Actualidad Jurídica Iberoamericana

Revista semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano
Número 5.*ter* (extraordinario), diciembre de 2016

Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15
Valencia, España. 46023.

Correo Electrónico: info@idibe.com
Dirección web:
www.idibe.com
Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

D. Pedro Chaparro Matamoros
Becario de Investigación del Departamento de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática Acreditada de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Javier Barceló Domenech
Catedrático Acreditado de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Rafael Bellido Penadés
Catedrático Acreditado de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dr. Pablo Girgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

D. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

D. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Orlando Parada Vaca
Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Nápoles II, Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática Acreditada de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

D. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular Acreditada de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Asscociato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

CONSEJO DE REDACCIÓN

Doña Belén Andrés Segovia
Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

D. Rubén Barberá Beamonte
Abogado

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

D. Francesc Cholvi Roig
Abogado

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Diego Eloy García García
Abogado

Dr. Fernando Hernández Guijarro
Profesor Asociado de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

Dra. Anna Malomo
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Becario de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Assistente na Facultade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Doña Joana Vendrell Alfonso
Asesora comercial Oficina Comercial Helsinki
IVACE

LAS REFORMAS DE LA NORMATIVA SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO EN LAS LEGISLACIONES LATINOAMERICANAS*

PABLO GIRGADO PERANDONES (COORDINADOR)

SUMARIO

El régimen jurídico del contrato de seguro en el Derecho argentino. Actualidad y perspectivas. (Pp. 8 ~ 35)
MARÍA FABIANA COMPIANI.

El contrato de seguro y la actividad aseguradora en Brasil. (Pp. 36 ~ 56)
PAOLA RODAS PAREDES.

Disposiciones legales vigentes sobre el contrato de seguros en Chile. (Pp. 57 ~ 75)
MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO.

La constitucionalización del Derecho de seguros en Colombia. Evidencia de las transformaciones del Derecho privado. (Pp. 76 ~ 113)
ESTEBAN ISAZA RAMÍREZ.

El contrato de seguro y la actividad aseguradora en Cuba. (Pp. 114 ~ 149)
ALEJANDRO VIGIL IDUATE.

La ley del contrato de seguro en España. Reformas recientes y todavía pendientes. (Pp. 150 ~ 176)
PABLO GIRGADO PERANDONES.

La disciplina del contratto assicurazione in Italia: profili di attualità. (Pp. 177 ~ 198)
GIOVANNI BERTI DE MARINIS.

Regime jurídico do contrato de seguro em Portugal. (Pp. 199 ~ 231)
MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS.

Legislación del sector asegurador venezolano a la luz del concepto de estado social de derecho y justicia. (Pp. 232 ~ 248)
MARÍA FERNANDA PEÑA BORTONE.

---

*Este número monográfico se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2014-59182, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (España) y de las actividades del Grupo "Derecho de seguros" 2014 SGR 1518, reconocido por la AGAUR.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE SEGURO EN EL DERECHO ARGENTINO. ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS

THE LEGAL REGIME OF THE INSURANCE CONTRACT IN ARGENTINA. PRESENT SITUATION AND LEGISLATIVE TENDENCIES

MARÍA FABIANA COMPIANI
Profesora Adjunta de Derecho Privado en la Universidad de Buenos Aires
Compiani@lacaja.com.ar

RESUMEN: *El régimen jurídico del contrato de seguro en la Argentina se ha visto fuertemente influido por la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia hace el 1º de agosto de 2015. La incorporación de reglas tuitivas para el contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas y la consagración de una fuerte defensa para el contrato de consumo, dentro de la normativa de fondo, han delineado un nuevo paradigma para el contrato de seguro: la protección del asegurado. Lo expuesto revela que la normativa de seguros dictada hace casi 50 años necesita una actualización: ya era reclamada aún antes de la sanción del nuevo Código. Tanto más desde la vigencia de este último que determina otras necesarias reformulaciones en institutos tan importantes a la seguridad jurídica, como puede ser el relativo a la reticencia, agravación del riesgo, sanción ante el incumplimiento de cargas, exclusión de culpa grave y prescripción en el contrato de seguro, entre otros.*

PALABRAS CLAVE: *Código Civil y Comercial. Ley de Seguros. Constitución Nacional. Diálogo de fuentes. Protección del asegurado. Contrato de adhesión. Contrato de consumo. Reticencia. Cuestionario. Agravación del riesgo. Prórroga de jurisdicción. Cargas. Caducidad. Denuncia del siniestro. Prescripción.*

ABSTRACT: *The legal regime of the insurance contract in Argentina has been strongly influenced by the reform of the National Civil and Commercial Code, which came into effect on August 1, 2015. The incorporation of tuitive rules for the adherence contract to general clauses predisposed and the consecration of a strong defense for the consumer contract, within the basic regulations, have outlined a new paradigm for the insurance contract: the insured protection. The foregoing reveals that insurance regulations issued almost 50 years ago need an update: it was already claimed even before the new Code was sanctioned. More since the latter's validity determines other necessary reformulations in institutes so important to legal certainty, such as reticence, risk aggravation, penalties for breach of charges, gross negligence exclusion and insurance contract prescription, among others.*

KEY WORDS: *Civil and Commercial Code. Insurance Law. National Constitution. Source Dialog, Insured (policyholder) protection, Adherence Contract, Consumation Contract, Reticence, Questionnaire, Risk agravation, Jurisdiction extension, Legal charges, Caducity, Claims Report, Prescription.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LAS LEYES ESPECIALES EXISTENTES. INTERPRETACIÓN Y DIÁLOGO DE FUENTES.- III. LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL NUEVO CÓDIGO.- IV. EL CONTRATO DE SEGURO COMO CONTRATO POR ADHESIÓN.- V. EL CONTRATO DE SEGURO COMO CONTRATO DE CONSUMO.- VI. LA FUERTE TUTELA DEL CONSUMIDOR EN EL NUEVO CÓDIGO Y SU APLICACIÓN AL CONTRATO DE SEGURO DE CONSUMO.- VII. LA PRESCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO.- VIII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE SEGURO A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.- IX. PERSPECTIVAS DE MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN TORNO A LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO EN ARGENTINA.- 1. La severa sanción ante la reticencia culpable.- 2. La necesidad de una declaración de circunstancias influyentes sobre el riesgo a través de un cuestionario suministrado por el asegurador.- 3. La prórroga de jurisdicción del artículo 16 de la Ley de Seguros.- 4. La rescisión ante la agravación del riesgo.- 5. La sanción por falta de denuncia del siniestro o denuncia tardía.- 6. El sistema sancionatorio por incumplimiento de cargas.- X. FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

El régimen jurídico del contrato de seguro en la Argentina se ha visto fuertemente influido por la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, que entró en vigencia hace poco más de un año atrás, el 1º de agosto de 2015[1].

Especialmente, la incorporación de reglas para el contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas y la consagración de una fuerte tutela del contrato de consumo, dentro de la normativa de fondo, han delineado un nuevo paradigma para el contrato de seguro en nuestro medio: la protección del asegurado.

[1] La Comisión de Reformas de los Códigos Civil y Comercial de la República Argentina presentó al Poder Ejecutivo Nacional el 27 de marzo de 2012, el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" y sus Fundamentos, en los que se detalló tanto el método como los principios que inspiraron ese trabajo. El Poder Ejecutivo Nacional presentó el Proyecto al Congreso Nacional el 8 de junio de 2012, introduciendo cuestionadas reformas. Una Comisión bilateral designada por el Honorable Congreso de la Nación estuvo encargada de su tratamiento y de la realización de numerosas audiencias públicas en buena parte del territorio nacional, alcanzando la aprobación por el Senado con nuevas modificaciones el 28 de noviembre del 2013. Finalmente, en la sesión del 1º de octubre de 2014 fue sancionado por la Excma. Cámara de Diputados y el 7 de octubre de ese mismo año fue promulgado por el Poder Ejecutivo Nacional bajo el número de Ley 26.994. La norma disponía su vigencia a partir del 1º de enero de 2016 como Código Civil y Comercial de la República Argentina. Sin embargo, los compases políticos determinaron que la Ley 27.077 adelantara su vigencia para el 1° de agosto de 2015.

La regulación tuitiva a favor del adherente en los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas brinda una solución equilibrada de aplicación obligada a todo contrato de seguro que no tenga finalidad de consumo.

La disparidad de criterios en doctrina y jurisprudencia acerca de la aplicación de la ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios al contrato de seguro, con la consiguiente mengua del principio de seguridad jurídica, tornaba indispensable una solución legislativa que permitiera la armonización de ambas normativas. En la actualidad no debe dudarse que el contrato de seguro constituye un contrato de consumo cuando se celebra a título oneroso, entre un consumidor final y una persona jurídica, que actuando profesionalmente, se obliga mediante el pago de una prima, a prestar un servicio cual es la asunción del riesgo previsto en la cobertura asegurativa. En consecuencia, resultan aplicables al contrato de seguro celebrado con destino final de consumo, en cuanto resulte pertinente, las disposiciones de la ley de protección al consumidor.

Quedan excluidos, en cambio, de la aplicación de las normas de defensa del consumidor aquellos contratos de seguro en los que el asegurado no resulte consumidor, no lo celebre como "destinatario final", sino como profesional o se contraten con relación a un interés asegurable sobre bienes que integran el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

En este último supuesto, el asegurado no queda desprotegido ya que cuenta con la tutela propia de las normas que rigen el contrato de seguro y la actividad aseguradora, así como aquellas que rigen los contratos por adhesión que resultan suficientemente tuitivas.

En los casos en que el contrato de seguro constituya un contrato de consumo, la armonización de los regímenes jurídicos que concurren en su juzgamiento, no determina que se prescinda sin más de institutos propios del contrato de seguro (a título de ejemplo, la reticencia, agravación del riesgo, suspensión de cobertura, citación en garantía del asegurador, exclusiones de cobertura, suma asegurada y franquicia, la prescripción, etc.), sino que, por el contrario, ellos resultan, en lo pertinente, enteramente aplicables.

En este sendero, compartimos las soluciones que aporta el nuevo Código Civil y Comercial, el que en materia de contrato de seguro permite poner fin a confusiones conceptuales e interpretaciones difusas, que tanta litigiosidad habían generado, contribuyendo a la consagración de un nuevo paradigma en materia de Derecho de Seguros. Así como un memorable artículo de Ivonne Lambert Faivre se refería a la evolución de la responsabilidad civil desde una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización, indicando el giro en el centro del sistema hacia el derecho

de las víctimas[2], asistimos, en materia de regulación del contrato de seguro, también hacia la instauración de ese nuevo paradigma: la protección del asegurado[3].

Lo expuesto no debe hacernos pensar que la normativa de seguros no necesita una actualización: ya era reclamada aún antes de la sanción del nuevo Código[4]. Tanto más desde su vigencia que determina otras necesarias reformulaciones en institutos tan importantes a la seguridad jurídica, como puede ser el relativo a la prescripción en el contrato de seguro[5].

Con relación al seguro contra la responsabilidad civil respecto a la evaluación de las indemnizaciones por lesiones o incapacidad física o síquica, en las que el Código Civil y Comercial de la Nación obliga al empleo de la fórmula matemática del valor actual de una renta futura (art. 1746), lo que contribuirá a la predictibilidad del cálculo indemnizatorio, tenderá a una mayor uniformidad de su cuantía, desalentando tanto la subestimación como la sobreestimación de ciertos daños y favorecerá la transacción, evitando con ello el irrazonable aumento de los costes derivados de la alta litigiosidad[6].

De esta forma, la influencia del nuevo Código de fondo en materia de protección del asegurado, sea consumidor o no, resulta clara y conduce a nuevas fronteras en la responsabilidad del asegurador en nuestro país.

II. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y las leyes especiales existentes. Interpretación y diálogo de fuentes.

En los fundamentos del Anteproyecto puede leerse que "…el vínculo del Código con otros microsistemas normativos autosuficientes es respetuoso…" y que "…se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario…". Como ejemplo de esto último, se sostuvo que era "…inevitable una reforma parcial de la ley de defensa de consumidores, a fin de ajustar sus términos a lo que la doctrina ha señalado como defectuoso o insuficiente…". Finalmente, se

[2] *Revue trimestrelle de Droit Civil*, París, 1987, I., l, publicado en versión castellana en ALTERINI, A./ LÓPEZ CABANA, R.: *Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1992.

[3] SEGUÍ MAS, E./ BATALLER GRAU, J.: "La protección del cliente: un estudio empírico", en la obra BATALLER GRAU, J./ VEIGA COPO, A. (Dir.): *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Madrid, 2014, p. 49.

[4] STIGLITZ, R./ COMPIANI, M./ PIEDECASAS, M.: "La necesidad de modificar la ley de seguros", *La Ley*, 2011-F, 813; AR/DOC/4607/2011.

[5] COMPIANI, M.: "La prescripción en el contrato de seguro", *La Ley*, 23/12/2015, 1; AR/DOC/3978/2015. La prescripción del contrato de seguro prevista en la ley especial (art. 58, Ley 17.418) resulta de las más breves de nuestro ordenamiento y puede no ser hoy suficiente para garantizar el acceso a la justicia.

[6] IRIBARNE H.: *De los daños a las personas*, Buenos Aires, 1995, p. 648.

destacó, como ejemplo del diverso tratamiento que merecieron otras leyes que "…en otros, no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros…"[7].

Ello constituye sin duda un criterio interpretativo valioso[8]. En este sentido, la finalidad de la nueva normativa general es respetar los sistemas normativos especiales, como el correspondiente al contrato de seguro[9].

Claro que ante el fenómeno de "decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un dialogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores…(es necesario) procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla. Ello implica la exigencia de no pronunciarse por la inconstitucionalidad de una ley que pueda ser interpretada en armonía con la Constitución, criterio que constituye una restricción al quehacer judicial, reiteradamente recordado por la CSJN cuando dice que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última ratio del orden jurídico por lo que sólo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645, entre otros)"[10].

