

LA NUEVA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO EN EL PERÚ

*ALONSO NÚÑEZ DEL PRADO SIMONS**

RESUMEN. El autor hace una revisión del contrato de seguro en el Perú a partir de la nueva ley 29946 vigente desde el 27 de mayo de 2013 en sus aspectos principales.

PALABRAS CLAVE. Contrato de seguros; principios de seguros; buena fe; mala fe; criterios de interpretación; interpretación contra stipulatorem; grandes riesgos; seguros médicos; seguro de vida; subrogación; contribución; prevención; agravación; prescripción.

ABSTRACT. The author has made a review of the insurance contract in Perú from the new Act 29946 enacted since may 27 2013 in its main aspects.

KEY WORDS. Insurance contract; insurance principles; good faith; bath faith; interpretation criteria; contra stipulatorem interpretation; large risks; medical insurance; life insurance; subrogation; contribution; prevention; aggravation; prescription.

* Abogado, cursó el Magíster en Derecho de la Integración y el de Derecho Constitucional, es Master of Business Administration (MBA) por el *College of Insurance* de Nueva York, graduado en Lingüística y Literatura, además de en Filosofía, en que también cursó el Magíster. Es fundador y Director Ejecutivo del '*Observatorio de cumplimiento de planes de gobierno*', profesor universitario, árbitro y conferencista internacional. Publica habitualmente en revistas jurídicas y en los principales diarios de Lima. Asimismo, es Presidente de la '*Asociación Peruana de Derecho de Seguros*', Capítulo de AIDA en el Perú y director de varias entidades del sistema asegurador. Contacto: alonso.nezdelprado@gmail.com



1. EL PRINCIPIO DE BUENA FE

a) Algunos antecedentes

En un contrato de seguros las partes están obligadas a actuar de buena fe. Así fue establecido por la sección 17 de la Ley de seguro marítimo¹ de 1906 de Inglaterra que a la letra dice:

El contrato de seguro marítimo es un contrato basado en la máxima buena fe y si ésta no es observada por cada una de las partes, el contrato puede ser anulado por la otra.

La obligación de máxima buena fe fue entendida, principalmente, como el deber de los asegurados de declarar todo lo vinculado al riesgo siendo honestos con el asegurador. Sin embargo, el texto de la mencionada Ley impone el principio a las dos partes y requiere buena fe de ambos, el asegurado y el asegurador.

Lo antes mencionado fue recogido en el artículo 376°, inciso 1 del Código de Comercio del Perú vigente hasta el 27 de mayo de 2013 que a textualmente decía:

Art. 376°.- Será nulo todo contrato de seguro:

Por la mala fe probada de alguna de las partes al tiempo de la celebración del contrato.

De lo que puede concluirse que la obligación de buena fe –como en el Derecho inglés– alcanzaba ya en ese cuerpo legal a las dos partes.

b) Ubérrima bona fide

La relación entre alguien que busca un seguro y el asegurador que se lo proporciona se ha definido bajo lo que se conoce como la doctrina de la máxima buena fe –*ubérrima bona fide*.

Desde los primeros días de los seguros marítimos, pasando luego a otras formas, la responsabilidad de revelar todos los hechos relevantes,

¹ Insurance Marine Act.

ha descansado sobre el contratante o tomador. Esto significa que debe proporcionar toda la información que posea y sea relevante respecto al riesgo que desea asegurar –no sólo aquella que considere importante–, y debe ofrecerla voluntariamente, sin necesidad de que le sea requerida.

Creo que la mayor parte de personas vinculadas a la industria del seguro coincidirían en definir un ‘hecho relevante’ (*material fact*) como aquel que influenciaría a un asegurador prudente en la aceptación del riesgo o en la tarifa que cobraría por éste.

Como se puede ver, es de suma importancia que el contratante de un seguro cumpla con la doctrina de la máxima buena fe. Aunque es menos frecuente por las características del contrato de seguro, la equidad nos lleva a afirmar que la obligación de revelar y en general de proceder con máxima buena fe recae también en el asegurador, como veremos más adelante.

En el mercado de seguros es generalmente aceptado que cuando no se han preguntado las circunstancias siguientes no tienen que ser reveladas, lo que ha sido confirmado en los fallos judiciales del Derecho comparado:

- a) Hechos que mejoran el riesgo. (Así se podrá proteger un edificio mediante equipos contra incendio o un sistema de alarma, sin comunicárselo al asegurador.)
- b) Hechos que debería conocer un asegurador competente como parte de su trabajo. (Por ejemplo, debería estar bien informado sobre las zonas en conflicto o que pueden ser en especial peligrosas, debido a fenómenos naturales, más aún si es que corresponden a los lugares a que alcanza su cobertura.)
- c) Requerimientos legales pertinentes con los que un asegurador debería estar familiarizado, como la legislación que rige la cobertura de un vehículo automotor.
- d) Hechos que hubiera conocido si hubiera realizado una averiguación. Si llenando un formulario (la solicitud) el proponente al responder una pregunta contenida en el mismo, respecto a los antecedentes del seguro indica: “Consultar sus propios archivos”, el asegurador,

deberá hacerlo. Si no lo hace no podrá argumentar una falta contra la buena fe.

- e) Hechos que se le escapen al asegurador cuando envía a su representante a realizar una inspección, siempre que el proponente no se los haya ocultado.

Si como hemos indicado en general estos hechos no requieren ser revelados, la decisión definitiva sólo se toma luego de ameritarse todos los demás detalles que rodeen al caso específico.

El deber de ejercer la máxima buena fe, descansa igualmente sobre quien negocie la contratación de la póliza, sea éste un agente o el representante de un corredor profesional, aplicándose las reglas del mandato (Art. 37 de la ley 29946)². Si no cumpliera con revelar todos los detalles concernientes al riesgo, la ley inglesa lo considera como un incumplimiento del titular, lo que como hemos señalado hace anulable la póliza. Como en los casos anteriores, si bien ésta es una afirmación válida en términos generales, necesita ser evaluada al detalle caso por caso.

Antiguamente el deber de buena fe estaba limitado a los deberes pre-contractuales sin considerar los que correspondían a las partes una vez que la póliza se había emitido y la mayor parte de los casos del siglo XIX se refirieron a violaciones de la buena fe por ocultamientos o tergiversaciones ocurridas durante esa etapa, porque se entendía que la obligación terminaba con la suscripción del contrato. La experiencia posterior hizo necesario que la jurisprudencia estableciera que la máxima buena fe debe existir durante las negociaciones del contrato, pero debe continuar hasta el momento que caduca o se hace efectiva la póliza³.

Entonces, para algunos seguros tales como los de incendio y robo, existe una condición que señala de manera expresa, que durante su vi-

2 El indicado artículo 37 de la ley 29946 dice que “La carta de nombramiento que el asegurado o contratante extiende a un corredor de seguro, faculta a éste para realizar actos administrativos de representación, mas no de disposición.”

3 Así lo ha señalado la Corte Suprema (Sala de Casación Civil) de Colombia “los deberes de lealtad, probidad y buena fe que las partes, en cualquier contrato y más en éste de seguro, se deben recíprocamente, deberes que apuntalan la coherencia intrínseca y total que debe ostentar el comportamiento contractual de una parte frente a la otra, de modo que tanto en la etapa de preparación como en la de ejecución del contrato”. Exp. 7125, 8 de mayo de 2003.

gencia, se deberá notificar al asegurador de cualquier cambio que aumente el riesgo y para el cual podría requerirse una prima adicional. Esta obligación vuelve a regir a la renovación y el tenedor de la póliza violaría sus obligaciones, si es que pagara la prima de renovación, sin haber declarado un cambio relevante que incremente el riesgo.

Veamos ahora, algunas de las maneras en las que podría violarse este deber de la máxima buena fe.

De manera involuntaria el solicitante de un seguro podría:

- Dejar de comunicar alguna información vital, por olvido o por no darse cuenta que es importante, es decir una omisión. Un ejemplo sería que el solicitante de un seguro de vida omitiera revelar que en su niñez había sufrido fiebre reumática. Las solicitudes-propuesta no siempre incluyen una pregunta sobre esta enfermedad y el solicitante puede no percatarse de su importancia.
- Proporcionar información que cree correcta cuando en realidad no lo es. Es conocida como falsa declaración involuntaria y podría ocurrir si el arrendador de un inmueble describió el trabajo que realizaba su inquilino como “de ingeniería” cuando sin que él lo supiera, el inquilino hubiera incursionado en la fabricación de productos plásticos; o podría ir aún más lejos, y deliberadamente
- Ocultar un hecho relevante lo que constituye un ocultamiento; o
- Llegar hasta el punto de proporcionar información falsa. Así un solicitante de seguro, que afirma tener 70 años cuando en realidad tiene 75, hace una falsa declaración fraudulenta.

Hay, sin embargo, una corriente dominante en el Derecho continental europeo que sostiene que la indemnización debe ser proporcional a la seriedad de la falta, siempre que ésta se haya cometido de buena fe.

En ese sentido se redactó la Ley del contrato de seguro (29946) vigente en el Perú que modificó el vetusto Código de Comercio de 1902. A continuación la exponemos con detalle.

c) Mala fe del asegurado

La nueva Ley del contrato de seguro –LCS– (29946), promulgada el 27 de noviembre de 2012 y vigente en el Perú 180 días después, es decir desde el 27 de mayo de 2013, tiene incluida la buena fe como el primero de sus principios, establecidos en el artículo II de las Disposiciones Generales, una especie de título preliminar de la norma. En consecuencia, también acoge la idea de que la buena fe es necesaria para ambas partes. Lo que además es aplicable –como es conocido– a cualquier contrato.

La mayor parte de la ley peruana (Arts. 9 al 15 de la LCS) sobre buena fe, se refiere a los deberes del asegurado de proveer al asegurador de información antes de que entre en vigencia el contrato. Empero, como está generalmente aceptado en la doctrina y en el Derecho comparado, en la ley peruana (Arts. 59 al 73) se establece que el deber de buena fe no está limitado a asuntos pre-contractuales; sino que se aplica a la forma en que las partes se comportan mutuamente después que el contrato ha sido formalizado.

