertura ocasionada por la terminación automática del contrato.

En lo concerniente a la agravación del riesgo objeto del seguro, particularmente al deber del tomador de comunicarla, tanto la Propuesta de la Comisión como el Anteproyecto mantuvieron en términos generales lo dicho por la Ley 50/1980³⁴, aunque con cambios en su redacción, a nuestro modo de ver, menores, y que parecen apuntar más a la precisión de su alcance que a su alteración. Así, en el Anteproyecto³⁵ se indica

34 El artículo 11 de la Ley 50/1980 dice que “El tomador del seguro o el asegurado deberán, durante el curso del contrato, comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas.”

35 El artículo 581-10 del Anteproyecto establece que “El tomador del seguro o el asegurado deberán, durante la vigencia del contrato, comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, la alteración de los factores y circunstancias declaradas en el cuestionario que agraven el riesgo y que sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por éste en el momento de la perfección del contrato no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas.”

que existirá deber de comunicar cuando se agraven las circunstancias que fueron declaradas en el cuestionario, advertencia que no constaba en la antigua normativa.

Sí hubo en el Anteproyecto una inclusión que merece ser mencionada, y es que se dijo que *“En los seguros de personas el tomador o el asegurado no tienen obligación de comunicar la variación de las circunstancias relativas al estado de salud del asegurado, que en ningún caso se considerarán agravaciones del riesgo.”*, limitación que de alguna manera había sido concebida y aplicada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia³⁶ española para el seguro de vida, y que encuentra una natural explicación en que *“(...) no cabe confundir las circunstancias que agravan el riesgo con el riesgo mismo asegurado. A ello hay que añadir que las circunstancias han de ser imprevisibles, lo que no sucede cuando la agravación constituye el normal o inevitable desarrollo de la situación originaria. Es el caso paradigmático del seguro para el caso de muerte, donde la agravación del riesgo es inherente a su naturaleza por la natural aproximación de la muerte a medida que el tiempo pasa.”*³⁷

2.7 La obligación de mitigar la extensión del siniestro

Fueron profundos los cambios que se hicieron al régimen que originalmente consagró la Ley 50/1980, contemplado en su artículo 17, en el que puede leerse que *“El asegurado o el tomador del seguro deberán emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro. (...)”*, deber que se reiteró, y en iguales términos, tanto en la Propuesta de la Comisión como en el Anteproyecto.

Las modificaciones que hemos anunciado se encuentran, en primer lugar, a la hora de regular las consecuencias del incumplimiento. Al respecto, en la Ley 50/1980 se advierte que *“(...) El incumplimiento de este deber dará derecho al asegurador a reducir de su prestación en la proporción oportuna, teniendo en cuenta la importancia de los daños derivados del mismo y el grado de culpa del asegurado (...)”*, lo que se traduce en que cada caso será el juez el que establezca, de acuerdo a las particularidades del evento, la forma en que el asegurador se liberará parcialmente de su obligación indemnizatoria. Así, sea que la culpa sea leve o grave, se podrá reducir la indemnización; por supuesto, habrá consecuencias diversa según tenga lugar la una o la otra.

Empero, si la inobservancia del deber da como consecuencia de una conducta dolosa, el asegurado, dice el mismo artículo, *“(...) quedará liberado de toda prestación derivada del siniestro (...)”*.

Si revisamos el texto de la Propuesta de la Comisión –artículo 591-16–, éste contrasta con lo hasta aquí dicho, ya que prefirió que *“(...) En caso de incumplimiento **por culpa grave** del deber establecido en el apartado anterior, el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento (...)”*. Pero el Anteproyecto

36 Cfr. STS 4 de enero de 2008 (R) 2008, 2923, entre otras.

37 Badillo Arias, J. A. (2011) Ley de Contrato de Seguro. 2ª edición. Aranzadi. Página 319.

fue más allá, al decir que “(...) En caso de incumplimiento **por dolo o culpa grave del deber establecido en el apartado anterior, el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por dicho incumplimiento (...)**”.

Al menos tres grandes cambios relucen de la anterior comparación. Por un lado, el incumplimiento del deber sólo tendrá relevancia si lo antecede una conducta dolosa o culposa, descartándose entonces cualquiera que no admita ese calificativo, contrario a lo dispuesto por la Ley 50/1980. Por otro lado, mientras que en esta ley el dolo libraba al asegurador de cumplir con el pago de cualquier prestación, consagrando entonces una especie de sanción para el infractor, en la futura codificación simplemente le da derecho a la compañía de seguros para reclamar los perjuicios que de esto le cause. Finalmente, la nueva redacción precisa que configurado el incumplimiento –en los términos expuestos–, el asegurador podrá descontar de la indemnización los daños que sufra como consecuencia de tales hechos, dejando de lado la poco clara redacción que permitía reducir la suma debida de acuerdo a la importancia de los daños y al grado de culpa.