Lo expuesto implica que el respeto por la aplicación de la normativa técnica propia del contrato de seguro no podría violentar los derechos garantidos por la Constitución Nacional.

De este modo, se fundamenta, "se promueve la seguridad jurídica y la apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores"[11].

---

[7] Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 527.

[8] R. LORENZETTI en la presentación que acompaña el Proyecto en el Congreso, reconoce que *"…los fundamentos que están publicados en este texto tienen un significado hermenéutico representativo de la opinión de los tres redactores"*. Justamente, en materia interpretativa, el proyecto señala *"dejamos de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación"* (art. 2).

[9] Art. 963.- "Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código".

[10] Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 528.

[11] Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 529.

III. La clasificación de los contratos en el nuevo Código.

En materia contractual, el nuevo Código distingue diversos tipos de contratos y los regula de forma diferente. Por una parte, desarrolla los contratos discrecionales, celebrados entre iguales, en los que el contenido contractual es fruto de la negociación de las partes. En ellos rige plenamente la autonomía privada con el único límite impuesto por el orden público, la moral y las buenas costumbres. Los jueces sólo pueden intervenir en estos contratos en los supuestos que las partes o la ley lo prevean.

En cambio, en los contratos celebrados por adhesión, cuando existe un consentimiento brindado por una de las partes a cláusulas generales redactadas previamente por la otra parte, se prevén normas de tutela especial.

Finalmente, en los contratos de consumo se aplica un fuerte régimen protectorio, sea o no celebrado por adhesión, ya que este último no es un elemento definitorio del contrato de consumo, el que se reconoce por su finalidad de agotar su vida económica con destino de uso propio, familiar o social.

De acuerdo a ello, el contrato de seguro se encontrará alcanzado, en principio, por la normativa de los contratos celebrados por adhesión y, en ciertos supuestos, de acuerdo a su finalidad, por el régimen de los contratos de consumo. Más discutible resulta que pudiera ser entendido como un contrato paritario, lo que acontecería en caso de grandes riesgos y siempre que el asegurado pudiera influir decisivamente en la redacción de las cláusulas contractuales[12].

IV. El contrato de seguro como contrato por adhesión

El nuevo Código define al contrato de adhesión como "aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte, sin que el adherente haya participado o influido en su redacción" (art. 984).

El supuesto regulado no es un tipo general del contrato, sino una modalidad del consentimiento. Docentemente, se explica en los fundamentos del Anteproyecto que en este caso "hay una gradación menor de la aplicación de la autonomía de la

[12] Esto no es lo que sucede en nuestro país, ni siquiera con relación a los grandes riesgos, con referencia a los cuales, el contrato de seguro resulta predispuesto no por el asegurador local, sino por el reasegurador internacional.

voluntad y de la libertad de fijación del contenido en atención a la desigualdad de quien no tiene otra posibilidad de adherir acondiciones generales"[13].

Su campo de aplicación son los contratos que no son de consumo y que presentan situaciones de adhesión, como ocurre entre las pequeñas y medianas empresas y los grandes operadores del mercado.

El contrato se celebra por adhesión cuando las partes no negocian sus cláusulas, ya que una de ellas, apoyada en su mayor poder de negociación predispone el contenido al cual la restante adhiere.

Concierne pues a la aceptación y, por tanto, no debe ser confundida con la predisposición, ya que en el contrato predispuesto el oferente tiene un plan o programa de contratación, en tanto la adhesión es un modo de aceptar la propuesta; aquello es objetivo y esto subjetivo[14].

La libertad contractual del adherente se limita a la autodecisión (facultad de contratar o no contratar) y, si se trata de bienes imprescindibles, ni siquiera aquélla existe. La autorregulación, como facultad de concertar las cláusulas del contrato, desaparece en lo absoluto. La igualdad y libertad económicas se encuentran desequilibradas. Ello determina la necesidad de examinar desde afuera el contenido contractual para asegurarse de la inexistencia de vicios invalidantes en el consentimiento residualmente prestado, o la existencia de cláusulas abusivas[15].

Conforme el diagrama del nuevo Código Civil y Comercial, las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes, así como su redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se agrega que se tienen por no convenidas aquéllas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato (art. 985).

Se recogen los principios interpretativos propios de la contratación por adhesión, en cuanto las cláusulas particulares –que son aquellas que surgen de la negociación y consentimiento de las partes-, prevalecen sobre las condiciones generales del contrato (art. 986) y las cláusulas ambiguas se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente (art. 987).

[13] Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 626.
[14] ALTERINI, A.: *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo, Teoría General*, Buenos Aires, 1998, núm. 12, p. 134.
[15] STIGLITZ, R.: *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*, Buenos Aires, 1998, núm. 219, p. 253.

Lo propio disponían los anteriores intentos modificatorios de la legislación de fondo: el Proyecto de Unificación de 1987, el de la Cámara de Diputados y el del Poder Ejecutivo de 1993[16], así como el de 1998[17].

Se fija un criterio general amplio en materia de cláusulas abusivas que comprende no sólo a los contratos celebrados por adhesión, sino también a aquéllos cuyo contenido es predispuesto[18]. Se evita de esta forma diseñar un elenco de cláusulas abusivas y la problemática que ello acarrea en cuanto a su desactualización y la necesidad de su adecuación a las contrataciones específicas.

Se prevé que las cláusulas abusivas son las que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; o por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles. Esto es, se incorporan a nuestro sistema como cláusulas que deben ser tenidas por no convenidas, las denominadas cláusulas sorpresivas.

La sanción para las cláusulas abusivas es que se tienen por no convenidas y cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si éste no puede subsistir sin comprometer su finalidad.

Por otra parte, se prevé como no podía ser de otra forma que la aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial (art. 989).

V. EL CONTRATO DE SEGURO COMO CONTRATO DE CONSUMO.

El estado anterior a la sanción del nuevo Código de las relaciones entre la Ley de Contrato de Seguro y la de la Defensa de los Consumidores y Usuarios en Argentina fue especialmente evaluado en el nuevo Código Civil y Comercial. En los fundamentos del Anteproyecto se destaca que "En la jurisprudencia, el principal problema es que se terminan aplicando principios protectorios propios de la tutela del consumidor a los contratos de empresas, con deterioro de la seguridad jurídica. En la doctrina, hay muchos debates derivados de la falta de una división clara en la

[16] STIGLITZ, R./ STIGLITZ, G.: *Reformas al Código Civil, Contratos*, Buenos Aires, 1993, núm. 39, p. 149.

[17] Arts. 899, incisos c) y d), 905, 906, 965, sección segunda (arts. 968/970), 10032 y 1033 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio, Buenos Aires, 1999, pp. 320 ss.

[18] Art. 988.- "Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponerte que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles".

legislación. Los autores más proclives al principio protectorio hacen críticas teniendo en mente al contrato de consumo que pretenden generalizar, mientras que aquellos inclinados a la autonomía de la voluntad, principalmente en materia comercial, ven una afectación de la seguridad jurídica. El problema es que hablan de objetos diferentes"[19].

Como consecuencia de ello, se regulan los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (por ej., contrato de compraventa, de locación, de seguro), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (en nuestro caso, seguros de consumo).

Se incluyen en el Código Civil y Comercial una serie de principios generales de defensa del consumidor que actúan como una "protección mínima", lo que implica que no existe impedimento para que una ley especial establezca condiciones superiores y ninguna ley especial en aspectos similares puede derogarlos.

En materia de interpretación y prelación normativa, se establece el carácter preeminente de la regulación del contrato de consumo[20]. En los fundamentos se lee que "…ninguna ley especial en aspectos similares puede derogar esos mínimos…". A ello se agrega que "…es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial"[21].

Especialmente, se destaca que la regulación de un núcleo de tutela duro del contrato de consumo dentro del Código reporta el considerable beneficio de dar coherencia al sistema.

En síntesis, "se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) Los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas"[22].

---

[19] Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 622.

[20] Art. 1094.- "Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

[21] Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 635.

[22] Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 636.

VI. La fuerte tutela del consumidor en el nuevo Código y su aplicación al contrato de seguro de consumo

Se adecua el concepto de consumidor de acuerdo con las críticas que había merecido en la doctrina la incorporación de la noción del bystander en forma general (art. 1, ley 26.361): "En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en a la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador"[23].

La noción amplia, que recepta a quien está expuesto a una relación de consumo, se limita razonablemente a las prácticas abusivas (art.1096)[24].

En cambio, no resulta valiosa la desaparición en el concepto de consumidor del requisito negativo en cuanto a que resulte ajeno a toda vinculación con la actividad comercial, industrial, artesanal o profesional del productor.

En el Anteproyecto, docentemente se explicaba que "en la definición se utilizan dos elementos: el consumo final y la ausencia de vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. De este modo no solo se incorpora el criterio más extendido actualmente, que es el de la no profesionalidad, sino que también se resuelven muchos conflictos. En particular hay mucha discusión sobre los vínculos que celebran empresas para su consumo final, que, con esta definición, quedan excluidos. La tutela, en este último supuesto, surgirá de los contratos celebrados por adhesión"[25].

A tono con lo expuesto, se restringía la noción de consumidor conforme la Directiva de la Comunidad Europea (es la persona que actúa fuera de su actividad profesional) y española (es el destinatario final de bienes o servicios, entendiendo por tal aquel que no los inserta en un proceso económico en el que él se encuentra inmerso)[26].

---

[23] Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 637.

[24] Sin derogar la normativa vigente (art. 8 bis introducido por la Ley 26.361), se la amplia a trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar. Se alcanza un espectro de situaciones amplio que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar.

[25] Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2012, p. 620.

[26] Díez-Picazo y Ponce de León, L.: *Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas,* Madrid, 1996, p. 37.

Lo propio se legisla en las dos últimas regulaciones de protección del consumidor en Latinoamérica: en Perú se destaca que no se considera consumidor a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor[27]; en Colombia, se define al consumidor por el destino final del consumo para la satisfacción de una necesidad empresarial cuando no esté ligada intrínsicamente a su actividad económica[28].

Al desparecer del concepto de consumidor[29] el segundo requisito: la ausencia de vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, algunos autores han interpretado que subsiste el conflicto interpretativo acerca si el profesional deberá ser considerado consumidor o no. Por el contrario, para la mayoría, la respuesta seguirá exigiendo que no se trate de un consumo profesional, ya que igualmente se exige el destino final de consumo.

La ley 26.361 había eliminado la regla interpretativa del art. 2° de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios "…no tendrán el carácter de consumidores…quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros". Ello determinó que se aligerara la nota de profesionalidad requerida al proveedor lo que obliga a deslindar en cada caso las situaciones de los denominados consumos promiscuos: seguros, actividad financiera, inmobiliaria, medicina prepaga, etc., que pueden ser llevados a cabo por las mismas personas como profesionales o no.

Sin embargo, subsistiendo la exigencia del destino final del consumo, la interpretación no debería variar: solo podría ser considerado como consumidor si contrata o utiliza el bien o servicio sin vinculación a su actividad profesional[30].

Asimismo, se modifica la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en el señalado art. 1 que determina el concepto de relación de consumo, como en el relativo a prescripción)[31].

---

[27] Art. 1.1 in fine Ley 29.571 del año 2010.

[28] Art. 5.3 de la Ley 1480 del año 2011.

[29] Art. 1092.- "Relación de Consumidor. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". Idéntico contenido se ha dado al art. 1° Ley 24.240 modificado por la Ley 26.994.

[30] La jurisprudencia ha efectuado ese distingo aplicando la ley tuitiva sólo cuando el consumo era ajeno a la actividad profesional (CNCom., sala F, 09.03.10, "Alba Cía. Arg. De Seguros S.A. c/ Marcolli, Sebastian s/ ord.", elDial del 29.04.10; CNCom, sala D, 22/02/2008, "Casale, Mónica Beatriz c. Sva Sacifi y otro", La Ley Online; AR/JUR/1006/2008; CNCom, sala A, 21/11/2000, "Artemis Construcciones S.A. c. Diyón S.A. y otro", La Ley 2001-B, 839, DJ 2001-2, 345, AR/JUR/924/2000; entre muchos otros).

Ello sin duda permitirá poner fin a una de las materias de mayor litigiosidad en materia de contrato de seguros.

El nuevo Código sigue estableciendo los principios interpretativos de protección al consumidor y agrega la regla de prelación normativa.

En el contrato de seguro de consumo, el control de las cláusulas abusivas no se limita al contenido contractual, sino también a la incorporación de las cláusulas contractuales. Por esta razón, podrá ser declarada abusiva una cláusula aún cuando el consumidor la apruebe: "Esta regla se aplica aunque el contrato de consumo sea de adhesión o no, porque la adhesión (que es un problema de incorporación de la cláusula) es indiferente; lo que importa es que sea de consumo"[32].

Se define la cláusula abusiva conforme a un criterio general: es abusiva la cláusula que, aun habiendo sido negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (art. 1119).

También se define la situación jurídica abusiva, disponiendo que ella se configura cuando el mismo resultado se alcance a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos. Ello es consistente con lo dispuesto en materia de ejercicio abusivo en el título preliminar y de contratos conexos en la parte general de contratos (art. 1120).

Se establece que no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado y las que reflejen disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas (art. 1121).

Finalmente, se establecen las facultades judiciales sobre cláusulas abusivas[33].

Se consagra una obligación general de información, que hace a la transparencia informativa en los contratos de consumo. Preceptúa la norma que los proveedores deben poner en conocimiento del consumidor, en la medida de sus conocimientos,

[31] Art. 50.- "Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas."

[32] Art. 1118.- "Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor".

[33] Art. 1122.- "Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas: a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control; b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas; c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad; d) cuando se pruebe una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el art. 1075".

las características esenciales del bien o del servicio y toda otra circunstancia relevante para la celebración del contrato[34].

Se amplía y sistematiza la regulación de la publicidad dirigida a los consumidores. Se define la publicidad ilícita, incluyendo las categorías de publicidad engañosa, comparativa, inductiva, discriminatoria en situaciones especiales y se especifican las acciones que disponen los consumidores y los legitimados según las leyes especiales y procesales. Al igual que la norma citada, se establece que la publicidad integra el contrato (art. 1101).