Los miembros de la Comisión que redactó el Proyecto consideramos adecuado optar por la preservación del contrato (artículo 15°) abandonando la doctrina inglesa que había prevalecido en el Código de Comercio de 1902. Decidimos seguir el camino del Derecho Continental Europeo (Alemania, Francia, España, Italia), del que el nuestro es heredero, que busca preservar el contrato en los casos de reticencias o declaraciones inexactas no dolosas. El Derecho inglés y el Código de Comercio (artículo 376°) vigente hasta el 27 de mayo de 2013, cuando entró en vigencia la nueva Ley, permiten que el asegurador deduzca la nulidad del contrato si la reticencia o información inexacta es relevante. En otras palabras, preferimos limitar la opción de nulidad del contrato a sólo casos de dolo y culpa inexcusable, lo que con frecuencia han olvidado mencionar los aseguradores cuando criticaban el giro que se estaba haciendo con la nueva Ley. Lo que en realidad incomoda de este cambio es que se está limitando la enorme discrecionalidad con que contaban los aseguradores para decidir su posición frente a los siniestros en que exista alguna falta del asegurado.

Los artículos 13 y 14 de la nueva Ley establecen las reglas para los casos de reticencia y/o declaración inexacta no dolosa:

Reticencia y/o declaración inexacta no dolosa

Artículo 13: Si la reticencia y/o declaración inexacta no obedece a dolo del contratante y/o asegurado y es constatada antes que se produzca el siniestro, el asegurador debe ofrecer al contratante la revisión del contrato en un plazo de treinta (30) días computado desde la referida constatación. El ofrecimiento debe contener un ajuste de primas y/o en la cobertura y otorgar un plazo de diez (10) días para que el contratante se pronuncie por la aceptación o el rechazo. Si la revisión es aceptada, el reajuste de la prima se paga según lo acordado.

A falta de aceptación, el asegurador puede resolver el contrato mediante comunicación dirigida al contratante, en el plazo de treinta (30) días computado desde el vencimiento del plazo de diez (10) días fijado en el párrafo anterior.

Corresponden al asegurador las primas devengadas a prorrata, hasta el momento en que efectuó la resolución.

Revisión no aceptada

Artículo 14: Si la constatación de la reticencia y/o declaración inexacta señaladas en el artículo precedente, es posterior a la producción de un siniestro, la indemnización debida se reduce en proporción a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido el real estado del riesgo.

Subsistencia del contrato

Artículo 15: En los casos de reticencia y/o declaración inexacta no procede la nulidad, revisión o resolución del contrato cuando:

- a) Al tiempo del perfeccionamiento del contrato, el asegurador conoce o debe conocer el verdadero estado del riesgo.
- b) Las circunstancias omitidas o declaradas en forma inexacta cesaron antes de ocurrir el siniestro o cuando, la reticencia o declaración inexacta no dolosa, no influyó en la producción del siniestro ni en la medida de la indemnización o prestación debida.
- c) Las circunstancias omitidas fueron contenido de una pregunta expresa no respondida en el cuestionario y el asegurador igualmente celebró el contrato.
- d) Las circunstancias omitidas o declaradas en forma inexacta disminuyen el riesgo.

Como se puede apreciar se ha optado por la solución propia del Derecho Continental Europeo y en caso de siniestro se reduce la indemnización ‘en proporción a la diferencia de prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido el real estado del riesgo’. Bajo la legislación anterior una compañía aseguradora si la reticencia

o declaración inexacta revestían importancia, podía considerar nulo el contrato y negar el pago del íntegro de la pérdida. Este camino está siendo modificado en el Derecho inglés, ya que se han percatado que el resto de países europeos han legislado buscando la preservación del contrato y la reducción proporcional de la indemnización, como en nuestra Ley.

Si, como con frecuencia sucede, los verdaderos hechos sólo salen a la luz a consecuencia de una pérdida, el asegurador tendrá que decidir si la violación es lo suficientemente seria como para que se niegue a aceptar el reclamo. Y ésta es una decisión que debe ser analizada de manera cuidadosa, porque el rechazo de una reclamación puede tener que justificarse más adelante en la vía judicial, con los consecuentes sobre costos.

Es indispensable –dadas las características del negocio de los seguros– que este código de conducta –la obligación de la ubérrima bona fidei– que se estableciera hace tanto tiempo, continúe todavía dominando todas las relaciones de la industria; y sea aceptada por todos los que trabajan en el mercado asegurador.

d) Mala fe del asegurador

Como ya hice notar, el concepto de ‘mala fe’ se aplicaba básicamente al asegurado hasta que las cortes inglesas recordaron que la Marine Insurance Act exigía buena fe a las dos partes y las cortes estadounidenses las siguieron.

En el ámbito latinoamericano, tenemos, primero, que el profesor colombiano J. Efrén Ossa C., ya fallecido, afirmó:

Esta misma lealtad (buena fe) debe corresponder al asegurador en la concepción de la póliza y en la ejecución del contrato⁴.

Asimismo, el tratadista argentino Rubén S. Stiglitz, sostiene:

La aceptación expresa del derecho del asegurado o la proveniente del mero transcurso del tiempo (tácita) impide al asegurador alegar defensas, esto es, desconocer el derecho del asegurado a ser indemnizado o a obtener la prestación comprometida.

4 *Teoría general del seguro. El contrato.* Temis. Bogotá 1984, Pág. 41.

El primer supuesto (aceptación expresa) traduce la voluntad de afrontar la obligación principal

La segunda hipótesis, aceptación inducida (por la ley) de la mora del asegurador, se justifica con fundamento en que si el obligado, teniendo en su poder la información necesaria y la posibilidad de verificar el siniestro y la extensión de la prestación a su cargo, no se pronuncia en contra de los derechos del asegurado y, por el contrario, deja transcurrir el plazo (de preclusión) que le impone el artículo 56 (en el Perú sería el artículo 332 de la ley 267029), Ley de Seguros, debe soportar las consecuencias...⁵.

También Amadeo Soler Aleu lo hace notar:

...el asegurador deberá expedirse con respecto al derecho de asegurado a percibir la indemnización. El artículo 56 dispone: “El asegurador debe pronunciarse respecto del derecho del asegurado dentro de los treinta días de recibida la información... La omisión de pronunciarse importa la aceptación”⁶.

Como antes indiqué la mala fe puede ser pre-contractual y en el caso del asegurador está relacionada directamente con la redacción del contrato que en la mayor parte de países está normado por la Ley del contrato de seguro (LCS) que lo regula.

En el caso peruano los artículos (39, 40 y 41) de la LCS relacionados con las cláusulas abusivas son ejemplo de cómo se sanciona la mala fe del asegurador cuando incluye éstas en las pólizas: ‘son nulas de pleno derecho por lo que se las tiene por no convenidas’.

Antes de la promulgación de la nueva Ley del contrato de seguro – LCS– (29946) el doctor Luis A. Meza publicó un listado⁷ en que detallaba

5 *Derecho de seguros*, tomo II, Pág. 295, Editorial La Ley.

6 *El nuevo contrato de seguro*, Astrea. Buenos Aires 1978, Pág. 181.

7 Página web de la *Asociación Peruana de Corredores de Seguros (APECOSE)*: <http://www.apecose.com/wp-content/uploads/2012/05/CL%C3%81USULAS-ILEGALES-EN-P%C3%93LIZAS-DE-SEGURO-EN-EL-PER%C3%A9.pdf>

“Se trata de una muestra referida a:

1. Cláusulas en que los asegurados renuncian a la jurisdicción que les favorece.

2. Cláusulas que fijan plazos de prescripción menores a los legales.

3. Cláusulas que buscan dejar sin efecto el artículo 332 de la Ley N° 26702”.

Este estudio fue usado por el propio Dr. Meza para la elaboración de su tesis de maestría. En: *Página Cybertesis - Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/2292/1/meza_cl.pdf

Conclusión N° 6, página 183: “La existencia de documentos contractuales contradictorios, ambiguos o de difícil comprensión, cuando no violatorios de normas jurídicas expresas, no promueven la plena determinación de los riesgos asegurados. Por el contrario, incentivan una peligrosa indeterminación y

todas las cláusulas no solo abusivas, sino ilegales que las compañías aseguradoras peruanas incluían en sus contratos sin que la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) tomara acción para evitarlo. La Asociación Peruana de Corredores de Seguros (APECOSE) incluso hizo llegar a la SBS el indicado estudio sin que ésta reaccionara como correspondía.

En pocas palabras, en el Derecho comparado, usualmente, la propia ley o, en algunos casos la jurisprudencia, sancionan a los aseguradores que tomando ventaja de ser los redactores de los contratos se permiten incluir condiciones inaceptables en éstos, porque desequilibran de manera importante los derechos y deberes de las partes en el contrato de seguro.

En cuanto a la mala fe post contractual, el proceder de un asegurador desde que el siniestro le fue denunciado, puede entenderse como la afirmación del contrato de seguro y la renuncia a cualquier impugnación; sobre todo si se le agrega una demora no justificada y excesiva antes de su pronunciamiento. Lo expuesto implica un proceder poco profesional, negligente y que no respeta el principio de máxima buena fe que es obligatorio para las dos partes en todo contrato, pero especialmente en el de seguros.

A modo de ilustración a continuación transcribimos una traducción libre (original en inglés) de lo que es mala fe del asegurador en opinión de una publicación en la Internet⁸.

¿En qué consiste la mala fe?

A. Definición básica

1. Seguro directo (Primera parte)

Negativa a pagar un reclamo sin base razonable e incluso si el asegurador teniendo una base razonable para dicha negativa, no investiga el reclamo de manera adecuada y oportuna.

abuso. Existen cláusulas de pólizas de seguro que, a pesar de violar disposiciones específicas de la Ley N° 26702 y resoluciones de la propia autoridad de control del sistema de seguros, están contenidas en pólizas que figuran como vigentes en el registro oficial (SBS) y/o circulan en el mercado peruano”.

8 <http://www.mvplaw.com/post/articles/bad%20faith.pdf> ((20 de diciembre de 2013).

2. Seguro de Responsabilidad Civil frente a Terceros

No se atiende un reclamo, no se paga una indemnización por el mismo, o no se acuerda una transacción dentro de los límites de la póliza sin tener una base razonable, o no se investiga o atiende apropiada y oportunamente el reclamo.