Con el fin de incentivar el cumplimiento del deber ya comentado, desde la Ley 50/1980 era claro que “(...) Los gastos que se originen por el cumplimiento de la citada obligación, siempre que no sean inoportunos o desproporcionados a los bienes salvados serán de cuenta del asegurador hasta el límite fijado en el contrato, incluso si tales gastos no han tenido resultados efectivos o positivos (...)”, aclarando eso sí que “(...) Tal indemnización no podrá exceder de la suma asegurada (...)”. Esta última limitación no admite una única interpretación, como lo demuestran las discusiones que al respecto se han presentado en la doctrina, la que incluso la ha catalogada como confusa; “(...) cabría pensar puesto que la suma asegurada es el límite de indemnización a cargo del asegurador, que si el importe de la indemnización por los daños del siniestro ascienden a la suma asegurada, no cabría indemnización alguna por los gastos de salvamento a haber sido consumida la misma (...)”; pero “(...) la mayoría de la doctrina no lo interpreta así, considerando que la finalidad del art. 17.3 LCS no es detraer cantidad alguna de la suma asegurada para los gastos de salvamento sino que, además de asumir la indemnización derivada de los daños ocasionados por el siniestro, el asegurador ha de asumir los gastos de salvamento hasta el límite de la suma asegurada (...)”³⁸. No puede negarse, eso es cierto, que la redacción de la norma da lugar a la discusión, ya que si bien parece sugerir que la obligación de la aseguradora siempre estará limitada por la suma asegurada, monto máximo que no puede ser superado ni por los daños ocasionados por el siniestro, ni por los gastos de salvamento, individual o conjuntamente considerados, la filosofía que persigue justifica que se entienda, en pocas palabras que los gastos para evitar la extensión del siniestro deben ser asumidos por la aseguradora hasta un monto igual al de la suma asegurada, aun cuando, sumados a los daños del siniestro, signifiquen una obligación superior a ese límite.

Es en el marco de esa discusión que cobra mayúscula importancia lo que atinadamente se incluyó en el Anteproyecto, en el sentido de que “Los gastos señalados

38 Badillo Arias, J. A. (2011) Ley de Contrato de Seguro. 2ª edición. Aranzadi. Página 433.

en el apartado anterior **serán independientes de la prestación** que en su caso, deba pagar el asegurador al asegurado.”, trayendo esto como consecuencia que el asegurado no verá disminuido el monto que servirá de tope para cubrir los daños que padezcan como consecuencia del siniestro.

Fue de esta forma que el Anteproyecto terminó con el debate del que antes se dio cuenta.

Estas son, pues, algunas consideraciones originadas en el análisis de ciertas normas del Anteproyecto de Código Mercantil, que dejan en evidencia la complejidad de los cambios que se pretenden introducir en el ordenamiento español. Son varias las dudas que surgen desde ya, y serían muchas más si el análisis hubiera comprendido un mayor número de disposiciones, pero eso será una tarea pendiente de ser abordada en otra oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Antecedentes Legislativos del Derecho de Seguros en Colombia –*El Contrato y la Institución*–. Asociación Colombiana de Corredores de Seguros –ACOAS– y Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –ACOLDESE–. 2002.

Badillo Arias, J. A. (2011) Ley de Contrato de Seguro. 2ª edición. Aranzadi.

Bataller Grau, J., Latorre Chiner, N., Olavarría Iglesia, J. (2007) Derecho de los Seguros Privados. Marcial Pons.

Broseta Pont, M., Martínez Sanz, F. (2003) Manual de Derecho Mercantil. Volumen II. 11ª edición. Tecnos.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1996) “Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas”. En: *Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas*. Civitas y Fundación BBVA.

Ossa Gómez J. E. (1956). Tratado Elemental de Seguros. Bedout.

Veiga Copo, A. B. (2012) Tratado del Contrato de Seguro. 2ª edición. Civitas.

Veiga Copo, A. B. (2011) Los principios de derecho de europeo del contrato de seguro. Pontificia Universidad Javeriana – Ibáñez.

Jurisprudencia comparada

A.P. Madrid 12 de julio de 2013, 287/2013

STS 3 de junio de 2008, (R) 2008, 479.

STS 4 de enero de 2008 (R) 2008, 2923