También se regulan modalidades especiales que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de seguros de consumo: contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia y por medios electrónicos. Se los define, se fijan las reglas generales y específicas aplicables.

En materia del deber de información, enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado, se establece que la oferta que se expone en estos medios estará vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación.

Se prevé el derecho a la revocación y se fija el plazo de su ejercicio en 10 días. En materia de contrato de seguro, el ejercicio del derecho de revocación por el consumidor requerirá precisiones tanto en el seguro patrimonial como, especialmente, en el seguro de vida.

VII. La prescripción del contrato de seguro.

La normativa de la Ley de Defensa del Consumidor, desde la época de su sanción, había abierto una profunda polémica sobre su aplicación en materia de prescripción con relación a otros plazos prescriptivos más breves previstos tanto en leyes especiales (por ej., un año en art. 58 de la Ley 17.418 de contrato de seguro) como en el Código de Comercio (un año en el art. 855 del Código de Comercio en materia de contrato de transporte) y en el propio Código Civil (dos años en el art. 4037 en materia de acciones derivadas de la responsabilidad civil extracontractual).

La norma tuitiva fijaba el plazo de prescripción de tres años para "las acciones y sanciones emergentes de esta ley". Un sector de la doctrina[35] interpretó que el plazo

[34] Art. 1100.- "Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión".

de 3 años sólo era aplicable a las acciones y sanciones administrativas. La ley no había previsto un plazo de prescripción para las acciones judiciales emergentes de la misma. Dicha norma estaba inserta en el capítulo XII de la Ley referido al procedimiento y a las sanciones administrativas[36]. En ese sentido, su segundo párrafo señalaba que la prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones, esto es, el plazo del primer párrafo estaba referido a infracciones administrativas. Esta postura encontró algún eco en la jurisprudencia[37].

Por otra parte, en una posición intermedia, algunos autores sostuvieron que el plazo de prescripción de tres años no abarcaba a las acciones judiciales que tuvieran su fuente en otras leyes generales o especiales, ya que el art. 50 sólo se refería a las acciones "emergentes de esta ley"[38] Distinguía el plazo de prescripción aplicable según en cuál de las dos leyes se fundaba la resolución del caso. Si se trataba de la nulidad de una cláusula abusiva, o de los efectos vinculantes de la oferta efectuada a persona indeterminada, o la integración del contrato con el contenido de la publicidad, o la violación del deber de información, habría que estar a la prescripción trienal de la Ley 24.240. Si, en cambio, se trataba del rechazo del siniestro por suspensión de cobertura, o por culpa grave del asegurado, o por una caducidad originada en el incumplimiento de una carga legal, se aplicaría el plazo anual de la Ley 17.418. También fue seguida por alguna jurisprudencia[39].

Por último, la posición amplia, consideraba que el plazo de prescripción liberatoria del art. 50 Ley 24.240 estaba referido tanto a las acciones administrativas como a las judiciales. Esa interpretación a favor del consumidor se imponía por el principio interpretativo a favor del consumidor previsto en el art. 37 de la Ley 24.240[40].

Esa doctrina consideraba que la ubicación de la norma en el capítulo XII de la ley se debía a un defecto de técnica legislativa. El vocablo acciones que utilizaba la norma se refería a las judiciales utilizando las voces actuaciones, procedimiento, denuncia y sanciones referida a las administrativas[41].

En este sentido, se pronunciaba Lorenzetti: "El plazo de tres años modifica la prescripción decenal que es regla en materia de acciones personales y la bianual en

---

35 STIGLITZ, R./ COMPIANI, M.: "La prescripción del contrato de seguro y la ley de defensa del consumidor", *La Ley*, del 20.02.04, p. 1, también, "El plazo de prescripción del contrato de seguro", *La Ley*, 2005-F, 379.

36 STIGLITZ, R./ STIGLITZ, G.: *Reformas*, cit.. p. 393.

37 CACC de Mar del Plata, sala II, 24/05/07, "Curci, Carmela y ot. c/ Bernardino Coop. de Segs. Ltda.", LLBA 2007 (noviembre), 1174.

38 VÁZQUEZ FERREYRA, R./ ROMERA, O.: *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, 1994, p. 139.

39 CSJ Tucumán, sala civil y penal, 13/08/2004, "Cortés, Imer G. c. La Caja Cía. de Seguros", LLNOA, 2004 (diciembre), 282 - LLNOA 2005 (octubre), 1165, con nota de MOEYKENS, F.: *La Ley*, 2005-F, 380.

40 FARINA, J.: *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Buenos Aires, 1995, p. 395.

41 BERSTEN, H.: *Derecho procesal del consumidor*, LLBA, 2003, p. 364.

materia de responsabilidad por daños en los casos que prevé la ley"[42].

A ello se agregaba que todas y cada una de las disposiciones de la Ley 24.240 son de orden público, mientras que sólo algunas de ellas revisten ese carácter en la Ley 17.418[43].

Por otra parte, se alegaba que la fuente constitucional confiere al derecho de los consumidores el carácter de ius fundamental, que lo hace prevalecer aún ante disposiciones de leyes especiales o anteriores[44]. La tesis tuvo también acogida en la jurisprudencia[45].

Los mismos autores advertían que la ampliación del plazo sólo podía favorecer al consumidor y no al proveedor en desmedro del consumidor[46]. En consecuencia, si se trataba del reclamo de pago de la prima por el asegurador dirigida contra el asegurado, tal acción prescribía dentro del plazo anual previsto por el art. 58 de la Ley de Seguros.

La ley 26.361 clarificó la cuestión, ya que el nuevo texto se refería tanto a las acciones administrativas, como a las judiciales y aún a las sanciones administrativas. El segundo párrafo incorporado al artículo 50 de forma expresa resolvía la coexistencia de varios regímenes particulares con vocación de aplicación en el mismo caso, a favor del plazo prescriptivo más favorable para el consumidor.

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que si el plazo de prescripción había comenzado a correr antes de la vigencia de la nueva ley (16 de abril de 2008), subsistía la disputa interpretativa para quienes prevalecían los plazos especiales, ya que en ese caso se regía la solución que emana del art. 4051 del Código Civil[47].

En este sentido, se pronunció calificada doctrina "Cuando se modifican los plazos, el art. 4051 dispone que si hay prolongación se continúe aplicando la ley más antigua"[48].

---

[42] LORENZETTI, R.: *Consumidores*, Santa Fe, 2003, p. 499.

[43] MOEYKENS, F.: "Aplicación de la ley de defensa del consumidor al contrato de seguro", LLNOA, 2005, p. 1165.

[44] CCiv. Com. Santa Fe, Sala 1, 20/05/99, *RCyS*, 1999, p. 826.

[45] "CApel. Civ. y Com. de Santa Fe, sala I, 04/10/2006, "Martínez, Walter César y otra c. Aetna Vida S.A.", *RCyS*, 2006-XI, 97, LLLitoral 2006, p. 1451.

[46] FARINA, J.: *Defensa del consumidor*, cit., p. 397; C2ªCiv. Com. La Plata, 21.04.06, "Driussi, Teresa M. y ot. c/ Vicente Zíngaro e Hijos S.A.", *RCyS*, 2006-VIII, p. 103.

[47] Art. 4051 Código Civil: "Las prescripciones comenzadas antes de regir el nuevo Código están sujetas a las leyes anteriores; pero si por esas leyes se requiriese mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedarán sin embargo cumplidas, desde que haya pasado el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día en que rija el nuevo Código".

[48] MOISSET DE ESPANÉS, L.: "El derecho transitorio en materia de prescripción", Córdoba, 1975, *La Ley*, núms. 1-3, p. 289; ALTERINI, A.: "Las reformas a la ley de defensa al consumidor.

En cambio, por ser más favorables para el consumidor o usuario, seguían rigiendo para la prescripción de las acciones judiciales contra aquél los plazos menores establecidos por otras leyes generales o especiales (servicios de hotelería, honorarios de maestros, precio del transporte, cobro de comisión, de facturas por mercaderías fiadas sin documento escrito, etc. Entre ellas, para el reclamo del asegurador por el pago de la prima al asegurado[49].

En el Anteproyecto del Código Civil y Comercial, cabía la preeminencia de la normativa de consumo (art. 1094) y la aplicación, por tanto, del plazo trienal del art. 50 Ley 24.240 reformada por Ley 26.361. Ello así por cuanto el Anteproyecto no modificaba el art. 50 de la Ley protectoria.

Sin embargo, la modificación producida en el Senado, determinó que el plazo de prescripción aplicable al contrato de seguro será, cualquiera resulte la modalidad de la contratación (de adhesión o de consumo) el anual previsto en el art. 58 Ley de Seguros.

En efecto, al modificarse el art. 50 de la Ley 24.240 y resultar éste solo aplicable a las sanciones administrativas[50], y si bien el plazo de prescripción genérico del Código Civil nuevo es el de 5 años, éste solo se aplicará si no existe un plazo especial previsto en las disposiciones específicas (art. 2532)[51].

No desconocemos la interpretación que propugna un sector de la doctrina haciendo prevalecer el plazo genérico quinquenal previsto en el art. 2560 del nuevo Código[52]. Sin embargo, disentimos respetuosamente con esa opinión.

El carácter genérico del plazo de cinco años denota que su aplicación queda condicionada a la inexistencia de plazos especiales. Tanto es así que, en los artículos siguientes, el nuevo Código prevé distintos plazos especiales, como por ejemplo, el de dos años para daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas (art. 2562, inc. d)[53].

Primera Lectura, 20 años después", *La Ley*, Sup. Reforma de la Ley de Defensa al Consumidor", p. 21.

[49]ALTERINI, A.: "Las reformas", cit., p. 21.

[50] Art. 50.- "Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas".

[51] Art. 2532.- "Ámbito de aplicación. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos".

[52] SOBRINO, W.: "Prescripción de cinco años en seguros en el nuevo Código", *La Ley*, 25.02.15, p. 1.

[53] Art. 2562.- "Plazo de prescripción de dos años. Prescriben a los dos años…el reclamo de los daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas…".

La doctrina que se critica se encuentra en pugna con una interpretación armónica del nuevo Código, porque el contrato de transporte de personas constituye también un contrato de consumo y, sin embargo, tiene previsto un plazo de prescripción especial en el nuevo Código de dos años que desplaza de su aplicación el plazo genérico quinquenal[54].

Lo propio acontece cuando el plazo especial se encuentra previsto en una ley específica como es la Ley de Seguros (art. 58).

Lo expuesto no significa que se viole el art. 1094 del mismo Código en cuanto sienta el principio de interpretación y prelación normativa en favor del Consumidor, porque es el propio Código el que en materia de prescripción, difiere la aplicación de su normativa a la inexistencia de disposiciones específicas, aún en materia de consumo. No se violenta el mínimo de protección que establece el nuevo Código en materia de consumo porque justamente ese mínimo no atañe al plazo prescriptivo, desde que la sección de prescripción solo se aplica si no existe una normativa específica.

Lo que significa que en materia de prescripción es preeminente la disposición especial y ello lo demuestra claramente – a nuestro juicio- la previsión específica de diversos plazos especiales, entre ellos, el plazo de dos años en materia de contrato de transporte.

Es que de lo contrario habría que admitir que en los contratos de consumo sólo rigen plazos especiales de prescripción cuando ese plazo no está fijado en el Código como tal, sino genérico, y no cuando está en la Ley especial, lo que no sería congruente.

A riesgo de ser reiterativa, no cabe duda de la preeminencia de las disposiciones del Código en materia de consumo sobre las de la ley especial (incluida la del seguro), pero en materia de prescripción justamente es el Código que reenvía a la ley especial y a su plazo. Mientras la nueva normativa fija el plazo genérico de 5 años (aplicable al contrato de consumo), lo desplaza cuando hay un plazo específico en la ley especial o en el propio Código.

Todo lo expuesto, no impide sostener que el escaso plazo prescriptivo previsto en la Ley de Seguros justifica su modificación y en ese sentido se orientan los lineamientos trazados para esa reforma por la Superintendencia de Seguros de la Nación[55].

---

[54] PREVOT, J.: "La protección del consumidor en el transporte", en la obra colectiva PICASSO/ VÁZQUEZ FERREYRA (Dirs.): *Ley de Defensa del Consumidor. Anotada y Comentada*, tomo II, Buenos Aires, p. 648.

[55] STIGLITZ, R. S.: *Derecho de Seguros*, 5ª ed., T. III, Buenos Aires, 2008, núm. 1270, p. 363.

VIII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE SEGURO A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

Como anticipamos, el balance que puede hacerse del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina y de su influencia en el contrato de seguro y en la responsabilidad consecuente del asegurador es indudablemente positivo y equilibrado.

En primer lugar, se destaca el respeto que evidencia por la aplicación de la normativa técnica propia del contrato de seguro, con el solo límite que bajo el amparo de la aplicación estricta de tal sistema, no podrían violentarse los derechos garantidos por la Constitución Nacional[56].

En cuanto a la regulación autónoma de los contratos celebrados por adhesión, su aplicación al contrato de seguro es especialmente destacable, dado que se trata de uno de los primeros, más típicos y extendidos contratos de adhesión.

En materia de cláusulas abusivas, quedará excluida de tal declaración la referida a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado, ya que no son contenido de cláusulas predispuestas ni exentas de negociación individual: el consumidor tiene el poder de elegir la mejor cobertura ofrecida y el mejor precio proporcionado por cualquiera de las empresas que compiten en el mercado.

La reserva de la figura del bystander, ampliando la noción del consumidor, sólo en materia de prácticas abusivas, coincide con el reclamo de la doctrina y la interpretación de la figura en el derecho comparado, aventando el peligro de interpretaciones que desborden la figura[57].