Tipos de conducta que podrían constituir mala fe:

- a. Prácticas engañosas o declaraciones falsas deliberadas con el fin de evitar el pago de reclamos.
- b. Interpretación incorrecta y malintencionada de la información registrada o del lenguaje de la póliza con el fin de evitar la cobertura.
- c. Conducta no razonable en litigios.
- d. Demora no razonable para resolver reclamos o fallas en la investigación.
- e. Uso de estándares inadecuados para negar un reclamo.
- f. Exigencias arbitrarias o no razonables para probar un siniestro.
- g. Tácticas abusivas y coercitivas para resolver un reclamo.
- h. Forzar al asegurado a que contribuya con la liquidación.
- i. No investigar de manera exhaustiva el reclamo de acuerdo con sus propios procedimientos.
- j. No mantener procedimientos adecuados de investigación.
- k. No informar sobre los límites de la póliza ni explicar las disposiciones o exclusiones aplicables de la póliza.

Consideramos que el texto nos releva de mayores explicaciones.

I. Jurisprudencia y Derecho comparado

Lo establecido en el artículo 2º del mencionado Código de Comercio de 1902 que establece como fuente principal después de ese cuerpo legal, a los ‘usos de comercio’, es decir a la costumbre, fue ratificado por el primero y quinto criterios (reglas) de interpretación del Art. IV de la LCS.

Aunque los asuntos relacionados con las obligaciones de buena fe del asegurador tienden a ser más defensa que causa original de acción en las controversias, el desarrollo de la jurisprudencia internacional ha dejado establecido este deber del asegurador en el contexto en que su

derecho a considerar nulo el contrato por el ocultamiento o declaración falsa o reticente pueda estar sujeta a un requerimiento en que éste ejerció ese derecho de buena fe.

II. El proceso de administración de reclamos y la buena fe

En la jurisprudencia y en el Derecho comparado ha quedado establecido que el deber post-contractual de buena fe del asegurador puede aplicarse, por ejemplo, cuando éste ejercita alguno de sus derechos contractuales. En la mayoría de los casos se hace incidencia en la demora del asegurador en la atención del reclamo.

III. Reserva de derechos

Otro asunto vinculado a la aseveración de un asegurador de que está en capacidad de considerar nula la póliza de seguros por declaración falsa o reticente u ocultamiento es si éste no ha usado su derecho a tenerla por nula o la ha confirmado. La exoneración o confirmación extingue el derecho de anular en relación a un ocultamiento específico. Para que se produzca una exoneración por el asegurador, no se requiere que el asegurado actúe en su detrimento. Una exoneración puede emerger si el asegurador descubre que el asegurado ha hecho una declaración falsa o reticente cuando el riesgo ya está colocado, pero decide no usar su derecho a anular la póliza.

Los aseguradores deben tener conocimiento del hecho no declarado o haberlo tenido si hubieran actuado de manera diligente o éste es público y deben haber hecho una comunicación al asegurado, que permita a éste interpretar de esa manera las palabras o conducta del asegurador. Esto puede incluir la falla del asegurador en considerar nula una póliza (o en manifestarlo) y/o en no devolver la prima al asegurado en el caso de que comunique que tiene por nula la póliza y declina el pago del reclamo⁹.

Aunque la demora en sí misma no es suficiente para una exoneración, ya que el asegurador tiene derecho a un período razonable de tiempo para

9 Birds, John LL.M., Professor of Commercial Law University of Manchester, *Birds' Modern Insurance Law*, (8th edn. Sweet & Maxwell, 2010).

evaluar la información, hacer investigaciones y/o las preguntas adecuadas y llegar a una decisión, cuando el asegurador demora más allá de un tiempo razonable y el asegurado actúa con confianza, el asegurador está impedido de anular la póliza.

Resumiendo, está aceptado que si los aseguradores requieren de más tiempo para investigar y tomar una decisión, deben reservar expresamente sus derechos antes de dar cualquier paso positivo en relación a la póliza y si no lo hacen, debe considerarse que la han afirmado.

Lo expuesto tiene también sustento en la legislación peruana en la denominada teoría de los hechos propios (artículo 231 del Código Civil).

IV. La mala fe del asegurador en la LCS

Antes que nada consideramos importante recordar un concepto por demás olvidado en nuestro país y en muchos otros, como resultado de la forma legal adoptada en la constitución de las aseguradoras (sociedades anónimas) y es que si bien el Derecho de seguros es una rama del Comercial, tiene independencia por referirse a una industria supervisada, porque administra fondos del público, como ocurre con otras entidades financieras.

A diferencia de lo ocurrido en el mundo anglosajón –por ejemplo en los Estados Unidos, donde las aseguradoras fueron originalmente organizadas como mutuales o incluso cooperativas– en nuestros países se optó desde el principio por las sociedades por acciones¹⁰ que han llevado a olvidar que, en realidad, el dinero que administran son los fondos creados por los asegurados (y que por lo tanto son de ellos y no de las aseguradoras) para que sirvan para pagar los siniestros que tengan cualquiera de los que aportaron siempre que hubieran declarado sus riesgos correctamente tanto en calidad como en cantidad. Esto que resulta obvio en una organización mutual queda oculto en las sociedades anónimas, donde los aseguradores se sienten ‘dueños’ de los fondos. Felizmente, algo que permite recordar este ‘olvido’ es que la industria aseguradora

10 Durante la dictadura de Velasco-Morales (1968-1979) hubo un fallido intento de desarrollar cooperativas que aseguraran a las entidades del mismo tipo.

haya continuado siendo supervisada en la mayor parte de países en el mundo, lo que tiene sustento justamente en que administran fondos del público asegurado.

La nueva LCS (29946) peruana ha incorporado un plazo de 30 días para invocar la reticencia (Art. 9), lo que en otras legislaciones estaba establecido para impugnar el contrato por esa razón. Así en la Argentina el plazo es de 3 meses (artículo 5° de la Ley de Seguros) y en España de sólo un mes, como en nuestro caso. En las legislaciones en que no se ha establecido un término es lógico concluir que sería aplicable el concepto de plazo razonable que se ha desarrollado en Inglaterra, donde no existe término definido, pero hay abundante jurisprudencia en el sentido que debe tener ciertos límites sustentados por el principio de razonabilidad.

De otro lado, es importante tener presente que hay una relación directa entre ‘mala fe del asegurador’ y la figura del ‘ siniestro consentido’. La primera es el origen de la segunda. Así puede decirse que la mala fe del asegurador (negligencia y atraso en la atención de un reclamo) resulta en el consentimiento del reclamo.

El artículo 332 de la Ley del sistema financiero (26702) es en nuestra legislación la norma anterior que acogió la doctrina de que: ‘la mala fe del asegurador resulta en el consentimiento del siniestro’. Textualmente dice que éste queda consentido después de que hayan pasado 30 días desde que se presentó la documentación requerida.

En medio de toda esta problemática, resulta pertinente recordar que en la atención de un reclamo hay dos aspectos involucrados:

1. La cobertura, y
2. El monto de la indemnización.

Los aseguradores y/o ajustadores, según el caso, primero aceptan que el siniestro está cubierto y recién luego establecen el monto a indemnizar. Son claramente dos momentos en la atención de un reclamo. Un ejemplo simple puede servir para ilustrar: en el caso de un accidente automovilístico, primero se determina si está cubierto por la póliza y

después se procede a establecer el monto a indemnizar o reparar según sea el caso. Esta lógica funciona para todos los riesgos, porque es ocioso evaluar el monto si antes no se ha considerado que el reclamo tiene cobertura bajo la póliza.

En la misma línea lo que acabo de exponer, Rubén S. Stiglitz, dice:

La mora del asegurador en pronunciarse sólo implica aceptación del derecho del asegurado a verse garantizado, pero no presupone que la manifestación de voluntad inducida por la ley, se extienda al monto indemnizatorio requerido¹¹.

En la recientemente vigente LCS es el artículo 74, el más largo de la norma, el acoge y regula las consecuencias de la demora o falta de diligencia del asegurador (mala fe) en la atención de un reclamo. En la Sección XVII, Indemnización, Pronunciamiento del Asegurador, textualmente dice:

Artículo 74: El pago de la indemnización o el capital asegurado que se realice directamente a los asegurados, beneficiarios y/o endosatarios, deberá efectuarse en un plazo no mayor de treinta (30) días siguientes de consentido el siniestro.

Se entiende consentido el siniestro, cuando la compañía aseguradora aprueba o no ha rechazado el convenio de ajuste debidamente firmado por el asegurado en un plazo no mayor de diez (10) días contados desde su suscripción y notificación al asegurador. En el caso que la aseguradora no esté de acuerdo con el ajuste señalado en el convenio, puede exigir un nuevo ajuste en un plazo no mayor de treinta (30) días, para consentir o rechazar el siniestro, determinar un nuevo monto o proponer acudir a la cláusula de arbitraje o a la vía judicial.

En los casos en que, objetivamente, no exista convenio de ajuste, sea porque no se ha requerido la participación del ajustador o éste aún no ha concluido su informe, se entenderá como consentido el siniestro cuando la aseguradora no se haya pronunciado sobre el monto reclamado en un plazo que no exceda de los treinta (30) días contados desde la fecha de haberse completado toda la documentación exigida en la póliza para el pago del siniestro, salvo lo señalado en el párrafo siguiente.

Cuando el ajustador requiere contar con un plazo mayor para concluir su informe podrá presentar podrá presentar solicitud debidamente fundamentada por única vez a la Superintendencia precisando las razones técnicas y el plazo requerido, bajo responsabilidad. La Superintendencia se pronunciará de manera motivada sobre dicha solicitud en un plazo máximo de treinta (30) días, bajo responsabilidad.

11 Derecho de seguros, tomo II, Pág. 296, Editorial La Ley. Buenos Aires 2005.

Asimismo, cuando la aseguradora requiera contar con un plazo mayor para realizar investigaciones adicionales u obtener evidencias suficientes sobre la procedencia del siniestro o para la adecuada determinación de su monto, y el asegurado no apruebe, en el caso específico, la ampliación de dicho plazo, la aseguradora podrá presentar solicitud debidamente justificada por única vez y, requiriendo un plazo no mayor al original, a la Superintendencia dentro de los referidos treinta días.

La Superintendencia se pronunciará de manera motivada sobre dicha solicitud en un plazo máximo de treinta (30) días, bajo responsabilidad. A falta de pronunciamiento dentro de dicho plazo, se entiende aprobada la solicitud.