En los casos en que el contrato de seguro constituya un contrato de consumo, la armonización de los regímenes jurídicos que concurren en su juzgamiento, no determina que se prescinda sin más de institutos propios del contrato de seguro (a título de ejemplo, la reticencia, agravación del riesgo, suspensión de cobertura, citación en garantía del asegurador, exclusiones de cobertura, suma asegurada y franquicia, etc.), sino que, por el contrario, ellos resultan, en lo pertinente, enteramente aplicables.

Por hipótesis, no podrá sostenerse que la eximición de responsabilidad del asegurador por la culpa grave o dolo del asegurado (art. 70 y 114 de la LS, los que resultan obligatorios conforme el art. 118 de Ley de Seguros) no sea invocable por el asegurador, pero si podrá juzgarse conforme la norma de defensa de los consumidores y usuarios (art. 37) que resulta abusiva la cláusula que extiende la

[56] LORENZETTI, R.: "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, 23.04.12, p. 1.
[57] COMPIANI, M.: "Seguro obligatorio y voluntario", *La Ley*, 2012-B, p. 1119.

eximente a los casos por culpa grave de quien no es el asegurado, porque amplía los derechos del predisponente y restringe el derecho del asegurado en perjuicio de éste.

En consecuencia, la normativa consumerista determinará que las cláusulas de la póliza sean interpretadas conforme el prisma tuitivo que campea en la norma de orden público.

En este sendero, compartimos las soluciones que aporta el nuevo Código Civil y Comercial, el que, a pesar de las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional y en el Senado, en materia de contrato de seguro contribuyen a la consagración de la necesaria armonización de nuestro derecho privado, encauzando las relaciones entre el derecho de seguros y el de consumo.

IX. Perspectivas de modificaciones legislativas en torno a la regulación del contrato de seguro en Argentina.

Después de casi 50 años de su dictado, los Tribunales han unificado algunos de los criterios interpretativos relativos a la Ley 17.418 que regula el contrato de seguro en Argentina[58], como por ejemplo, en materia de citación en garantía del asegurador contra la responsabilidad civil en el proceso de daños promovido por el damnificado, al otorgarle carácter de parte procesal con plenas facultades al asegurador en el proceso de daños promovido por el damnificado[59].

Sin embargo, con relación a otros institutos permanece la rebeldía de alguna jurisprudencia en la aplicación de soluciones aportadas por la Ley que se perciben como injustas (propuesta del contrato que difiere con el texto de la póliza, suspensión de cobertura automática en caso de pago de la prima fuera de plazo, caducidad automática para el incumplimiento de determinadas cargas como la denuncia del siniestro, la anulación del contrato en caso de reticencia culpable[60].

Esta situación aumenta la inseguridad jurídica y nutre un creciente aumento de reclamos que se judicializan en materia de contrato de seguro, al amparo de resoluciones judiciales superadoras de soluciones que se perciben como injustas en la aplicación de la Ley de Seguros.

[58] ADLA, XXVII-B, p. 1677.

[59] CSJN, 27.11.90, "Lanza Peñaranda, R.A. c. Transportes Quirno Costa S.A.", JA, 1991-II-313; CNCiv. en pleno, 23.9.91, "Flores O. c. Robazza, M.", DJ, 1992-I-385; SCJ Buenos Aires, en las causas, "Centeno", "Mufarell" y "Silione", 10.6.97, LLBA, pp. 1997-1102.

[60] CNCom., sala B, 10.11.03, "Consorcio de Prop. San Luis 3035/39 c. Paraná S.A. de Seguros", *La Ley*, 2004-C, 501; CNCom, sala B, 29/06/2001, "Greco Hernández, Ana M. c. Inca S.A.", AR/JUR/2995/2001, "La actitud reticente del asegurado —art. 5°, ley 17.418— sólo excluye la cobertura del seguro cuando reviste carácter doloso".

El panorama descrito torna recomendable la actualización de la Ley de Seguros. A ello se ha sumado la necesidad de armonizarla con las soluciones del Código Civil y Comercial de la Nación que le resultan aplicables. La reforma de la Ley de Seguros se justifica también porque la necesidad del tráfico comercial ha impuesto la oferta de nuevas coberturas para riesgos no regulados, lo que conviene remediar en la reforma legislativa, ya que en muchas ocasiones observamos que la póliza es copia de la vigente en otros países, y ni siquiera la terminología utilizada es de recibo en nuestro sistema jurídico.

La modificación debería servir, en suma, para actualizar las modalidades más recientes de contratación y comercialización, en especial, a través de medios electrónicos de las coberturas individuales y colectivas de seguros, tanto patrimoniales como de personas.

En ese orden, además, deberían regularse específicamente las modalidades asegurativas obligatorias como el seguro automotor, el seguro ambiental y el seguro de los establecimientos educativos, entre otros; debería realizarse una mejor y más precisa regulación del contrato de reaseguro y una correcta regulación del procedimiento de liquidación de las empresas de seguros, así como la actualización normativa de lo referente a la modernas técnicas de comercialización del seguro.

En especial, destacamos las principales críticas que merece la regulación vigente y que justifican su modificación, sin que deba interpretarse por ello que son las únicas relevantes.

1. La severa sanción ante la reticencia culpable.

No se explica la severidad del régimen vigente que le permite al asegurador peticionar la anulación del contrato, aun en caso de reticencia culpable.

La modificación debería orientarse a mantener vivo el contrato y permitir al asegurador adecuar la prima al verdadero estado del riesgo, así como cubrir el siniestro prorrateando la indemnización con relación a la prima que el asegurado hubiera debido pagar según el real estado del riesgo.

No debería desaprovecharse la oportunidad para aclarar tanto que el plazo de tres meses con que cuenta el asegurador, lo es para peticionar la anulabilidad del contrato (la redacción actual señala controversialmente "impugnar" el contrato), como la experticia de un contador público para producir el juicio de peritos exigido para acreditar que la circunstancia —dolosa o por culpa grave— omitida o reticente por el asegurado era determinante para que el asegurador no contratara o lo hiciera

bajo condiciones diferentes a lo acordado.

Por otra parte, debería abandonarse la idea imperante que se centra en la iniciativa del tomador/asegurado poniendo sobre su cabeza el deber de información en toda su extensión, hacia la idea que es el asegurador quien tiene el deber de guiar la declaración del asegurado, requiriendo su respuesta con relación a lo que le interesa e importa a aquel. De manera tal que el mecanismo sería más claro en todo sentido, en virtud de que se impone la posibilidad de que el asegurador formule el cuestionario de puntos esenciales y el tomador tiene el deber de declarar lo requerido, permitiendo una correcta y cierta descripción del riesgo y circunstancias esenciales que hacen al futuro contrato de seguro. Otorga certeza, elimina interpretaciones y evita manipulaciones.

2. La necesidad de una declaración de circunstancias influyentes sobre el riesgo a través de un cuestionario suministrado por el asegurador

Existe un debate doctrinario en torno a si las preguntas que integran el contenido del cuestionario predispuesto por el asegurador, constituyen las únicas circunstancias influyentes sobre el riesgo. Si la respuesta es afirmativa, se interpreta que las circunstancias silenciadas y que no fueron objeto de interrogatorio son irrelevantes o indiferentes para el asegurador por lo que la reticencia no es sancionable. Si, por el contrario, la respuesta es negativa, se afirma que deben ser declaradas todas las circunstancias que influyan sobre el riesgo, aunque no integren el cuestionario. Decididamente y en consonancia con lo expuesto con relación a la reticencia, el primero de los sistemas enunciados es el que prevalece en la actualidad[61].

En efecto, el sistema del cuestionario se caracteriza por hallarse predispuesto, pero integrado con las preguntas cuyas respuestas interesan al asegurador[62].

[61] También conocida como "declaración guiada". Se entiende por tal aquella por la cual el cuestionario delimita la carga de la declaración (CHANTAL MÉZEN: "La declaration spontanée de l´assuré prise en compte dans l´appréciation de l´existence d´une fausse déclaration intentionnelle", *Recueil Dalloz*, 2009, núm. 41, p. 2789.

[62] La Ley española de Contrato de Seguro (art. 10) ha consagrado el sistema del cuestionario: "El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta...". Con ello —se afirma— se abandona la idea de que es el tomador quien debe tomar la iniciativa en la declaración y se adopta —normativamente— un deber de declaración, solución ésta que mejor se compadece con el mayor conocimiento por el asegurador de los hechos relevantes en punto a una adecuada valoración del riesgo. Sobre el particular, el Tribunal Supremo de España ha establecido en un caso en que el asegurado estaba diagnosticado de padecer carcinoma de colon con metástasis hepática, que "una cosa es la concurrencia de esta trágica realidad negativa para la salud del afectado y otra muy distinta y decisiva para la resolución de la controversia, el dato que el interesado tuviera conocimiento

Lo cierto es que el contenido del cuestionario se constituye, en principio, en límite al deber de información, reserva hecha del deber que asume el asegurador consistente en informarse de toda circunstancia trascendente a los fines de evaluar el riesgo por afrontar.

El fundamento de la solución se encuentra en que el asegurador es quien conoce en su carácter de profesional cuáles son las circunstancias del riesgo que determinan la posibilidad jurídica y económica de contratar el seguro o un mejor ajuste del cálculo riesgo-prima. En consecuencia, pesa sobre él un deber de consejo que si bien se funda en el deber de información, se diferencia del mismo por cuanto: a) es subjetivo; b) contiene un plus respecto de aquél; c) impone a su deudor una carga más pesada, de mayor intensidad en punto a la responsabilidad civil que le impone[63].

La obligación de señalar en el formulario las circunstancias relevantes del riesgo asegurado no puede pesar sino sobre el asegurador, dado su carácter profesional que ostenta frente a un profano (asegurando) que ha depositado en aquél su confianza, en la competencia que se le atribuye por el co-contratante y en el carácter habitual y no episódico de sus relaciones con terceros. En el caso, se trata de una obligación de resultado.

3. La prórroga de jurisdicción del artículo 16 de la Ley de Seguros.

Frente a un contrato celebrado por adhesión o de consumo, el adecuado balanceo las normas procesales que admiten la prórroga territorial en cuestiones patrimoniales y las normas referidas a la contratación en el nuevo Código y en la ley de defensa del consumidor, la solución no puede ser admitir la prórroga de jurisdicción con carácter general.

En el contrato de seguro de consumo celebrado fuera del local comercial del asegurador, a distancia, con utilización de medios electrónicos o similares, la prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita (art. 1109 CCyCN).

En los contratos celebrados por adhesión, se debe someter la justicia intrínseca del pacto de foro prorrogando (como cláusula predispuesta) a un severo examen de legitimidad, en cada ocasión que el asegurado (adherente) invoque y acredite que la cláusula contractual que consagre la prórroga importa una efectiva privación de su

suficiente de la misma, para plasmarla en la documentación prenegocial de la póliza de seguro a contratar y quedar vinculado por su declaración". En el supuesto examinado, el asegurador no aportó "el documento básico que en esta clase de seguros lo constituye el cuestionario previo, que actúa como instrumento definidor para poder concretar la concurrencia del actuar incumpliente del asegurador" (Tribunal Supremo de España, sentencia del 18 de mayo de 1993 [sala civil], RJ 3567/93).

[63] LE TOURNEAU, P.: *La responsabilité des vendeurs et fabricants*, París, 1999, p. 19.

derecho de defensa en juicio (artículo 18, Constitución Nacional), es decir, que menoscabe el acceso a la justicia y lesione el proceso justo constitucional.

De modo que, bajo ciertas circunstancias, la cláusula de prórroga de competencia territorial puede llegar a importar una cláusula abusiva, pero no toda prórroga constituirá un supuesto de abuso, como por ejemplo, no lo sería cuando por ella se prorrogue la jurisdicción de los Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a los de las ciudades satélites donde habitan quienes trabajan en la gran ciudad, escasamente distante y con intercambio permanente. En ese sentido, ya se ha pronunciado la jurisprudencia, incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación[64].

De allí que propiciemos, fuera del ámbito del contrato de consumo a distancia, la redacción de un texto por el que se declare la admisibilidad de la prórroga de competencia territorial siempre y cuando el desplazamiento, por lo distante, no suprima, restrinja u obstaculice la defensa en juicio del asegurado[65].

4. La rescisión ante la agravación del riesgo.

La Ley de Seguros (art. 37) sanciona con rescisión la agravación del riesgo, sin consideración a su importancia ni a su influencia sobre la medida de la prestación a cargo del asegurador.

Sin duda, la agravación del estado de riesgo debe ser de naturaleza tal que ocasione un desequilibrio significativo con relación a los beneficios y sacrificios correspondientes a la situación original del contrato, alcanzando a influir en forma sensible en la posibilidad de producción del siniestro o en la extensión de la obligación a cargo del asegurador.

En consecuencia, se revela como necesaria la reforma del sistema vigente que omite el requisito de la importancia en la alteración del estado del riesgo, para evitar que cualquier modificación de éste justifique la rescisión contractual por el asegurador.

---

[64] RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1992, pp. 177 y 178; PETIT LAVALL, M. V.: "La renuncia al propio fuero como cláusula abusiva en la contratación con consumidores. Comentario a la sentencia de 20/2/1998 de Tribunal Supremo de España (RJ 1998, 604)", *Revista de Derecho patrimonial*, núm. 2, 1999, p. 196.

[65] (10) CS, 18/09/2007, "Scania Argentina S.A. c. Amarilla Automotores S.A.", DJ, 2007-III-391, LA LEY, 2008-C, 93; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 19/12/2008, "Diners Club S.A.C. y T. c. Espósito, Rafael Luis", DJ 08/07/2009, 1894, AR/JUR/24544/2008 "A fin de determinar la exigibilidad de una cláusula de elección de tribunal competente incluida en un contrato con cláusulas predispuestas, deberá atenderse si se demuestra una irrazonable disparidad de poder negociador que permita, en el caso, invalidar el consentimiento, desvirtuando con ello la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades".

La otra cuestión que justifica la reforma es autorizar al asegurador la revisión del contrato, proponiendo su modificación y dotando tanto a la aseguradora como al asegurado de plazos expresos para efectuar sus respectivas manifestaciones de la voluntad.

En esta materia pues deben adoptarse las líneas directrices que se observan en el derecho comparado y sólo posibilitar la liberación de la aseguradora para los casos que el tomador haya incurrido en esa omisión de denuncia de la agravación, con mala fe. En los demás casos, se debería mantener la cobertura y la prestación del asegurador se debe reducir proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo.

5. La sanción por falta de denuncia del siniestro o denuncia tardía.

La inobservancia de la carga de denuncia del siniestro por un mero olvido (culpa) o la denuncia tardía (culpa), sin haber ocasionado perjuicio al asegurador y sin que medie, como mínimo, culpa grave o dolo del sujeto pasivo del deber, sancionada con caducidad, constituye un exceso. El legislador se apartó del anteproyecto Halperín el que sostenía que el incumplimiento culposo daba derecho al asegurador a reducir la indemnización en la medida que se reduciría de haber sido efectuada la denuncia en término[66].

De allí que corresponda propiciar que el incumplimiento en término de la carga de denuncia del siniestro guarde correspondencia proporcionada con la sanción de caducidad: (a) la violación culposa de la carga por el asegurado debe facultar al asegurador a "reducir la indemnización en la medida del daño provocado por la tardanza en cumplirla oportunamente", así como que (b) la infracción dolosa, la obrada con "intención de impedir que el asegurador pueda verificar oportunamente las circunstancias en que ocurrió el siniestro", debe liberar al asegurador.

La sanción actual es injustificadamente severa y se aprecia como injusta además por lo exiguo del plazo acordado por el legislador para cumplir la carga (3 días).

[66] Por nuestra parte, afirmamos que la sanción de caducidad -pérdida del derecho del asegurado-, aplicable automáticamente por el mero transcurso del tiempo (arts. 15-1 y 47, Ley de Seguros), sobreactúa el interés subjetivo del asegurador, muy especialmente considerando: (a) que el plazo acordado para la denuncia del siniestro, en ocasiones, puede configurar un término abusivo; (b) que la aplicación de la pena opera sin consideración a ningún presupuesto de admisibilidad trascendente como, por ejemplo, que el asegurador haya resultado dañado o que la omisión obedezca a mala fe (dolo) del sujeto gravado. De donde, la inobservancia de la carga por un mero olvido (culpa) o la denuncia tardía (culpa), sin haber ocasionado perjuicio al asegurador y sin que medie, como mínimo, culpa grave o dolo del sujeto pasivo del deber, desnaturaliza el vínculo contractual, ya que provoca un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, ampliando los derechos del asegurador y restringiendo inequitativamente los del asegurado.

En consonancia con ello, pensamos que debería reservarse la máxima sanción sólo para el incumplimiento calificado por la gravedad de la conducta (culpa grave o dolo), mientras que ante el incumplimiento culpable, el asegurador sólo tendría derecho a reclamar los daños y perjuicios en la medida que el incumplimiento haya influido en su existencia y extensión.

Por último, no debería perderse la oportunidad tanto de ampliar el plazo de denuncia de siniestro (a 7 días) y facultar expresamente a cualquier tercero a realizar la denuncia, para facilitar el ejercicio del reclamo del tercero al asegurador en sede extrajudicial, ya que lo esencial no es otra cosa que el conocimiento suficiente y cierto que adquiera el asegurador para encontrarse en condiciones de pronunciarse sobre los derechos del asegurado.

6. El sistema sancionatorio por incumplimiento de cargas.

El anteproyecto Halperín (artículo 32) establecía la caducidad de los derechos del asegurado cuando el incumplimiento obedecía a su dolo o culpa grave para todos aquellos supuestos en que el legislador no hubiera determinado el efecto que sigue a la inobservancia de cargas.

La Comisión de Reformas de la Ley de Seguros se apartó del citado anteproyecto logrando que la ley de seguros (artículo 36 inc. b), establezca la caducidad de los derechos del asegurado por el incumplimiento de las cargas posteriores al siniestro, sin formular distinción alguna por lo que son aplicables aun cuando obedezcan a buena fe del asegurado, bastando que el incumplimiento haya influido en la extensión de la obligación asumida. Como se advierte, una vez más, la Comisión no dudó en frustrar el derecho del asegurado que obró de buena fe. De allí que propiciemos una reforma que, manteniendo la sanción, incluya una categorización como la originariamente concebida en el Anteproyecto Halperín.

La sanción es similar si el incumplimiento es culpable o doloso, lo que se revela como antifuncional si lo que se pretende como política legislativa es desalentar el incumplimiento doloso del asegurado.

Se debe modificar la rigidez de la solución y reservar la sanción extrema de la caducidad de los derechos del asegurado que implica la pérdida de su derecho a la percepción de la indemnización del daño o de la prestación convenida, condicionada a la existencia de un factor de atribución intenso (culpa grave o dolo) que justifique la rigurosidad de la sanción.

X. FINAL.

La actualidad del régimen jurídico del contrato de seguro en el Derecho Argentino exhibe la novedad de la influencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que ha determinado que se le apliquen tanto la normativa de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales de contratación, como la fuerte tutela del contrato de consumo. Unas y otras normas tuitivas han alumbrado un nuevo paradigma del régimen jurídico aplicable al contrato de seguro: la protección del asegurado.

La situación descrita ha evidenciado la necesidad de la reforma de la Ley de Seguros para adecuar algunas de sus soluciones a la naturaleza del contrato de seguro como contrato de adhesión y, en ciertas circunstancias, de consumo. A ello se suma, que la reforma de la Ley de Seguros se justifica, asimismo, por la aparición en la realidad negocial de nuevas coberturas para riesgos no regulados.

Por cierto, la reforma de la Ley de Seguros debería dar solución a aquellas situaciones que regula la ley vigente que se perciben como injustas para los asegurados, en especial, en el régimen sancionatorio.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, A./ LÓPEZ CABANA, R.: *Derecho de Daños*, Buenos Aires, 1992.

SEGUÍ MAS, E./BATALLER GRAU, J.: "La protección del cliente: un estudio empírico" en BATALLER GRAU, J./ VEIGA COPO, A. (Dir.): *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Madrid, 2014.

STIGLITZ, R./ COMPIANI, M./ PIEDECASAS, M.: "La necesidad de modificar la ley de seguros", *La Ley*, 2011-F.

COMPIANI, M.: "La prescripción en el contrato de seguro", *La Ley*, 23/12/2015.

IRIBARNE H.: *De los daños a las personas*, Buenos Aires, 1995.

ALTERINI, A.: *Contratos Civiles, Comerciales, de Consumo, Teoría General*, Buenos Aires, 1998.

STIGLITZ, R.: *Contratos Civiles y Comerciales, Parte General*, Buenos Aires, 1998.

STIGLITZ, R./ STIGLITZ, G.: *Reformas al Código Civil, Contratos*, Buenos Aires, 1993.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Las condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas,* Madrid 1996.

STIGLITZ, R./ COMPIANI, M.: "La prescripción del contrato de seguro y la ley de defensa del consumidor", *La Ley*, 20.02.04.

STIGLITZ, R./ COMPIANI, M.: "El plazo de prescripción del contrato de seguro", *La Ley*, 2005-F.

VÁZQUEZ FERREYRA, R./ ROMERA, O.: *Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, 1994.

FARINA, J.: *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Buenos Aires, 1995.

BERSTEN, H.: *Derecho procesal del consumidor*, LLBA, 2003.

LORENZETTI, R.: *Consumidores*, Santa Fe, 2003.

MOEYKENS, F.: "Aplicación de la ley de defensa del consumidor al contrato de seguro", LLNOA, 2005.

MOISSET DE ESPANÉS, L.: *El derecho transitorio en materia de prescripción*, Córdoba, 1975.

ALTERINI, A.: "Las reformas a la ley de defensa al consumidor. Primera Lectura, 20 años después", *La Ley*, Sup. Reforma de la Ley de Defensa al Consumidor", p. 21.

SOBRINO, W.: "Prescripción de cinco años en seguros en el nuevo Código", *La Ley*, 25.02.15.

PREVOT, J.: "La protección del consumidor en el transporte" en PICASSO/ VÁZQUEZ FERREYRA (Dirs.): *Ley de Defensa del Consumidor. Anotada y Comentada*, tomo II, Buenos Aires.

STIGLITZ, R. S.: *Derecho de Seguros*, 5ª ed., T. III, La Ley, Buenos Aires, 2008.

LORENZETTI, R.: "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *La Ley*, 23.04.12.

COMPIANI, M.: "Seguro obligatorio y voluntario", *La Ley*, 2012-B.

CHANTAL MÉZEN: "La declaration spontanée de l´assuré prise en compte dans

l´appréciation de l´existence d´une fausse déclaration intentionnelle", *Recueil Dalloz*, 2009, núm. 41.

LE TOURNEAU, P.: *La responsabilité des vendeurs et fabricants*, París, 1999.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, 1992.

PETIT LAVALL, M. V.: "La renuncia al propio fuero como cláusula abusiva en la contratación con consumidores. Comentario a la sentencia de 20/2/1998 de Tribunal Supremo de España (RJ 1998, 604)", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999.

EL CONTRATO DE SEGURO Y LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN BRASIL

INSURANCE CONTRACT LAW AND SUPERVISION IN BRAZIL

PAOLA RODAS PAREDES*
Profesora Agregada interina de Derecho Mercantil de la Universidad Rovira i Virgili
paola.rodas@urv.cat

RESUMEN: *El presente trabajo ofrece una visión panorámica de la normativa material y de ordenación de los seguros privados en Brasil. En materia de regulación administrativa, se ha puesto énfasis en destacar los elementos estructurales más destacables del sistema con la finalidad de contribuir al conocimiento de este mercado. Con el mismo propósito, se ha realizado un sucinto análisis de la normativa materia básica contenida en el Código Civil brasileño.*

PALABRAS CLAVE: *Regulación de seguros privados, Brasil, seguros de daños, seguros de personas, supervisión de seguros.*

ABSTRACT: *The present work offers a panoramic view of the material and public Law regulations on private insurance in Brazil. In terms of administrative regulation, emphasis has been placed on highlighting the most outstanding structural elements of the system in order to contribute to the knowledge of this market. For the same purpose, a brief analysis of the basic material regulations contained in the Brazilian Civil Code has also been made.*

KEYWORDS: *Regulation of private insurance, Brazil, Damage Insurance; Life Insurance, Insurance Supervision.*

*Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2014-59182, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (España) y de las actividades del Grupo "Derecho de seguros" 2014 SGR 1518, reconocido por la AGAUR.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. RÉGIMEN LEGAL DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA PRIVADA.- III. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA.- 1. Condiciones de acceso a la actividad aseguradora.- 2. Intervención y control de la administración.- IV. CONCEPTO Y CARACTERES DEL CONTRATO DE SEGURO.- V. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO.- 1. Elementos personales.- 2. Intermediarios.- 3. El riesgo en la regulación del contrato de seguro.- 4. Valor del interés y suma asegurada.- VI. CONCLUSIÓN Y DOCUMENTACIÓN DEL SEGURO.- 1. Forma del contrato.- 2. La póliza y otros documentos.- 3. Condiciones.- VII. CONTENIDO DEL CONTRATO.- 1. Obligaciones del tomador/asegurado.- 2. Duración del contrato y régimen de prescripción.- VIII. LOS SEGUROS DE DAÑOS.- IX. LA REGULACIÓN DE LOS SEGUROS DE PERSONAS.- X. REASEGUROS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

El mercado asegurador brasileño tiene, por su dimensión económica, un potencial de desarrollo económico nada desdeñable. A pesar de ello, al ser un mercado relativamente recientemente privatizado y en el que la política estatal de los últimos decenios ha sido ambivalente respecto al alcance de dicho proceso, a día de hoy persisten prácticas, nomenclatura y competencias de los organismos reguladores que inhiben el acceso a la actividad aseguradora privada y no generan los suficientes incentivos para que las aseguradoras privadas ya establecidas –en su mayoría extranjeras– amplíen sus intereses en este mercado. Así, en lo pertinente a la regulación sectorial y control administrativo de la actividad aseguradora realizaremos un breve repaso de su alcance y contenido con el fin de presentar un adecuado sumario de la composición general del mercado asegurador brasileño.

Por lo que atañe a la regulación material del contrato de seguro, la normativa vigente ha sufrido pocos cambios en los últimos años, encontrándose incluida en la actualidad en el único cuerpo legal codificado en materia de Derecho privado[1]. El estudio a continuación desarrollado se centrará en detallar los aspectos de la regulación del contrato de seguro terrestre necesarios para vislumbrar los principios generales aplicados por la regulación brasileña en materia de seguros privados haciendo énfasis en las particularidades más relevantes del sistema con el fin de permitir al lector la identificación clara del contenido general de la regulación en vigor.

[1] La regulación vigente, incluida en el Código Civil, data de 2002. Con la adopción del nuevo código el legislador brasileño unificó en un solo cuerpo normativo la regulación anteriormente incluida tanto en el Código Civil de 1916 como la del Código de Comercio de 1850. Esta última subsiste como cuerpo separado residual y regula de manera casi exclusiva el derecho marítimo brasilero y la insolvencia empresarial.

II. RÉGIMEN LEGAL DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA PRIVADA.

Las operaciones de seguros en Brasil tienen, al igual que en muchos otros países de su entorno una vertiente pública comparativamente superior a la vertiente de seguros privados[2]. Cuestión que además se ve afectada por el tradicional control ejercido por el estado en dicho sector[3] y que viene a definir en la normativa relativa a la previsión social, el ámbito de aplicación de las coberturas protectoras. Por lo que respecta al seguro privado, al igual que en otras legislaciones, este surgió en primer término de la necesidad de instaurar un sistema de seguro marítimo, a partir del cual la normativa colonial y posteriormente republicana ha venido a desarrollar reglas específicas de aplicación al seguro terrestre[4].