En caso de mora de la empresa de seguros, ésta pagará al asegurado un interés moratorio anual equivalente a uno punto cinco (1.5) veces la tasa promedio para las operaciones activas en el Perú, de la moneda en que se encuentre expresado el contrato de seguro por todo el tiempo de la mora.

Como puede verse la LCS se pone en dos casos, primero, cuando hay convenio de ajuste, el asegurador tiene diez (10) días para pronunciarse y, segundo, cuando no lo hay, se mantienen los treinta (30) días de la ley 26702. Nuestra legislación ha optado por una regulación objetiva en la que vencidos los plazos el siniestro se entiende consentido. Estas reglas debemos entenderlas como mínimas, ya que si el proceder del asegurador, más allá de los plazos establecidos es negligente y poco profesional, el principio general de buena fe se aplicaría y un reclamo podría tenerse por aceptado.

e) Nulidad por dolo o fraude

La LCS sanciona el fraude con la nulidad del contrato. Y ésta es la consecuencia de los actos dolosos del asegurado en las instancias previas y también durante la vigencia de la póliza. La primera está contenida en el artículo 8 que dice:

Artículo 8. Reticencia y/o declaración inexacta dolosa

La reticencia y/o declaración inexacta de circunstancias conocidas por el contratante y/o asegurado, que hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones si el asegurador hubiese sido informado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato si media dolo o culpa inexcusable del contratante y/o asegurado.

Como puede apreciarse del texto, la sanción de nulidad no sólo se impone por dolo, sino también por culpa inexcusable que es un concepto

que tiene que ser evaluado caso por caso, ya que es muy difícil de definir teóricamente.

La nulidad derivada de los actos intencionales durante la vigencia del contrato está contemplada en el artículo 59 de la LCS y se refiere a la ‘Caducidad convencional’ que sólo puede pactarse para casos en que el incumplimiento de una carga tenga origen en el dolo o la culpa inexcusable, ya que la propia norma contempla los efectos del incumplimiento de las cargas por otros motivos y para esos casos, como hemos visto, se ha optado por la preservación del contrato. El texto del indicado artículo es el siguiente:

Artículo 59. Caducidad convencional

Cuando la presente ley no determine el efecto del incumplimiento de una carga impuesta al asegurado, las partes pueden convenir la caducidad de los derechos del asegurado si el incumplimiento obedece a su dolo o culpa inexcusable, de acuerdo al siguiente régimen:

Cargas anteriores al siniestro

- a) Si la carga debe cumplirse antes del siniestro, el asegurador debe alegar la caducidad dentro de treinta (30) días de conocido el incumplimiento.
- b) Cuando el siniestro ocurre antes de que el asegurador alegue la caducidad, se libera del pago de su prestación si el incumplimiento influyó en el acaecimiento del siniestro o en la extensión de su obligación.

Cargas posteriores al siniestro

- c) Si la carga debe ejecutarse después del siniestro, el asegurador se libera por el incumplimiento del asegurado, si el mismo influyó en la extensión de la obligación asumida.
- d) En caso de culpa leve, la indemnización se reduce de manera proporcional a la agravación del siniestro consecuencia del incumplimiento.

En caso de caducidad, corresponde al asegurador la prima por el tiempo transcurrido hasta que toma conocimiento del incumplimiento de la carga.

Como puede apreciarse se sigue la misma política que en toda la LCS en la que se sanciona el dolo y la culpa grave y en los demás casos se reduce proporcionalmente el monto de la indemnización.

La solución es similar en los casos de agravación y disminución del riesgo, cuyos artículos transcribo a continuación:

AGRAVACIÓN Y DISMINUCIÓN DEL RIESGO

Artículo 60. Agravación del riesgo

El asegurado o el contratante, en su caso, deben notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal magnitud que, si son conocidas por este al momento de perfeccionarse el contrato, no lo celebrarían o lo harían en condiciones más gravosas.

Artículo 61. Efectos de la agravación del riesgo

Comunicada al asegurador la agravación del estado del riesgo, este debe manifestar al contratante, en el plazo de quince (15) días, su voluntad de mantener las condiciones del contrato, modificarlas o resolverlo.

Mientras el asegurador no manifieste su posición frente a la agravación, continúan vigentes las condiciones del contrato original. Cuando el asegurador opte por resolver el contrato, tiene derecho a percibir la prima proporcional al tiempo transcurrido.

Si no se le comunica oportunamente, tiene derecho a percibir la prima por el período de seguro en curso.

Artículo 62. Efectos en caso de siniestros

Si el contratante o, en su caso, el asegurado, omiten denunciar la agravación, el asegurador es liberado de su prestación si el siniestro se produce mientras subsiste la agravación del riesgo, excepto que:

- a) El contratante o, en su caso, el asegurado incurren en la omisión o demora sin culpa inexcusable;
- b) Si la agravación del riesgo no influye en la ocurrencia del siniestro ni sobre la medida de la prestación a cargo del asegurador;
- c) Si no ejerce el derecho a resolver o a proponer la modificación del contrato en el plazo previsto en el artículo 61;
- d) El asegurador conozca la agravación, al tiempo en que debía hacerse la denuncia.

En los supuestos mencionados en los incisos a, b y c del presente artículo, el asegurador tiene derecho a deducir del monto de la indemnización la suma proporcional equivalente a la extra prima que hubiere cobrado al contratante, de haber sido informado oportunamente de la agravación del riesgo contratado.

Artículo 63. Extinción del derecho a resolver

El derecho a resolver a que se refiere el artículo 61 caduca, si no se ejerce en el plazo previsto o si la agravación ha desaparecido.

Artículo 64. Excepciones a la agravación del riesgo

Las disposiciones sobre agravación del riesgo no se aplican cuando se provoque para evitar el siniestro o para atenuar sus consecuencias, por un deber de humanidad generalmente aceptado, por legítima defensa, estado de necesidad o por cumplimiento de un deber legal.

Artículo 65. Agravación entre la propuesta y la aceptación

Las disposiciones de esta sección también son aplicables a la agravación producida entre la propuesta y la aceptación del asegurador.

2. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO

a) Generales

El artículo I de las Disposiciones Generales establece que la Ley se aplica a todas las clases de seguros y que tiene carácter imperativo salvo que admita expresamente lo contrario. Asimismo, que es supletoria en los seguros obligatorios y en los que se encuentren regulados por leyes especiales.

Una de las novedades que ha traído esta norma, incluso a nivel internacional, es la incorporación de los principios que rigen la institución de los seguros¹² en el artículo II de las ‘Disposiciones Generales’. A los cuatro clásicos (Buena fe, indemnización, interés asegurable y doctrina de la causa adecuada (‘Proximate Cause’ en la legislación inglesa), le agregamos el de mutualidad, porque en el Perú se estaba olvidando hasta el punto que algunas aseguradoras hacían incrementos individuales de prima por alta siniestralidad en seguros médicos, como si los asegurados pudieran tener control de sus enfermedades. La Comisión del 2006 decidió incluir también el ‘in dubio contra stipulatorem’, que en realidad ya está en los criterios (mal llamados ‘reglas’ en la Ley) de interpretación del contrato (artículo II). En este caso discutimos si convenía desarrollar o definir cada uno de los conceptos en el propio texto legal y convini-mos en dejarlos abiertos a la interpretación de los jueces, tribunales y la

12 Desarrollados ampliamente en mi artículo ‘Principios jurídicos de seguros’, publicado en la *Revista Ibero Latinoamericana de Seguros (RIS)* N° 35 (Edición 20 años), Pág. 49 y más recientemente en la página web de APECOSE: <http://www.apecose.com/2012/06/principios-juridicos-del-seguro/>

doctrina. La desventaja es que no se explica que el principio de indemnización tiene excepciones como el seguro de vida, los seguros a valor de reposición y a valor convenido.

b) Causa adecuada o causa próxima

Estando ya el Proyecto en el Congreso, se desató una polémica al interior de la Asociación Peruana de Derecho de Seguros, Capítulo de AIDA en el Perú, sobre si debimos haber incluido entre los principios la doctrina de la causa próxima (propia del Derecho inglés) en vez de la causa adecuada. El cuestionamiento vino de un especialista en Seguro marítimo, quien partía de que la mayor parte de controversias sobre el tema se sometían a los tribunales ingleses.

En mi percepción las nociones de ‘causa adecuada’ y ‘causa próxima’, son muy parecidas y no hay diferencias sustanciales. Es más un tema de denominación que otra cosa.

La ‘Causa próxima’ es una doctrina del Derecho Anglosajón, que está explicada y desarrollada en la jurisprudencia y doctrina de Derecho de seguros inglesa, mientras que la ‘Causa adecuada’ es una teoría originada en el Derecho Continental Europeo, específicamente en el alemán –por el filósofo Johannes von Kries– y que al principio se refirió al ámbito penal. Mas si se investiga cada una por su lado, resulta habiendo grandes coincidencias. Mi posición de optar por la causa adecuada se fundó en que nuestra legislación (Art. 1260 y siguientes del Código Civil) ya la tenía incorporada y no hacía mucho sentido optar por una denominación diferente.

Hay otra serie de teorías también con mucho parecido, como la de la equivalencia o de la *conditio sine qua non* (von Bury), la de la causa típica (Beling, Mezger), la de la causa necesaria, la de la causa más eficaz y la de la causa más eficiente que ponen el acento en diversos aspectos y que la jurisprudencia anglosajona ha incorporado a la doctrina de la causa próxima.

Sin embargo, parece haber habido en algún momento en nuestra doctrina (Fernando de Trazegnies, Juan Espinoza, Carlos Cárdenas) una

traducción textual de la expresión ‘Proximate Cause’ (Causa próxima) que la vinculó casi exclusivamente con la ‘proximidad’ y que ha llevado a una interpretación equivocada o por lo menos diferente de lo significa para los anglosajones. Aunque lo consideraría improbable, sería también posible que hubiera surgido en el Derecho Continental Europeo un concepto de ‘causa próxima’ diferente al del Derecho inglés.

Es importante diferenciar las interpretaciones textuales que se puedan hacer al leer un texto, de las que han hecho los tribunales ingleses respecto de lo que es ‘*immediate*’ y ‘*remote*’. A continuación transcribo los relatos de algunos casos que son frecuentemente citados en las escuelas de seguros del Londres y el mundo.

En 1908 en Jamaica, a causa de un terremoto, se desató un incendio en un edificio relativamente alejado de otro. El segundo edificio estaba asegurado bajo una póliza de incendio a la que no se había adicionado la cobertura de terremoto, ni la de incendio consecutivo de terremoto, por lo que estaban excluidas. El incendio del primer edificio cundió por todo el pueblo e hizo presa del segundo. Los propietarios reclamaron sosteniendo que la pérdida se debía a un incendio, los aseguradores retrucaron arguyendo que la causa directa había sido el terremoto. El juez falló afirmando que no había habido interrupción en la cadena entre el inicio del incendio, debido al terremoto y la destrucción del edificio asegurado. El incendio había cundido de manera natural y que en consecuencia, como el incendio causado por terremoto, era un riesgo excluido bajo la póliza, la pérdida no era pagadera. En su sentencia, el juez comparó lo ocurrido con la situación que podría haber surgido si alguien que le tuviera inquina al propietario del edificio asegurado, hubiera tomado una tea encendida del inmueble en el que se había iniciado el incendio y se la hubiera llevado al edificio asegurado y la hubiera tirado adentro. Aquí –sostuvo– hubiera habido intervención de una nueva fuerza –el hombre rencoroso– y ésta hubiera sido la causa directa. El terremoto se hubiera convertido en la remota.

Para mostrar cuán importante es distinguir entre la causa directa y la remota, consideremos el caso de Marsden vs. City & County Assurance Co. de 1865. Aprovechándose de que a poca distancia ocurría un incendio, unos rufianes rompieron las lunas de una tienda en el deseo de robarse

los artículos en exhibición. Las pólizas de vidrios excluyen los daños causados por incendio —ya que deben ser cubiertas por las para ese riesgo— y cuando el tendero presentó su reclamo bajo su seguro de vidrios para que le reemplazaran la luna rota, los aseguradores se negaron a pagar argumentando que la causa de la pérdida era el incendio ocurrido en las cercanías. El juez falló sosteniendo que este último era sólo la causa remota y que la directa de la pérdida era la rotura del vidrio por los rufianes.

En el primer caso la causa próxima para el juez fue el terremoto (en apariencia causa remota), porque no hubo la intervención de una fuente nueva e independiente. Está claro que fue por la exclusión que no se cubrió, pero el análisis del juez fue de causa próxima. En el segundo el juez consideró que la causa próxima fue la rotura de lunas por los ladrones, porque, evidentemente, intervino ‘una fuente nueva e independiente’ y no porque era la causa inmediata.

En 1908, en un caso conocido como *Pawsey vs. Scottish Union & National*, el juez Lamb dio una definición que todavía se cita en las facultades de Derecho y en los fallos judiciales, de lo que constituye ‘Causa próxima’. Dijo: “La causa próxima es la causa eficiente y activa que pone en marcha una cadena de acontecimientos, que producen un resultado sin intervención de alguna otra fuerza, que se iniciara y trabajara activamente originada en una fuente nueva e independiente”¹³.

A mi entender esta definición deja claro que salvo sus orígenes (anglosajón y germano) no hay mayores diferencias entre ‘Causa próxima’ y ‘Causa adecuada’; y que ‘Causa próxima’ no es igual a causa inmediata. Es importante recalcar que fue ese concepto de ‘Causa próxima’ el que se usó para resolver los dos casos narrados, aunque la elaboración de la definición es posterior en uno y casi paralela en el otro.

A raíz de esta pequeña polémica hice una pesquisa entre diferentes especialistas de algunos países latinoamericanos y concluí en que no había claridad legal, jurisprudencial, ni doctrinaria en la mayor parte de sistemas jurídicos. De Argentina, me informaron que en materia de

13 “Proximate Cause means the active, efficient cause that sets in motion a train of events, which brings about a result, without the intervention of any force started and working actively from a new and independent source”.

responsabilidad civil, se aplica la teoría de la causalidad adecuada y que ocurría lo mismo en seguros de propiedad, accidentes y transporte. De Uruguay comentaron que no quedaba claro cual doctrina de causalidad sigue su Código de Comercio, que regula a los seguros, aunque ciertamente se inspira en las doctrinas clásicas, ya que es del año 1865. Agregaron que no estaba pacíficamente consensuada la seguida por el legislador y que lo mismo ocurría con la jurisprudencia, pero se animaron a decirme que el concepto manejando hoy principalmente es el de causa eficaz. Es decir, por ejemplo en los seguros de responsabilidad civil la necesidad es de probar el nexo causal entre el hecho dañoso y el daño causado que debe ser eficaz para producir el daño ocurrido. Por su parte de Chile, señalaron que no había nada en la ley y que la jurisprudencia arbitral es difícil de pesquisar, porque no hay registros que hayan llegado a tribunales superiores. En todo caso, finalizaron, por experiencia podemos ‘decir que rige la causa próxima’, aunque es probable que se haya discutido en juicio la incidencia de la remota o adecuada. Desde México me dijeron que no existía en la legislación mexicana una definición de causalidad. Se le trata de manera pragmática atendiendo al sentido común del caso concreto, sustentado por evidencias creíbles y que se encuentren disponibles para poder decidir cuál es la causa natural, directa e inmediata del daño sufrido. Se ha tratado atendiendo a la causa relevante del siniestro ocurrido y a que su consecuencia natural, directa e inmediata, resulte en un daño cubierto. En la medida en la que la consecuencia natural, directa e inmediata de la primera causa resulte en un daño cubierto, los factores subsecuentes no deben de ser relevantes en la determinación del riesgo. En ese mismo orden de ideas, agregaron, si la consecuencia natural, directa e inmediata de la primera causa resulta en un daño cubierto, otras causas son irrelevantes o no deberán de ser consideradas de importancia para el propósito de determinar si el daño fue causado por éstas, ya que el daño es una consecuencia natural de la primera causa.

c) Contrato por adhesión y el tratamiento a los ‘grandes riesgos’

El artículo III textualmente dice:

Artículo III: El contrato de seguro se celebra por adhesión, excepto en las cláusulas que se hayan negociado entre las partes y que difieran sustancialmente con las pre redactadas.

Aunque lo afirmado sea casi una verdad de Perogrullo en la doctrina, la inclusión de este artículo en el texto nació de la realidad vivida en nuestro mercado por varios de los miembros de la Comisión en que tuvimos noticia de que en un laudo arbitral e incluso en alguna normativa¹⁴ se había desarrollado una especie de ‘doctrina’ que nadie se ha atrevido a sustentar en los medios académicos, ni se conoce en el extranjero. Se sostenía, contradiciendo el principio de primacía de la realidad, que un contrato de seguros deja de ser de adhesión cuando interviene un bróker o corredor de seguros. Yo quisiera pedirles a quienes afirman semejante cosa que me muestren los casos en que la intervención de un asesor ha logrado modificar o eliminar términos importantes del contrato pre-redactado por el asegurador. Lo que un bróker consigue, y muchas veces con dificultad, es que se incorporen algunas cláusulas, también pre-redactadas por la compañía. Las modificaciones relevantes sólo se obtienen –como lo ha dejado entrever la SBS– en los denominados ‘seguros de grandes riesgos’ –que son muy pocos en el país– los que por su capacidad de negociación (pagan primas muy grandes) logran las denominadas ‘self made policies’ (pólizas hechas a medida).

Una alternativa, relacionada con lo que acabo de exponer, que se discutió al interior de la Comisión fue la de incorporar una normativa especial para lo que se denomina ‘Grandes riesgos’, que no son otra cosa que las pólizas de las grandes empresas o grupos económicos, como lo había sugerido la SBS a partir de un Proyecto que se está discutiendo, actualmente, en España. Lo solucionamos mediante el comentado artículo III, es decir que en caso de conflicto el asegurador deberá probar que el asegurado consiguió cambiar sustancialmente los textos pre-redactados, para que en caso de duda deje de aplicarse la ‘interpretación *contra stipulatorem*’.

d) Condiciones generales, especiales y particulares

Como ya indiqué, el artículo IV de la Ley establece los criterios de interpretación del contrato de seguro, texto que en buena parte sigue la

14 Art. 24 de la Res. SBS 1797-2011 es: “El corredor de seguros realiza una actividad de intermediación y asesoría en la contratación de coberturas de seguro en el mercado nacional, con independencia de las empresas de seguros, disminuyendo, con su participación, las diferencias provenientes de la asimetría de información existente entre los contratantes o potenciales contratantes y asegurados y las empresas de seguros, lo cual mejora las condiciones de transparencia en la contratación de seguros”.

propuesta que hice en las ‘Primeras Jornadas de Derecho de Seguros’, pero, desafortunadamente, hay un error en la ‘Sexta’ donde equivocadamente se dice:

“**Sexta.** Las condiciones especiales prevalecen sobre las condiciones particulares y éstas prevalecen sobre las generales. Las cláusulas manuscritas o mecanografiadas predominan sobre las impresas.”

cuando lo correcto debió ser:

“**Sexta.** Las condiciones particulares prevalecen sobre las condiciones especiales y éstas prevalecen sobre las generales. Las cláusulas manuscritas o mecanografiadas predominan sobre las impresas”.

Sustenta la corrección el principio de primacía de lo específico sobre lo general. En el ámbito de seguros peruano el error que estoy señalando es reiterativo, tanto en los condicionados de las pólizas como en textos de la SBS y ese es el motivo de que así aparezca en la Ley.

Pareciera que en algún momento alguien confundió los conceptos de lo que son las condiciones particulares y las especiales. Veamos lo que dice la doctrina:

Por ejemplo, en el ámbito internacional, el ilustre tratadista colombiano José Efrén Ossa a la letra dice:

“III. Condiciones de la póliza. La póliza de seguro ofrece ordinariamente dos clases de condiciones: a) las condiciones particulares y b) las condiciones generales. Subclase de éstas es la de las condiciones especiales que suelen incorporarse en determinados tipos de pólizas en armonía con su función específica o con la naturaleza de los bienes asegurados.