El contrato de seguro privado ha sido incluido en el Capítulo XV, del Título VI (De los contratos en particular), Libro I [Del derecho de las obligaciones], de la Parte especial del Código Civil aprobado en 2002[5]. Está dividido en tres secciones que abarcan en total cuarenta y cinco artículos y en los que se dispone en primer término la regulación general relativa a todos los contratos de seguro (Sección I), mientras que en las subsiguiente secciones se regula de manera fragmentaria los dos grandes tipos de seguro: daños y personas. En el primer caso, la normativa en materia de seguros de daños (Sección II) menciona expresamente incluidos entre éstos al seguro de transporte y al de responsabilidad civil, pero que no se ocupa de regular el contenido de dicho tipo de seguros sino más bien de establecer reglas generales para esa categoría de seguros. Cuestión similar ocurre con la regulación de los seguros de personas (Sección III) entre los que se menciona incluidos el seguro de vida y el de accidentes personales pero que incluye, a diferencia de la sección relativa al seguro de daños, un listado de seguros de personas cuya regulación no obedece a la contenida en el CC: el seguro de reembolso de gastos médicos y el seguro de decesos[6].

En lo que atañe a seguros obligatorios, el art. 20 del Decreto-Ley NÚM. 73 y sus modificaciones posteriores incluyen entre estos al seguro de transporte de

[2] El sistema de seguridad social brasilero está actualmente basado en la regulación material prevista en la Ley núm. 8.212 - de 24 de junio de 1991 (Ley orgánica de la seguridad social); Ley núm. 8.213 - de 24 de junio de 1991; Ley núm. 8.870 - de 15 de abril de 1994; Ley núm. 10.666 - de 8 de mayo de 2003, Ley núm. 11.457 – de 16 de marzo de 2007, e incluye protección colectiva de jubilación, accidentes laborales, desempleo, enfermedad, incapacidad y maternidad.

[3] Art. 2, Decreto-Ley núm. 73 de 21 de noviembre de 1966, por el que se dispone sobre el sistema nacional de seguros privados y que regula las operaciones de seguros y reaseguros y de otras providencias.

[4] Una sucinta relación de la política estatal en la materia puede encontrarse en CUMMINS, B./ VERNARD, B.: *Handbook of International Insurance: Between Global Dynamics and Local Contingencies,* Springer, Boston, 2007, p. 754 y ss.

[5] Ley núm. 10406 de 10 de enero 2002.

[6] Art. 802 Código Civil Brasileño (CCB).

pasajeros[7], seguro de responsabilidad civil del propietario y del transportista aéreo, responsabilidad civil del porteador terrestre, marítimo, fluvial o lacustre por daños a la carga transportada, responsabilidad civil del constructor de inmuebles en zonas urbanas por daños a las personas o cosas; de bienes dados en garantía de préstamos o financiación de instituciones públicas de financiación; de garantía de cumplimiento de las obligaciones del promotor y constructos de inmuebles; de garantía de pagos; de edificios divididos en unidades autónomas; de incendio y transporte de bienes pertenecientes a personas jurídicas situados en Brasil o que son transportados en su territorio; y de crédito a la exportación. Se ha de señalar que el listado es indicativo y da lugar a la calificación de un tipo de seguro como obligatorio en leyes especiales, sin embargo la inclusión en este artículo señala la adscripción de estos seguros a las directrices específicas en materia de seguros obligatorios que emanen de la autoridad administrativa en la materia[8].

De acuerdo con la normativa administrativa reguladora de la institución, el Consejo Nacional de Seguros Privados (*Conselho Nacional de Seguros Privados*, CNSP), es la autoridad autorizada a formular las pólizas de seguros privados[9]. Esta labor en la actualidad solamente se realiza para determinadas ramas de seguro mientras que para el resto sólo es necesaria la autorización del órgano regulador[10].

Por lo que respecta a la regulación de la intermediación de seguros, la normativa vigente relativa a la profesión de corredor de seguros[11] establece los requisitos de acceso y habilitación para el ejercicio profesional. La norma define a los corredores como personas físicas o jurídicas que realizan la actividad de mediación de forma independiente e imparcial y no mantienen vinculación con ninguna entidad aseguradora determinada. Los corredores de seguros deben estar habilitados, previamente al inicio de sus actividades profesionales, por el Departamento Nacional de Seguros Privados y Capitalización, y deben haber recibido formación específica en materia de seguros[12]. De acuerdo con la norma la vinculación entre el solicitante de seguros y la empresa aseguradora deberá realizarse directamente o por intermedio del corredor debidamente habilitado. El corredor de seguros no podrá percibir de las entidades aseguradoras ninguna retribución distinta a las comisiones. El sistema de seguros no permite que ningún otro tipo de agente o representante general intermedie en la contratación de seguros[13], de manera que la contratación se

[7] Daños personales a pasajeros de aeronaves comerciales, daños personales causados por vehículos automotores de vías terrestres y por embarcaciones o por su carga a personas transportadas en éstas.
[8] Vid. *infra* III.
[9] Art. 32, Decreto-Ley núm. 73 de 21 de noviembre de 1966, *Fixar as características gerais dos contratos de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro.*
[10] Vid. *infra* este mismo susbtítulo.
[11] Ley núm. 4.594 de 29 de diciembre de 1964.
[12] CERNE, A. M.: "Comments on the Brasilian Insurance Law" en AA.VV., *Etudes offertes à Antigono Donati,* Vol. 1, Roma, 1970, p. 119.
[13] Ídem, p. 116, y CUMMINS, B./ VERNARD, B.: *Handbook of International Insurance…,* cit., p. 757.

realizará directamente entre tomador y aseguradora o con intervención de corredores colegiados. En el caso de los corredores persona jurídica de reaseguros, la regulación sectorial les ha impuesto un mayor grado de obligaciones de información relativa a las actividades desarrolladas en el mercado reasegurador, así como relativas al control de dichas entidades[14].

Ello no obstante, la regulación material contenida en el CCB, señala que las aseguradoras podrán nombrar agentes exclusivos[15] que asumirán la representación del asegurador en todos los actos relativos a los contratos que realicen.

En materia de reaseguros la Ley Complementaria 126/2007 regula el contenido general de las pólizas de reaseguros, retrocesión, coaseguro y seguros con indemnizaciones en moneda extranjera. Anteriormente la Superintendencia de Seguros Privados (*Superintendência de Seguros Privados*, SUSEP) mantenía el monopolio y control administrativo en la materia[16] de manera que podía libremente fijar la política general en materia de transferencias de riesgos en las que participaran aseguradoras brasileñas o extranjeras. De acuerdo con la regulación anterior el único reasegurador en el mercado era el Estado federal brasileño a través del Instituto de Reaseguros de Brasil (*Instituto de Resseguros do Brasil*, IRB). La regulación vigente a partir de 2007 señala en la actualidad que la política general en materia de reaseguros – se admiten además de reaseguradoras privadas brasileñas y el IRB, reaseguradoras privadas extranjeras con y sin sede permanente en Brasil – corresponde al CNSP que determina, a través de resoluciones, el contenido general de las pólizas, y los deberes administrativos de información y control a cumplir por parte de los operadores privados de reaseguros.

III. EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA.

El acceso a la actividad aseguradora, como ya hemos podido adelantar, ha sufrido en los últimos años un vaivén de reformas a favor y en contra de la apertura del mercado a operadores extranjeros, sin que sea posible determinar la cercanía o no de

[14] La Resolución 330/2015 del CNSP señala entre otras, la obligación de solicitar la aprobación previa del regulador en caso de transferencia del control societario del corredor persona jurídica, o de cualquier modificación, directa o indirecta en el grupo de control que pueda implicar la posibilidad de injerencia efectiva en los negocios de la sociedad; la fusión, escisión o constitución de nuevas sociedades corredoras de reaseguros; la asunción de la condición de accionista o socio detentor de una participación cualificada; la ampliación de la participación calificada en porcentaje igual o superior al quince por ciento del capital de la sociedad, de manera acumulada en el año en curso.

[15] "Agentes autorizados", Art. 775 CCB.

[16] Fundamentado en la regulación prevista en el Decreto-Ley 73/1966.

estabilización en la materia[17].

A mediados de la década de los 60' el gobierno militar aprobó el Decreto-Ley NÚM. 73 en el que se establecen las normas generales relativas al acceso a la actividad aseguradora privada dejando en manos del Estado la actividad reaseguradora, sin embargo en la actualidad la Ley complementaria 126, de 15 de enero de 2007[18] a modificado el ámbito de actuación y composición del mercado reasegurador – y en cierta medida el asegurador – de manera que, a pesar de que la capacidad de control y regulación del mercado restan en poder de la administración estatal directamente o a través principalmente de tres organismos descentralizados[19], en teoría el sistema de seguros privados intenta incentivar la entra de nuevos operadores al mercado brasileño. A pesar de ello, no podemos dejar de mencionar que la configuración actual del sistema de seguros y reaseguros privados mantiene un alto nivel de capacidad de intervención del Estado, pues determinados aspectos esenciales para el funcionamiento de los operadores privados – por ejemplo los ratios de solvencia y capital de las sociedades aseguradoras y reaseguradoras – son fácilmente modificables por la autoridad administrativa a través de circulares y otros actos normativos discrecionales, cuestión que quizás explique el limitado desarrollo que el mercado de seguros privados brasileño ha tenido hasta ahora, sobre todo si tenemos en cuenta que el volumen de actividad económica general del país a estudio podría suponer un alto porcentaje de implantación de la cultura aseguradora en el mercado brasileño.

Por otra parte, desde el punto de vista de la ordenación del sistema financiero brasileño[20], la regulación administrativa sectorial ha dividido a las entidades de riesgo y sus servicios en dos tipos distintos de subsectores: el sector de seguros privados, que abarca a estas entidades y a las de reaseguros privados[21], directamente bajo el control administrativo de la SUSEP y con el CNSP a la cabeza como órgano generador de normativa sectorial. Dentro del mismo grupo, las Entidades abiertas de previsión complementaria, reguladas por la Ley complementar NÚM. 109 de 29 de mayo de 2001, y las Sociedades de capitalización, realizan funciones que desde el punto de vista del sector seguros español, podría clasificarse como de transferencia de riesgos de previsión complementaria (seguros de vida, invalidez, supervivencia y asistencia sanitaria) y garantía recíproca respectivamente, mientras que en un sector

[17] Con cierto detalle, CUMMINS, B./ VERNARD, B.: *Handbook of International Insurance…,* op. cit., pp. 754-755, y también SUSEP, *Historia do seguro*, disponible en http://www.susep.gov.br/menu/a-susep/historia-do-seguro [último acceso, 27/12/2016].

[18] Ley sobre la política de reaseguro, retrocesión y su intermediación, las operaciones de coaseguro, las contrataciones de seguros en el exterior y las operaciones en moneda extranjera del sector asegurador, que modifica el Decreto-Ley núm. 73, de 21 de noviembre de 1966 y la Ley núm. 8031, de 12 de abril de 1990, y de otras providencias.

[19] CNSP, IRB y SUSEP.

[20] *Vid.* Banco Central do Brasil, *Composição e segmentos do Sistema Financeiro Nacional*, en http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/composicao.asp [último acceso, 27/12/2016].

[21] Al que se refiere el trabajo que desarrollamos en esta ocasión.

distinto se encuentran los planes y fondos de pensiones y asistencia sanitaria[22] bajo la supervisión de la Superintendencia Nacional de Previsión complementaria (*Superintendencia Nacional de Previdência Complementar*[23], PREVIC) destinada a regular los fondos de pensiones de entidades públicas federales, estatales y/o locales.

1. Condiciones de acceso a la actividad aseguradora.

El ejercicio de las actividades relativas al sistema privado de seguros, se encuentra sujeto, tanto en seguros como en reaseguros, a la previa obtención de la autorización administrativa correspondiente por parte del Ministerio de Economía. La obtención de la autorización administrativa depende del cumplimiento de requisitos previos a la formación de la persona jurídica implicada, así como al mantenimiento de otros durante el desarrollo de las actividades desarrolladas por el operador de seguros.

Entre los requisitos de cumplimiento previo se encuentra, como en muchos otros mercados, el requisito de organización de la persona jurídica aseguradora a través de sociedades mercantiles concretas, en este caso sociedades anónimas[24] cuyas acciones hayan sido emitidas a través de títulos nominativos[25] y cuyo objeto social este exclusivamente dedicado a la comercialización de seguros en el área específica en la que se busca autorización para operar. El capital social mínimo necesario para operar en el sector de seguros privados ha sido recientemente objeto de modificación,[26] de manera que, en la actualidad comprende dos apartados: el capital base y el capital de riesgo. El primero se fija por los estados que componen la federación brasileña, si es que la aseguradora opera sólo en uno de ellos[27]. En el caso del capital de riesgo, este es calculado en base a una fórmula llamada a ponderar los riesgos asumidos por la entidad y por el mercado asegurador en general, a modo de ejemplo, en el caso de las aseguradoras avocadas a la comercialización de *microseguros*, el capital de riesgo mínimo se ha establecido en el veinte por ciento del capital fijado para los seguros "ordinarios".

---

[22] *Entidades fechadas de previdência complementar*, entidades constituídas bajo la forma de sociedades civiles o fundaciones, ambas sin ánimo de lucro.

[23] Regulada por la Ley núm. 12154/09, al igual que la SUSEP es un organismo público autónomo vinculado al Ministerio de Hacienda, con la finalidad de fiscalizar y supervisar a las entidades cerradas de previsión complementaria y de ejecutar las políticas específicas del sector. La misma norma creo, a su vez el *Conselho Nacional de Previdência Complementar*, CNPC, como órgano normativo del sector.

[24] Art. 72, Decreto-Ley núm. 73/1966

[25] CERNE, A. M.: "*Comments on the Brasilian Insurance Law*", cit., p. 112.

[26] Vid. CNSP Resolución núm. 321/2015.

[27] Para operar en todo el territorio brasileño, el capital base debe alcanzar 15 millones de reales brasileños en el caso de aseguradoras y sociedades privadas de pensiones, 10.8 millones en el caso de sociedades de capitalización.

De acuerdo con las directrices marcadas por la SUSEP, con la solicitud de autorización para operar en un ramo concreto, la sociedad aseguradora debe, además presentar un programa de actividades que incluya una previsión de implantación y ratio de éxito en la rama de seguros en la que se pretenda la autorización. Por otra parte, tanto con la solicitud de autorización como a lo largo del tiempo de operación activa en el sector de seguros privados, la SUSEP tiene la potestad de autorizar la tenencia de acciones y/o medios de control de las sociedades anónimas aseguradoras, así como cualesquiera otros tipo de entidades que puedan detentar el control de las sociedades aseguradoras autorizadas por la SUSEP. Además de estas condiciones los reaseguradores locales deben también contar con la autorización de la autoridad administrativa para nombrar o modificar la composición del órgano administrativo de las entidades reaseguradoras privadas.

2. Intervención y control de la administración.

Entre las condiciones de ejercicio de la actividad aseguradora más destacables se encuentra, al igual que en otras legislaciones, la prohibición de realización, por parte de las aseguradoras, de operaciones que no estén respaldadas por una base técnica actuarial aprobada por la SUSEP. En lo relativo a las actividades desarrolladas, el órgano regulador prohíbe a las aseguradoras el ejercicio de cualquier otra actividad empresarial distinta a la comercialización de seguros. Dentro de las especificidades en materia de organización económica del ente asegurador, está prevista la obligación de constitución y mantenimiento de provisiones técnicas de variado contenido, así como de cumplir con los márgenes de solvencia señalados por el regulador. Al respecto es necesario señalar que la técnica contable aplicable a las sociedades aseguradoras es específica del sector.

En relación con el contenido de los contratos de seguro, los modelos de condiciones generales son los aprobados por la SUSEP, correspondiendo a esta misma entidad realizar las provisiones técnicas de las ramas de seguros, así como establecer una aproximación general a las tarifas de primas, de manera que es el ente regulador el que determina el monto que las aseguradoras obtendrán de cada contrato y que debe garantizas que este genere los ingresos necesarios para permitir el pago de las obligaciones que surjan del contrato[28].

Entre las obligaciones de cumplimiento permanente por parte de los aseguradores y reaseguradores, el órgano regulador (SUSEP) tiene competencias para solicitar de los operadores certificación de la continuidad de capitalización suficiente de acuerdo con el tipo y ramo de la entidad en cuestión, el mantenimiento y ejecución continuado del plan de negocios aprobado a momento de solicitar la autorización de inicio de actividades; la actualización de los datos pertinentes al grupo de control de

[28] Art. 36, Decreto Ley núm. 73/1966.

la sociedad; el respeto al porcentaje máximo de transacciones intra-grupo; verificación del cumplimiento de controles internos; demostración de la ausencia de problemas que puedan afectar la reputación de los detentores de control y/o propiedad de participaciones cualificadas; demostración de que las inversiones de la empresa cumplen con los estándares fijados por el regulador en materia de seguridad, solvencia y liquidez; el cumplimiento de las obligaciones administrativas de información; cumplimiento de presentación en plazo y forma de las fechas de presentación de solicitudes de renovación de la autorización para operar, así como del pago de las respectivas tasas administrativas correspondientes. Así mismo, el CNSP señala como infracciones por parte de los operadores, la ejecución de transacciones no autorizadas, el incumplimiento del derecho societario o contable; infracciones relativas a la comercialización de productos y servicios ofertados por los operadores; determinadas situaciones internas que pueden afectar la solvencia de las entidades reguladas; la realización de prácticas actuariales negligentes, etc [29].

Por último, en relación al régimen de insolvencia y liquidación de sociedades aseguradoras y de reaseguros, la normativa vigente [30] además de la causa de liquidación voluntaria, señala como causas obligatorias de liquidación: la realización de actividades contrarias a la política de seguros determinada por el CNSP; el incumplimiento en la creación y mantenimiento de reservas, fondos y provisiones a las que este obligada la entidad; por, a juicio del órgano regulador competente, acumulación de grandes obligaciones con los reaseguradores; o por incurrir en insolvencia económica-financiera. La declaración de liquidación, forzosa o voluntaria, señala la cancelación de los poderes de representación de los órganos de administración de la sociedad en liquidación, así como la suspensión de las acciones judiciales en contra de la sociedad; y el vencimiento de las obligaciones civiles o mercantiles de la sociedad aseguradoras. Los poderes de administración y representación legal activa y pasiva, una vez iniciado el proceso de liquidación son transferidos en su totalidad a la SUSEP, correspondiendo a este órgano la confección de la lista de acreedores y la determinación de la prelación de créditos pertinente. En todo aquello que no contradiga la normativa sectorial, el órgano regulador de seguros, deberá seguir, para la tramitación de la liquidación, la legislación mercantil en materia de insolvencias[31]. A pesar de ello, debido a la importancia social y económica de ciertas ramas del mercado asegurador – en particular operadores del sector de planes y fondos de pensiones abiertos – existe regulación reciente que señala a los asegurados y sus beneficiarios como acreedores privilegiados con respecto a las reservas técnicas, fondos y provisiones de garantía de las aseguradoras en liquidación[32].

[29] *Vid.* Resolución del CNSP núm. 243/2011.
[30] Sobre la regulación anterior, aún persistente pero sujeta a nuevas modificaciones, CERNE, A. M.: "*Comments on the Brasilian Insurance Law*", cit., p. 119.
[31] Art. 107, Decreto Ley núm. 73/1966.
[32] Ley complementar 126/2007.

IV. CONCEPTO Y CARACTERES DEL CONTRATO DE SEGURO.

De acuerdo con la regulación legal pertinente[33], por el contrato de seguro, el asegurador se obliga, mediante el pago de una prima, a responder por el interés legítimo del asegurado, relativo a una persona o cosa, contra riesgos predeterminados.

Como puede observarse, de la definición[34] parece colegirse que la doctrina brasileña en la materia, al equiparar el riesgo de personas y cosas, se ha decantado por la tesis unitaria del concepto de seguro privado, tesis que entiende al contrato de seguro bajo un concepto *único* basado fundamentalmente en su finalidad indemnizatoria[35]. A pesar de ello, tanto el concepto de seguros de daños como el de personas[36] podrían interpretarse a la luz de la tesis *dualista*, tanto como de la unitaria, pues los elementos de los conceptos adoptados han adoptado expresiones que establecen, en el caso del seguro de daños, la vinculación de la cobertura del asegurador al valor del interés asegurado[37], mientras que el caso de los seguros de personas hay una expresa declaración de la libertad del tomador en establecer el monto del capital asegurado como interés[38].

Al no existir mayores detalles realmente ligados a una definición legal corresponderá buscar las características generales del contrato de seguro en la clasificación general de los contratos de derecho privado. Al respecto, dado que la regulación del contrato de seguro se encuentra inserta en la legislación de derecho privado general (CC) entendemos que no hay discusión respecto a los caracteres del contrato. Al igual que en muchas otras legislaciones, es indiscutible que analizamos un contrato *consensual*, con notas particulares en relación a la documentación del contrato dada la posibilidad – descartada en otras legislaciones – de suscribir pólizas al portador[39]. En relación a la *bilateralidad* del contrato, la regulación general señala la transferencia del riesgo entre tomador y aseguradora como causa del contrato, cuestión que fundamenta la reciprocidad de obligaciones de las partes. También puede afirmarse la *onerosidad* del contrato, dada la mutua finalidad de los contratantes de obtener una ventaja patrimonial, la prima en el caso del asegurador, y la reparación del daño causado en el caso del tomador. La *aleatoriedad* típica de los contratos de seguro también pertenece a las notas características de la regulación brasileña pues la normativa pertinente señala la necesidad de delimitar el evento futuro e incierto que

[33] Art. 757 CCB.
[34] La traducción es nuestra, el artículo citado señala: *Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.*
[35] En mayor detalle, GARRIGUES, J.: *Contrato de seguro terrestre*, Madrid, 1982, p. 31
[36] Respectivamente Art. 778 CC y Art 789 CCB.
[37] […] *Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato* […]
[38] […] *Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente* […]
[39] Art. 760 CCB.

genera la necesidad de cobertura por parte del asegurador. Sobre este particular, debemos señalar que, a diferencia de otros mercados, el mercado brasileño depende exclusivamente de la autoridad administrativa sectorial para desarrollar e introducir coberturas nuevas, pues la base actuarial necesaria debe ser generada y aprobada por este órgano, independientemente de que cada aseguradora lleve a cabo sus propios cálculos internos. En relación al *tracto sucesivo* del contrato, las ramas de seguro implantadas en el mercado a estudio – en el caso de los seguros de daños, casi la mayoría ligadas al desarrollo de actividades empresariales – confirman el interés del tomador en el mantenimiento a mediano y largo plazo de las coberturas contratadas. Otro tanto puede señalarse de los seguros de personas en los que el interés del tomador está ciertamente ligado a una planificación económica personal a largo plazo. La calificación del contrato como de *adhesión* tiene, a nuestro entender, una contenido peculiar debido al control administrativo ejercido por el órgano regulador en relación a la redacción de las condiciones generales del contrato. En efecto, si es éste órgano el llamado a redactar las condiciones generales, correspondiendo a los operadores tan sólo la redacción de las cláusulas particulares, la responsabilidad por la protección del consumidor de seguros obedece a dos vertientes distintas, aquella bajo el control de la autoridad administrativa y la incurrida por el asegurador como titular de la obligación final frente al asegurado y redactor de las cláusulas particulares de la póliza en cuestión. Por último, corresponde señalar como característica clara del contrato la obligación de *buena fe* específica de este tipo de contratos pues, al igual que en otros mercados, la regulación establece en las disposiciones generales la obligación de las partes de guardar la más estricta buena fe[40] tanto en el momento de realizar las declaraciones necesarias previas a la conclusión del contrato como en relación a la declaración de la agravación del riesgo o concurrencia del siniestro[41] y tramitación de la correspondiente indemnización.

V. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO.

1. Elementos personales.

Como ya hemos tenido ocasión de comentar[42], el *asegurador* como parte contratante del seguro destinado a soportar el riesgo y obligado a indemnizar el daño sobrevenido, se encuentra, en el mercado brasileño, bajo un exhaustivo control administrativo. En efecto, la legislación en materia de ordenación y supervisión de la actividad aseguradora privada señala la limitación del acceso al mercado y lo circunscribe estrictamente a las sociedades anónimas que cumplan los requisitos pertinente a momento de instar la solicitud de autorización para operar en el sector, y que mantengan éstos y otros a lo largo de todo el período en el que el asegurador

[40] Art.765 CCB.
[41] CERNE, A. M.: "*Comments on the Brasilian Insurance Lan*", cit., p. 114.
[42] Vid. supra III.1

lleve a cabo actividades económicas en el sector. Al respecto, no está demás señalar la previsión legal que declara la nulidad de los contratos de seguro suscritos con entidades no autorizadas.

Respecto a la figura del *tomador del seguro*, es necesario señalar que la normativa incluida en el Código Civil brasileño establece la facultad del asegurador de oponer al asegurado cualquier defensa que tenga en contra del tomador del seguro por incumplimiento de las reglas relativas a la celebración del contrato o pago de la prima. En relación con el seguro de personas, la regulación señala la necesidad de declaración expresa del interés del tomador en la preservación de la vida del asegurador, so pena de falsedad[43], no siendo necesaria ésta cuando el asegurado sea cónyuge, ascendiente o descendiente del tomador. En relación al cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato, la regulación es demasiado escueta y no señala, de manera específica, si las obligaciones y deberes derivados del contrato son o pueden ser cumplidos por el asegurado en lugar del tomador. Sin embargo, creemos que en principio, la obligación general de buena fe y sobre todo la necesidad de asegurar la pervivencia de la relación contractual, señalan que es posible que el asegurado lleve a cabo las acciones necesarias para cumplir con las obligaciones y deberes derivados del contrato[44]. A pesar de ello, no podemos dejar de señalar que en caso de incumplimiento las expresiones empleadas por la regulación material parecen llamadas a establecer la responsabilidad exclusiva del asegurado, no así del solicitante o tomador por cuenta ajena.

2. Intermediarios.

Como es sabido, la actividad aseguradora suele requerir para una rápida y efectiva contratación en masa, de la ayuda de intermediarios que colaboren con el empresario asegurador en la distribución de seguros. Estos mediadores o intermediarios en la mayoría de los casos suelen intervenir no como partes del contrato sino como profesionales que ayudan al empresario asegurador en la preparación previa de la documentación y a momento de la celebración y posterior gestión de los contratos. En el caso de los intermediarios brasileños, la normativa sectorial vigente otorga exclusividad en la materia a los corredores colegiados, de manera que en aquellos contratos de seguros en los que éstos intervengan deben cumplir con deberes de diligencia y profesionalidad destinados a asegurar su independencia de las partes[45]. De acuerdo con la normativa vigente el ejercicio de la profesión de corredor de seguros depende de la obtención previa del título de habilitación concedido por el Departamento Nacional de Seguros Privados y

[43] Art. 790 CCB.

[44] Al respecto es conveniente señalar que la regulación brasileña utiliza en mayor medida que nuestra regulación, la referencia al asegurado que al tomador o solicitante del seguro.

[45] Art. 13 y sigs., Ley núm. 4594, de 29 de diciembre de 1964.

Capitalización. Este título, habitualmente señala el ramo de seguro para el que se obtiene la habilitación y entre los requisitos personales a cumplir señala la necesidad de ser brasileño o extranjero con residencia permanente; haber cumplido con el servicio militar obligatorio –para el caso de solicitantes brasileños–; no haber sido condenado por delitos económicos ni haberse declarado en insolvencia; y estar en posesión de la habilitación técnico-profesional necesaria para los ramos cuya habilitación se solicita[46].

En relación con el corredor persona jurídica, la normativa señala la necesidad de que la entidad solicitante se encuentre organizada en cumplimiento de la reglamentación en la materia, además de tener sede en el país y que los directores, gerentes o administradores de la entidad cumplan con las condiciones señaladas para los corredores persona física.