A. Condiciones particulares

1. Condiciones ineludibles

- a) La razón o denominación social del asegurador
- b) El nombre del tomador
- c) La identificación precisa de la cosa o persona con respecto a las cuales se contrata el seguro
- d) La suma asegurada o el modo de precizarla

- e) La prima o el modo de calcularla
 - f) Los riesgos que el asegurador toma a su cargo
2. Condiciones subsanables
- a) Los nombres del asegurado y del beneficiario o la forma de identificarlos, si fueren distintos del tomador
 - b) La calidad en que actúe el tomador del seguro
 - c) La vigencia del contrato, con la indicación de las fechas y horas de iniciación y vencimiento o el modo de determinar unas y otras
 - d) La forma de pago de la prima
 - e) La fecha en que se extiende la póliza
 - f) Las demás condiciones particulares que acuerden los contratantes... Es preciso agregar que insertas en dicho documento, con tal que no sean contrarias a la ley, están llamadas a prevalecer sobre las condiciones generales en caso de conflicto.

Condiciones Generales. En contraste con las condiciones particulares en que descansa la individualización de cada contrato de seguro con sus respectivos elementos específicos (las partes, el objeto, la causa, la prima, la vigencia, etc.), pero integradas a él con sus propios efectos jurídicos, aparecen las condiciones generales que, como su nombre lo indica, están llamadas a aplicarse a todos contratos de un mismo tipo otorgados por el mismo asegurador o aun por los aseguradores de un mismo mercado.

Condiciones especiales ... condiciones que sin ser generales strictu sensu, participan de su naturaleza más que de las condiciones particulares, en cuanto concebidas como reglamento específico de seguros sobre determinadas clases de intereses o de determinada modalidad de pólizas... **Como especiales están llamadas a prevalecer sobre las generales propiamente dichas, pero han de entenderse, en todo caso, subordinadas a las condiciones particulares si es que, de un modo u otro, las contravienen o ignoran**¹⁵.

Por su parte, el profesor argentino Rubén Stiglitz, sostiene:

“En este sentido, a las normas indisponibles, les deben suceder en una imaginaria escala de valores, las cláusulas particulares, específicas o anexos, que constituyen el resultado de una negociación individual entre las partes prefiriéndolas.

...

15 Efrén Ossa, J. *Teoría General del Seguro. El Contrato*. Págs. 227-235.

Prelación normativa

Artículo 32.- El contenido del contrato de seguros, se halla sometido al siguiente orden de prelación:

- a) Las normas imperativas o relativamente imperativas previstas en los Códigos de fondo y en la presente ley.
- b) Las cláusulas del contrato negociadas individualmente.
- c) Las cláusulas predispuestas por el asegurador o por la autoridad de control, cualquiera sea su naturaleza.
- d) Las normas supletorias de esta ley
- e) Las normas supletorias de los códigos de fondo”¹⁶.

En el ámbito Nacional, el doctor Walter Villa Zapata, quien fuera Presidente del ‘Instituto Peruano de Derecho de Seguros’, insiste en lo mismo¹⁷:

“NORMAS INTERPRETATIVAS

Art. 26.- Los pactos y convenciones contenidos en el contrato de seguros se interpretarán en base a las siguientes reglas:

- i) Las condiciones especiales prevalecerán sobre las condiciones generales y las condiciones particulares priman sobre las anteriores. Las cláusulas manuscritas y las mecanografiadas predominan sobre las impresas.”

También el doctor Günther Gonzales Barrón, afirma:

- b) Las cláusulas especiales son las que se refieren a una determinada especie de cobertura o a aspectos especiales de una cobertura común. Estas condiciones especiales se formulan, no para una causa particular, sino en vista de una determinada categoría de relaciones. Estas condiciones especiales tienen también el carácter de cláusulas generales, porque están ya preformuladas por el asegurador para una serie de contratos aunque en otro ámbito más reducido que el de cláusulas generales.

Por ello mismo se caracterizan estas cláusulas por estar ya impresas, y son también objeto de aprobación administrativa.

El origen del término y concepto de ‘condiciones especiales’ se encuentra en el derecho vivo, en las mismas pólizas y de allí pasó a la doctrina jurídica. La ley 26702 reconoce legislativamente esta clasificación en el artículo 326.

16 *Derecho de Seguros*. Tomo I. Pág. 465.

17 *Comentarios a la legislación de Seguros*. Pág. 530-531.

- c) Cláusulas particulares son el complemento a las dos anteriores y se caracterizan por ser establecidas específicamente para cada contrato, ya que se refieren a aspectos singulares que no pueden ser tipificados de antemano¹⁸.

Asimismo, Zaida Osorio Ruiz, nos dice: Contrato de Seguro. Págs. 138-141

- 2.1 Condiciones Generales. Son condiciones generales de la póliza aquellas establecidas para ser aplicadas a todos los contratos de seguros de una misma clase expedidos por la entidad aseguradora. Representan un conjunto de reglas que establece el asegurador para regular la operación jurídica de cada contrato que emita. Debe ser uniformes para todos los contratos de seguro de un mismo tipo emitidos por una empresa de seguros.
- 2.2 Condiciones particulares. Las condiciones particulares son aquellas que individualizan el seguro y respecto de las cuales surgen las voluntades que generan el acuerdo de los sujetos contratantes y dan origen, con su forma externa, al correspondiente contrato de seguro. Prevalecen sobre las condiciones generales por su carácter específico.
- 2.3 Condiciones Especiales. Las condiciones especiales suelen introducirse en determinadas clases de pólizas de conformidad con su función específica o la naturaleza de los objetos o personas asegurados. Tienden a delimitar determinada cláusula o conjunto de cláusulas. Prevalecen sobre las condiciones generales.

Creo que con todos los autores citados queda claro que las condiciones particulares, que son las que individualizan el riesgo, no pueden ser modificadas por las especiales, que en nuestro mercado son las que conocemos como cláusulas adicionales (pre-impresas) que pueden adicionarse o no al contrato y que eventualmente tienen costo. Resulta obvio que las condiciones especiales modifican las condiciones generales, pero nunca las particulares.

3. DOS PROBLEMAS EN DISCUSIÓN

a) Los seguros médicos y la cobertura de preexistencias

En el Perú la cobertura de enfermedades preexistentes cuando eran adquiridas durante la vigencia de una póliza era respetada por todo el sistema.

18 *El contrato de seguros en el Perú*. Pág. 153-155

Así tenemos que si un asegurado contraía, por ejemplo, una hepatitis mientras estaba cubierto por una póliza de seguro médico en la aseguradora A, si cambiaba en algún momento a otra B, por cualquier razón, como podía ser el cambio de empleo, la segunda cubría la enfermedades relacionadas con el hígado; pero con la liberalización del mercado esto empezó a dejar de ocurrir y ahora lo que hace la aseguradora B es excluirle las enfermedades hepáticas. Si a lo expuesto le agregamos que se crearon las *Empresas Prestadoras de Salud (EPS)* el problema se agravó, porque ya los cambios también se daban entre ambos sistemas. En pocas palabras, se había involucionado del concepto de aseguradores actuando como sistema al nuevo en que cada compañía buscaba su propio beneficio en detrimento de los asegurados que quedaban con enfermedades sin cobertura al verse obligados a migrar a otra aseguradora o *EPS*.

Recuerdo perfectamente que cuando propuse la continuidad de cobertura incluyendo a las *EPS*, algunos de los otros miembros de la Comisión me miraron con escepticismo porque de cierta forma estábamos involucrando a empresas que técnicamente no eran parte del sistema asegurador y además están supervisadas por otra Superintendencia (Superintendencia Nacional de Salud - SUNASA). Sin embargo, la mayoría me apoyó cuando expliqué que la perspectiva que teníamos que asumir era la del asegurado o usuario que, además, tenía sustento constitucional.

En mi modesta opinión es mejor que los enfermos tengan cobertura a que sólo la consigan los más sanos. La salud puede evolucionar de muy diversas maneras y en el futuro un accidente puede convertir a una persona considerada como un buen riesgo en uno que en un libre mercado no aceptaría ningún asegurador. Me gusta por eso la propuesta del filósofo norteamericano John Rawls que sostiene que tenemos que legislar ‘tras un velo de ignorancia’, es decir sin saber cuál es nuestra situación en la vida.

En la justicia como imparcialidad –noción primordial en Rawls– la posición original corresponde al estado de naturaleza de las teorías tradicionales. Obviamente, la posición original es puramente hipotética y es concebida con la única intención de facilitar la elaboración de la concepción de justicia. Rawls caracteriza esta situación hasta llevarla a que los principios de la justicia se esconden “tras un velo de ignorancia”,

siguiendo la imagen ciega que de la justicia tenían los romanos. Esto significa que hipotéticamente nadie conoce su situación en la sociedad (posición, status, etc.), ni sus cualidades naturales, ni siquiera su concepción acerca del bien.

Para Rawls “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales” y en consecuencia no importa si las leyes o las instituciones son eficientes cuando éstas son injustas. Siguiendo a Kant sostiene que cada persona tiene una inviolabilidad fundada en la justicia, que incluso el bienestar de la sociedad no puede atropellar. En consecuencia, los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos, ni al cálculo de intereses sociales. La verdad y la justicia, como las primeras virtudes de la actividad humana, no están sujetas a transacciones.

Rawls asume, siguiendo la teoría del contrato social de Rousseau, que la sociedad es una especie de asociación, con ciertas reglas para que los miembros puedan obtener ventajas mutuas y en consecuencia se caracteriza, tanto por un conflicto como por una identidad de intereses. Esto hace necesarios un conjunto de principios en base a los cuales la distribución de beneficios y cargas sea equitativa y correcta. Una sociedad está bien ordenada no sólo cuando está diseñada para promover el bien de sus miembros, sino cuando está efectivamente regulada por un concepto de justicia, es decir que se trata de una sociedad en la que: “1) cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen”. El deseo que tienen todos de justicia limita la persecución de otros fines.

Regresando a nuestro tema, más adelante, el Congreso me pidió un sustento a modo de exposición de motivos que asumí con mucho gusto desde la perspectiva constitucional y que a continuación transcribo:

“Teniendo en cuenta que Artículo 1° de la Constitución vigente señala que ‘la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado’ y los artículos 7, 9, 10 y 11 establecen el derecho a la salud y que en consecuencia éste debe ser considerado parte de los derechos humanos y que el Estado debe supervisar y tutelarlos buscando la mejora progresiva de su cobertura cuantitativa y cualitativamente; que, además, el artículo 65 de la misma carta constitucional obliga al Estado a defender el interés de los usuarios

y consumidores; que en la actualidad muchas personas se quedan sin cobertura de enfermedades que adquirieron mientras estaban aseguradas, por el sólo hecho de migrar de compañía de seguros o de sistema, por ejemplo a las Empresas Prestadoras de Salud o a la inversa, a veces involuntariamente, como cuando cambian de trabajo; es conveniente que en este aspecto todos los sistemas e instituciones involucradas se solidaricen en la continuidad de cobertura de las pre-existencias, evitando dejar en desamparo a personas enfermas”.

No puedo escapar a la tentación de narrar una anécdota de lo que me contaron que ocurrió en el Congreso durante el cuarto intermedio acordado en el Pleno que aprobó el Proyecto. La nueva Presidente de la Comisión de Justicia, congresista Marisol Pérez Tello –quien había contado con poco tiempo para estudiar y presentar el proyecto, ya que la etapa previa del Dictamen la Comisión había estado presidida por su compañero de bancada Alberto Beingolea– comprendió con rapidez que el artículo 118, que estableció la continuidad de las preexistencias, era especialmente importante para el público asegurado. Actuando en consecuencia, apenas se inició la reunión de negociación final con los representantes de la Comisión de Economía y las diferentes bancadas, que en algunos casos representaban los intereses de quienes no querían que la norma fuera aprobada, empezó la reunión con esta frase que quedará para el recuerdo: “Todo es negociable, menos pre-existencias”, dejando así cerrado este tema al que junto con otros le habían puesto la puntería los aseguradores y la propia SBS.

b) El seguro de vida ley

Este seguro de vida fue creado en el Perú por la Ley 4916 publicada el 7 de febrero de 1924 para incentivar el desarrollo de la industria aseguradora. Se estableció la obligación de las empresas de contratar un seguro de vida para sus empleados luego que cumplieran cuatro años de servicio por una suma asegurada equivalente al tercio de lo ganado en ese período. Fue un pequeño obsequio que hizo el gobierno a las compañías aseguradoras que recién empezaban sus operaciones por esos años. La norma fue modificada en 1991 por el Decreto Legislativo 688/91 –Ley de Consolidación de Beneficios Sociales– y por otros dispositivos posteriores, pero salvo porque pasó a ser considerado como un beneficio social de los trabajadores, se respetaba los principios rectores originales.

El seguro de vida ley, desde su creación, además de los trabajadores en actividad, siempre estuvo a disposición de los cesantes y jubilados, cuando dejaban de laborar a los mismos costos que los primeros. Resulta obvio que los trabajadores cesantes y/o jubilados son los que más necesitan de la cobertura para la que han aportado durante el tiempo que fueron trabajadores activos.

Sin embargo, las aseguradoras en su desmedido afán de lucro y con la aquiescencia de la SBS¹⁹ empezaron –alrededor del 2004-2005– a poner trabas para que los cesantes y jubilados renovaran sus pólizas de vida ley, exigiéndoles renovaciones mensuales y absurdos similares para lograr anularles la póliza al menor descuido. No contentos con esto también con la ayuda de la SBS, que informó favorablemente al Congreso de la República y por intermedio del Congresista Juan Carlos Eguren hicieron pasar la ley 29549 que afectó a los cesantes y jubilados, porque desde entonces tienen que pagar muchísimo más por continuar con cobertura una vez que dejaron de trabajar. Se dio la solución inversa a la que correspondía. Lo racional y conveniente hubiera sido que los que dejan de trabajar continuaran siendo parte de la masa grupal de asegurados de las pólizas de vida ley, pero los separaron para calcular la siniestralidad y cobrarles primas inafrontables. De esa manera, las aseguradoras se quedaron con la carne y eliminaron el hueso, olvidando que éste es un seguro obligatorio. Cuando la persona más necesita de la cobertura, porque estadísticamente le quedan pocos años de vida, se la hicieron tan cara y complicada que ya no puede afrontarla.

Los seguros de vida de grupo, como los individuales, están contruidos a partir de las tasas de mortalidad y corresponde que los aseguradores paguen a los beneficiarios en el caso de que uno de los miembros del grupo fallezca. ¿Por qué incentivaron que los asegurados que se jubilaban dejaran de aportar, cuando lo lógico es que lo siguieran haciendo y sus herederos legales recibieran la suma asegurada a su fallecimiento? Esto era, a decir lo menos, razonable y la solución ya existía porque las personas que deseaban continuar aseguradas cuando dejaran de laborar, como he indicado, eran considerados como parte del grupo de personas

19 Durante el proceso de elaboración del Anteproyecto de ley de contrato de seguro en el primer semestre de 2006, varios de los miembros de la Comisión hicimos notar estos abusos a los miembros de la SBS que también asistían, pero nunca fuimos escuchados.

que continuaba trabajando y tenía el seguro, de tal manera que los más jóvenes sostuvieran a los retirados.

¿Cuál hubiera podido ser la consecuencia de seguir este camino? Lo peor que hubiera podido pasar es que los primas se hubieran tenido que incrementar, siempre que las aseguradoras le mostraran a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) que los resultados ameritaban tal incremento, pero de esa manera se hubiera permitido que las personas de mayor edad continuaran con su seguro de vida que al final tiene efectos benéficos para la sociedad, ya que hijos e hijas necesitados recibirían dinero para afrontar las pérdidas de sus padres y las aseguradoras recibirían más primas siempre que justificaran la necesidad de incrementar las tasas.

Otra parte de esta ley que fue por lo menos discutible es que se limitara el sueldo asegurable. El efecto fue doble: se cobran menos primas y se pagan menores indemnizaciones. Esta parte podría tener más sentido porque limita los beneficios de la ley a la gran mayoría de trabajadores que gana menos de los casi S/. 7.500.00 fijados como tope, pero probablemente el objetivo fue lograr que las personas que más ingresos tenían contraten seguros de vida individuales que es lo que estaban buscando desarrollar las aseguradoras.

Teniendo en cuenta que en los seguros rige el principio de mutualidad a partir del cual los asegurados aportan a un fondo común para que la persona o beneficiarios que sufran una pérdida cubierta por la póliza y tengan necesidad, puedan usar de la parte que les corresponda de éste, lo conveniente es que los trabajadores en actividad aporten para sostener los precios de los cesantes y jubilados, ya que pueden llegar a ser uno de ellos y los últimos, en su mayoría, tienen menor capacidad adquisitiva.

El seguro de vida ley, por ser obligatorio, no debe ser una fuente de utilidades excesivas para los aseguradores que prestan el servicio, sino que éstas deben ser razonables. Los resultados técnicos que han tenido las aseguradoras y que ha publicado la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), a pesar de que por la competencia se ha cobrado por debajo de los costos fijados, han sido siempre positivos y permiten que se considere como un solo grupo a activos, cesantes y jubilados.

Si las leyes no se hacen para beneficio de la mayoría y seguimos con la miopía de algunos empresarios que no ven más allá de sus balances de fin de año, en vez de buscar que las aseguradoras sean vistas como grandes colaboradores de las personas en situación de necesidad, nuestra industria de seguros seguirá sin despegar. El crecimiento de los últimos años podría incrementarse si logramos crear una verdadera conciencia de la necesidad y conveniencia de estar asegurado en nuestra población.

Aunque ha tardado mucho tiempo, hemos visto con simpatía que el congresista Jaime Delgado Zegarra ha presentado el Proyecto 4883/2015-CR que intenta modificar la injusta estructura actual e integrar a los cesantes y jubilados al grupo de trabajadores activos de tal manera que los últimos sostengan a los primeros y las aseguradoras obtengan una utilidad razonable.

4. SUBROGACIÓN Y CONTRIBUCIÓN

Como es sabido, legalmente, el damnificado tiene el derecho a demandar al responsable y cobrarle, pero a partir del carácter indemnizatorio de los seguros, el segundo de los principios, establecido en el inciso b) del artículo II de las Disposiciones Generales de la LCS (29946), no puede cobrar dos veces por el mismo daño. Y si la aseguradora le ha indemnizado la pérdida, se subroga y tiene derecho a cobrarle al negligente.

Así ya lo establecía el artículo 408 del Código de Comercio, respecto de los seguros de incendio y por extensión de todos los demás y ahora el artículo 99 de la nueva Ley de contrato de seguro (29946), para que el asegurador pueda recuperar su pago de terceros. El siguiente artículo (100) menciona la excepción a la subrogación legal. Los textos son como sigue:

Artículo 99. Subrogación

El asegurador que ha pagado la indemnización se subroga en los derechos que corresponden al contratante y/o asegurado contra los terceros responsables en razón del siniestro, hasta el monto de la indemnización pagada.

El contratante y/o asegurado es responsable de todo acto que perjudique al asegurador en el ejercicio del derecho a la subrogación.

Es lícito pactar la renuncia a la subrogación, salvo en el supuesto de dolo.

Artículo 100. Excepción a la subrogación legal

El asegurador no puede ejercitar las acciones derivadas de la subrogación contra ninguna persona por cuyos actos u omisiones es responsable el asegurado por mandato de la ley. Sin embargo, la acción subrogatoria procede si la responsabilidad del tercero proviene de dolo o culpa grave, o si está amparada por un contrato de seguro, en cuyo caso la acción subrogatoria está limitada al importe de dicho seguro.

Esto se conoce como el derecho de subrogación y está también legislado en los artículos 1260 y siguientes del Código Civil. A pesar de que, como hemos visto, existe legislación que lo sustenta y no sería necesario, todas las pólizas lo incluyen en sus condicionados.

El asegurador subroga en sus derechos al asegurado, pero sólo podrá hacerlo luego de haber indemnizado la pérdida. Este requerimiento, en algunos países, es modificado mediante una cláusula en la póliza, por la que el asegurado conviene en que el asegurador tendrá la potestad de ejercer derechos de subrogación antes de efectuar el pago. Todo esto con la intención de ganar tiempo.

Resulta bastante obvio que la subrogación en los derechos del asegurado por el asegurador están limitados al monto de la indemnización y que, en consecuencia, el asegurado podría demandar al responsable del daño si éste lo excede.

La contribución es el otro medio de garantizar que al asegurado se le compense sólo por la pérdida que ha tenido. Puede darse el caso de que la misma propiedad esté cubierta contra los mismos riesgos por dos o más pólizas y el pago bajo todas éstas podría resultar superior al valor del bien, si es que se cubre el mismo interés en cada caso y además el mismo riesgo que causó la pérdida.

Ante la ley –en el Perú el artículo 88 de la LCS y antes el 395 del Código de Comercio– el asegurador que paga un siniestro puede solicitar al otro o a los otros que compartan la pérdida, luego de la liquidación. Cada asegurador debería pagar proporcionalmente al monto que tiene asegurado bajo su póliza con respecto al valor total cubierto por todas. El texto del artículo mencionado es como sigue:

PLURALIDAD DE SEGUROS

Artículo 88. Medida de la cobertura de cada asegurador

En caso de siniestro, cuando no existen estipulaciones especiales en el contrato o entre los aseguradores, se entiende que cada asegurador contribuye proporcionalmente al monto de su contrato, hasta la concurrencia de la indemnización debida. En consecuencia, el contratante que asegura el mismo interés y el mismo riesgo con más de un asegurador, debe notificar sin demora a cada uno de ellos los demás contratos celebrados, con indicación del asegurador y de la suma asegurada.

La liquidación de los daños se hace considerando los contratos vigentes al tiempo del siniestro. El asegurador que abona una suma mayor que la proporcionalmente a su cargo tiene acción contra el asegurado y contra los demás aseguradores para efectuar el correspondiente reajuste.

La excepción indicada al inicio del artículo se refiere a casos de pólizas de segunda capa o similares en los que al estar establecido expresamente, no se aplica el principio de contribución.

Las condiciones de las pólizas obligan a que las pérdidas se repartan antes de su liquidación, haciendo imposible que un asegurado pueda recuperar el total de su pérdida de cada uno de sus aseguradores, ya que si lo hiciera recibiría más de lo que en realidad perdió, violando el principio de indemnización

La subrogación y la contribución constituyen, como ya hemos dicho, corolarios de la indemnización y sólo pueden aplicarse a pólizas de indemnización. Por lo tanto, no se aplican a pólizas de seguro de vida y de accidentes personales.

5. PREVENCIÓN Y AGRAVACIÓN DEL RIESGO

A continuación detallamos los artículos de la LCS y sus reglamentos que se ocupan de la promoción y mitigación de daños:

Artículo 64 (LCS). Excepciones a la agravación del riesgo

Las disposiciones sobre agravación del riesgo no se aplican cuando se provoque para evitar el siniestro o para atenuar sus consecuencias, por un deber de humanidad generalmente aceptado, por legítima defensa, estado de necesidad o por cumplimiento de un deber legal.

Como puede verse este artículo establece excepciones justificadas a los casos de agravación de riesgo y son cuando se provoque:

- a) Para evitar el siniestro o atenuar sus consecuencias.
- b) Por un deber de humanidad generalmente aceptado.
- c) Por legítima defensa
- d) En estado de necesidad
- e) Por el cumplimiento de un deber legal.

Artículo 92 (LCS). Carga de salvamento

El contratante o, en su caso, el asegurado tienen el deber de proveer lo necesario, en la medida de sus posibilidades, para evitar o disminuir el daño, y cumplir las instrucciones del asegurador. Si existe más de un asegurador y median instrucciones contradictorias, actuarán según las instrucciones que parezcan más razonables en las circunstancias del caso.

Este artículo establece la obligación del asegurado de obrar en la medida de sus posibilidades para evitar o disminuir el daño. Si hubiera instrucciones contradictorias por la existencia de varios aseguradores, el asegurado debe seguir las que considere más razonables.

Artículo 95. Instrucciones del asegurador

Si los gastos se realizan de acuerdo a instrucciones del asegurador, éste debe su pago íntegro, y debe anticipar los fondos si así le fuere requerido.

Como es razonable el artículo 95 obliga al asegurador a proveer o reintegrar los gastos en que se incurra para seguir sus instrucciones.

Artículo 96. Abandono

El asegurado no puede hacer abandono de los bienes afectados por el siniestro, salvo pacto en contrario.

Quedan excluidos los actos realizados para evitar el siniestro o atenuar sus consecuencias, por un deber de humanidad generalmente aceptado, por legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento de un deber legal.

El artículo 96 prohíbe el abandono de los bienes siniestrados salvo que medie una justificación establecida legalmente.

Artículo 97. Gastos de la verificación y liquidación

Los gastos necesarios para verificar el siniestro y liquidar el daño indemnizable no son parte de la suma asegurada, y son asumidos por el asegurador en cuanto no hayan sido causados por indicaciones inexactas del asegurado.

En caso de rechazo de siniestro, el asegurado o beneficiario que considere que el mismo es infundado podrá solicitar, conjuntamente con la impugnación del rechazo, la devolución de los gastos incurridos para acreditar su procedencia.

Los gastos de verificación y liquidación no son, conforme al artículo 97, parte de la suma asegurada.

Artículo 98. Cambio en las cosas dañadas

El asegurado no puede, sin la conformidad del asegurador, introducir cambio en las cosas dañadas que haga más difícil establecer la causa del daño o el daño mismo, salvo que se efectúen para disminuir el daño o en el interés público. El incumplimiento de lo aquí dispuesto libera al asegurador siempre que proceda sin demora a la determinación de las causas del siniestro y a la liquidación de los daños.

Las modificaciones y cambios que se hagan en las cosas dañadas tienen que estar justificadas, según el artículo 98. De lo contrario el asegurador queda liberado.

Todo lo expuesto en esta sección está también incluido en el reglamento.

Artículo 3 del Reglamento (Resolución SBS 3202-2013). Durante el plazo para presentar el aviso del siniestro y, en tanto, la empresa no indique lo contrario, el asegurado no puede introducir cambios en las cosas dañadas como consecuencia del siniestro, ni remover, ordenar o permitir la remoción de los escombros dejados por el siniestro, **salvo que se efectúen para disminuir el daño, evitar su propagación**, o por disposición de alguna autoridad.

6. PRESCRIPCIÓN

El Proyecto de ley establecía un plazo de prescripción de 3 años. El artículo decía lo siguiente:

PRESCRIPCIÓN

Término

Artículo 78: Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de tres (3) años, computados desde que puede ejercitarse la acción correspondiente.

Sin embargo, durante el debate para su aprobación en el Congreso merced a la intervención de un congresista, sin mayor sustento, el plazo se incrementó y quedó como estaba antes de la aprobación de la nueva norma. Dice así:

PRESCRIPCIÓN

Artículo 78. Término

Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de diez años desde que ocurrió el siniestro.

Como se puede ver no sólo se aumento el plazo, sino que se cambió el momento desde que se empieza a computar. Mientras en el Proyecto se establecía ‘desde que pueda ejercitarse la acción correspondiente’, para compensar la ampliación en la LCS se dice ‘desde que ocurrió el siniestro’.

Considero que el cambio era innecesario e inconveniente, ya que el plazo de prescripción puede influir en la fijación de montos de reservas y afectar los balances de la compañía aseguradora.

7. COBERTURAS ‘PER OCCURRENCE’ O ‘CLAIMS MADE’ EN LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Cuando en la Comisión discutimos el siniestro en el seguro de responsabilidad civil, mi propuesta fue de que adoptáramos de una vez la forma que se está imponiendo en el mundo, es decir el ‘Claims made’ que considera que el siniestro ocurre cuando se presenta el reclamo. Como hubo algunas discrepancias frente a la posibilidad de dar semejante paso, optamos por considerar que se daba cuando se producía el daño, que es el que tenemos vigente, sobre todo en los países en vías de desarrollo, pero también acordamos permitir expresamente la alternativa del ‘Claims made’ y el artículo 109 quedó redactado de la manera siguiente:

Artículo 109: Existe siniestro en el seguro de responsabilidad civil cuando surge la deuda de responsabilidad para el asegurado. **Son válidas las estipulaciones contractuales que establecen que la cobertura opera en función de la reclamación indemnizatoria del tercero damnificado.**

Para indemnizar los siniestros no se requerirá de sentencia firme.

Son nulas las cláusulas de reembolso según las cuales la obligación principal del asegurador únicamente consiste en reembolsar al asegurado una vez que éste haya asumido y pagado los daños.

Desafortunadamente, durante el trámite en la Comisión de Justicia el texto fue cambiado y se eliminó la frase que he resaltado.

El fundamento de la póliza ‘Claims made’ es económico como lo expliqué en la Comisión. Surgió como una necesidad frente a casos en que los reclamos se presentaban y excedían la reserva de siniestros ‘incurridos pero no reportados’, IBNR es la sigla en inglés, varios años después de que el balance de la aseguradora estaba cerrado e incluso se habían repartido dividendos, estando ésta registrada en la bolsa neoyorquina. Tarde o temprano tendremos el mismo problema y en esta ley nos estábamos adelantando.

BIBLIOGRAFÍA

- Bickelhaup, David.- General Insurance.- Richard D. Irwin Inc.- Illinois, 1983.
- Bustamante Ferrer, Jaime.- Manual de Principios Jurídicos del Seguro.- Editorial Temis.- Bogotá, 1983.
- Curso de seguros.- Chartered Insurance Institute.- Elementos de Seguros.- Editorial Mapfre.- Madrid, 1973.
- Efrén Ossa, G. J.- Teoría General del Seguro.- Editorial Temis.- Bogotá, 1984.
- Efrén Ossa, G. J.- Tratado Elemental de Seguros.- Editorial Leonor.- Bogotá, 1963.
- Halperin, Isaac.- Lecciones de Seguros.- Ed. Depalma.- Buenos Aires, 1983.
- Lorimer, James y otros.- The Legal Environment of Insurance.- American Institute for Property and Liability Underwriters Inc.- V Pennsylvania, 1981 (2da. Edic.)
- Mehr, Robert I.- Fundamentals of Insurance.- Richard D. Irwing, Inc.- Illinois, 1983.

Soler Aleu, Amadeo.- El Nuevo Contrato de Seguros.- Ed. Astrea.- Buenos Aires, 1978.

Stiglitz, Rubén. S. El Siniestro. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.

Stiglitz, Rubén S.- Contrato de Seguros.- La Ley.- Buenos Aires, 2004.