Por último, en relación a los corredores de reaseguros organizados a través de personas jurídicas, existe normativa sectorial específica que exige a estos intermediarios el cumplimiento de una serie de requisitos de información[47] además de la obligación de constitución de reservas legales específicas, remisión del plan de negocios e información detallada relativa a la estructura organizativa interna y de grupo, además de datos identificativos y económicos relativos a los socios de control tanto de la sociedad concreta como del grupo al que pertenezcan; declaración anual de impuestos devengados tanto de las personas que directa o indirectamente tengan una participación significativa en la sociedad, como de quienes en cualquier momento del año hubieran detentado la propiedad de acciones en la sociedad reaseguradora[48].

3. El riesgo en la regulación del contrato de seguro.

Hemos tenido la ocasión de señalar, en relación con el concepto de contrato de seguro, los elementos del contrato incluidos en la definición legal. En el caso del riesgo como elemento causal, si partimos del concepto de seguro como contrato de indemnización, la causa del mismo debe ligarse a su función indemnizatoria. Por este motivo, es esencial la delimitación y determinación de aquello que comprenda el riesgo transferido del asegurado al asegurador. En este sentido, el riesgo como evento dañoso juega un papel determinante en la validez del contrato pues su

[46] De acuerdo con CUMMINS, B./ VERNARD, B.: *Handbook of International Insurance…,* cit., p. 758, en 2004 habían 70000 corredores autorizados, sesenta y cinco por ciento de ellos, corredores independientes, mientras que el restante treinta y cinco organizados a través de personas jurídicas.

[47] Remisión a la autoridad administrativa de documentación societaria tal como el acuerdo de constitución y posteriores acuerdos de modificación del contrato social y/o estatutos sociales, actas de los acuerdos alcanzados por la junta general, etc.

[48] En mayor detalle, Art. 32 y 37 de la Resolución CNSP núm. 330/2015 y Art. 3 de la Circular SUSEP núm. 528/2016.

existencia es requisito indispensable para acreditar el derecho del asegurado a la indemnización. Al respecto es conveniente resaltar cierto aspecto particular de la normativa a estudio, pues si bien en la mayoría de las legislaciones se señala la nulidad del contrato de no existir riesgo[49], la regulación brasileña exige al asegurado el cumplimiento de la obligación de pago de la prima incluso en el caso de comprobación de la inexistencia de riesgo[50]. Sin duda, a efectos prácticos puede comprenderse esta provisión como medida protectora de los intereses del asegurador en tanto que los costes operativos para el empresario de seguros en Brasil parecen ser especialmente elevados[51]. Sin embargo creemos que una medida de este tipo incluida en la regulación material plantea un importante desequilibrio de las prestaciones entre las partes del contrato, pues corresponderá al solicitante/asegurado el determinar, por sus propios medios, la existencia y coste patrimonial asociado o no al riesgo que motiva la contratación del seguro[52].

En relación a la técnica utilizada para delimitar el riesgo, el recurso al principio de *especialidad* o determinación del riesgo, consistente en señalar como obligación del asegurador cubrir los daños o menoscabos descritos e individualizados en la póliza se estima de aplicación en aquellos casos en los que se permite tal tipo de individualización[53], mientras que en aquellos otros – sobre todo ligados al transporte tanto de mercancías como de pasajeros – en los que la política estatal y del órgano regulador estiman necesaria la aplicación del principio de *universalidad del riesgo*, se cubrirán todos los eventos dañosos que afecten al bien objeto de interés salvo aquellos expresamente excluidos de cobertura[54].

4. Valor del interés y suma asegurada.

De acuerdo con la doctrina clásica en materia de seguros, el interés es la relación de contenido económico entre un sujeto y un bien[55]. El sujeto, incluso uno indeterminado a momento de conclusión del contrato – contratación por cuenta de terceros – es el llamado a verse negativamente afectado por la desaparición o daño del bien. Como hemos comentado ya, en el caso de la regulación brasileña, las

[49] Vid., Art. 4 de la Ley 50/1980, de contrato de seguro.
[50] *Art. 764 CC Salvo disposição especial, o fato de se não ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio.*
[51] SUSEP, *Informações gráficas*, disponible en http://www2.susep.gov.br [último acceso, 27/12/2016].
[52] Sin duda, se pueden colegir muchas otras consecuencias de la regulación, en los términos en los que se encuentra actualmente redactada, sin embargo, lamentablemente no parece ser este el medio y lugar adecuado para tratarlos con la profundidad y detalle que se merecen.
[53] A modo de ejemplo, véase la compleja estructura de las condiciones generales aprobadas por el órgano regulador en materia de seguros de responsabilidad civil: SUSEP, *Seguro de responsabilidade civil geral*, disponible en http://www2.susep.gov.br [último acceso, 27/12/2016].
[54] En términos generales, Art. 779 CCB.
[55] SÁNCHEZ CALERO, F./ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 37ª ed., Cizur Menor, 2015.

expresiones utilizadas en la normativa material destacan la necesidad de estricto cumplimiento del principio indemnizatorio, de manera que la indemnización no exceda el valor del interés en el momento del siniestro[56]. Por otra parte, conviene en este punto mencionar que el art. 773 CCB impone como sanción al asegurador que, conscientemente, concluya un seguro cuyo interés tenga un valor inferior al fijado en la póliza, la obligación de pagar el doble de la indemnización estipulada. A nuestro entender, esta forma de sancionar la conducta del asegurador plantea una solución poco equitativa, pues el cumplimiento del correctivo previsto depende del acaecimiento del siniestro dado que sólo en esos casos verá deberá el asegurador correr con las consecuencias fijadas por la norma.

A la norma general a favor del principio indemnizatorio, el legislador brasileño ha tenido a bien añadir una segunda relativa al límite máximo de la indemnización pactada entre las partes, de manera que será esta la cantidad superior que el asegurado podrá obtener como reparación al acaecimiento del siniestro. Sobre el mismo punto, no es extraño que la normativa imponga la obligación al asegurado de dar cuenta al asegurador de la existencia de otro seguro sobre el mismo interés y contra el mismo riesgo regulándose de esta manera la posibilidad de co-aseguros[57].

Por último en materia de infraseguro, la regulación establece la aplicación de la regla proporcional, de manera que la indemnización alcance a la parte correspondiente en proporción al valor realimente cubierto en caso de siniestro parcial.

VI. CONCLUSIÓN Y DOCUMENTACIÓN DEL SEGURO.

1. Forma del contrato.

Como ya hemos tenido ocasión de comentar[58] al calificarse el contrato de seguro como un contrato consensual, es de esperar que las formalidades necesarias para dar por concluido éste sean elementos llamados a utilizarse como medios de prueba de la existencia del mismo y del contenido exacto de las obligaciones pactadas por las partes. Si bien en nuestra legislación se discute la obligatoriedad o no de redactar el contrato por escrito para otros efectos que no sean los probatorios[59] se impone dicha carga a efectos de otorgar un mayor grado de protección al tomador[60]. Este criterio parece ser el prevalente en la legislación a estudio[61] en cuanto que no hay

[56] Corresponde al Art. 781 CCB evitar el sobreseguro, aunque, como hemos destacado ya, el mismo CCB señala que en estos casos si la contratación se realiza a instancias del asegurado, este debe cumplir con la obligación del pago de la prima pactada.
[57] Art. 782 CCB.
[58] Vid. *supra* IV.
[59] SÁNCHEZ CALERO, F./ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones* …, cit.
[60] Art. 5 LCS.
[61] Art. 758 CCB.

mención específica que vincule la documentación del contrato con la validez del mismo.

2. La póliza y otros documentos.

La regulación a estudio admite como documentos probatorios de su existencia, no solamente a la póliza en cuanto contrato escrito en el que se establecen las condiciones generales y particulares del mismo, sino también los certificados (*bilhete do seguro*), y en defecto de éstos la evidencia documental que acredite el pago de la prima. Al efecto es de destacar que la normativa material se ocupa de establecer el contenido mínimo de los dos primeros en tanto que señala que en ellos debe indicarse el riesgo asumido, el período de validez de la cobertura, el límite máximo de la indemnización pactada, el monto de la prima debida y, su caso, el nombre o identificación del asegurado y beneficiario[62].

Por otra parte, en el caso de los documentos previos a la conclusión del contrato, la normativa brasileña señala la obligación, por parte del asegurador, de realizar una propuesta por escrito en la que se pormenoricen los elementos esenciales del contrato: valor del interés, límites de la indemnización y delimitación del riesgo. Es necesario señalar que, a diferencia de nuestra normativa[63], el legislador brasileño ha decidido no establecer de manera clara la naturaleza de la documentación precontractual, ni tampoco las consecuencias de la admisión o rechazo de la cobertura provisional.

3. Condiciones.

Tal y como hemos destacado al detallar la regulación sectorial y sus órganos[64], corresponde a éstos la redacción[65] o aprobación de las que utilicen al efecto cada uno de los operadores del mercado de seguros privados. Al respecto es necesario tener en cuenta que en el caso de la protección del asegurado consumidor, la normativa protectora de éstos[66] los incluye como sujetos protegidos[67] de manera que en caso de litigio se aplicarán los elementos protectores previstos tales como la inversión de la carga de la prueba, interpretación de las cláusulas ambiguas a favor

[62] Art. 760 CCB.
[63] Art. 6 LCS.
[64] Vid. *supra* III.
[65] Vid. SUSEP, *Condições contratuais padronizadas*, disponible en http://www.susep.gov.br [último acceso, 27/12/2016].
[66] Ley 8078/1990, *Código de Defensa do Consumidor*, CDC.
[67] Art 3 (2) CDC.

del consumidor, nulidad de las cláusulas abusivas o prohibición de ventas vinculadas, entre otros.

VII. CONTENIDO DEL CONTRATO.

1. Obligaciones del tomador/asegurado.

Dada la caracterización del seguro como un contrato de tracto sucesivo, es necesario señalar que la obligación de "declaración del riesgo" que se impone al solicitante/tomador es un deber que abarca no solo al momento anterior a la conclusión del contrato – por tanto un deber precontractual – sino también a todo el período de validez de la cobertura pactada – declaración de la agravación del riesgo [68]. Al respecto la regulación a estudio en el caso de la declaración precontractual establece la necesidad del asegurado o su representante de evitar las declaraciones inexactas o de omitir circunstancias que puedan influir en la aceptación de la propuesta por parte del asegurador, señalando que, en caso de que éstas fueran hechas de buena fe, el asegurador tendrá la potestad de elegir entre rescindir el contrato o cobrar la diferencia del valor de la prima, incluso una vez acaecido el siniestro[69].

En el caso de la regulación de la declaración de agravación del riesgo, la norma busca el equilibrio en las relaciones contractuales al disponer en este caso, de mecanismos protectores de los intereses del asegurador, pues señala no sólo la pérdida del derecho a la indemnización en caso de agravación dolosa por parte del asegurado[70], sino también la obligación del asegurado de comunicar a la brevedad posible cualquier incidente susceptible de agravar considerablemente el riesgo cubierto si se prueba que guardo silencio de mala fe. Por último, en estos casos se instruye como único instrumento al alcance del asegurador en caso no desear continuar con la relación contractual, la de notificar al asegurado la resolución del contrato.

En relación a la obligación de pago de la prima, es destacable que la normativa analizada prevé mecanismos destinados a incentivar el cumplimiento de ésta, en tanto que se señala la necesidad de estar al corriente de esta obligación económica a momento de ocurrencia del siniestro, so pena de no recibir la indemnización pactada[71], pero que sin embargo no se regula el caso de incumplimiento de la prima periódica ni el tiempo necesario para dar por extinguida la relación contractual por incumplimiento de pago.

[68] Art. 769 CCB.
[69] Art. 766 CCB.
[70] Art. 768 CCB.
[71] Art. 763 CCB.

2. Duración del contrato y régimen de prescripción.

La duración del contrato de seguro suele abarcar un período temporal limitado en el cual debe sobrevenir el siniestro para que se genere la obligación del asegurador de indemnizar al asegurado. En la legislación a estudio existe una limitación general aplicable a todos los seguros en la que se limita la capacidad de renovación tácita del período de cobertura pactado a una sola vez. Al no haber indicación de que exista alguna limitación a este primer período de validez entendemos que será posible pactar como tal más de un año. En el caso específico de los seguros de vida, la regulación permite expresamente esta posibilidad[72], además de autorizar la fijación de la duración del contrato "por toda la vida del asegurado".

VIII. Los seguros de daños.

La regulación contenida en el Código civil brasileño no establece un listado ni tan siquiera enunciativo de los seguros de daños[73]. Entendemos que dada la configuración y competencias del órgano regulador sectorial, corresponde a éste señalar los distintos tipos y sus características comunes. Por este motivo, el análisis aquí realizado se centrará en destacar las particularidades previstas por la regulación establecida en el CCB para todos los seguros de daños, independientemente de que esta calificación corresponda realizarla a la SUSEP.

A diferencia de, por ejemplo, nuestra regulación, la normativa brasileña en materia de documentación del contrato de seguro, permite la emisión de pólizas *al portador*[74], a nuestro entender esta posibilidad se ha pensado, probablemente, para favorecer la implantación del seguro de transporte de mercancías, pues es en este tipo de contrato en los que hay una autentica necesidad de establecer reglas claras respecto a la persona llamada a recibir la indemnización.

En el caso concreto de la transmisión de la cosa asegurada, la regulación permite expresamente –salvo pacto en contrario– la transmisión/cesión del contrato si la propiedad del bien asegurado ha sido modificada. En estos casos, salvo que se trate de una póliza al portador, en cuyo supuesto no es necesario realizar acción o declaración alguna por las partes, será necesaria la notificación por escrito al asegurador con firma del adquirente y titular, mientras que si se trata de una póliza "a la orden" deberán cumplimentarse los datos relativos al endosante y endosatario[75].

[72] Art. 796 CCB […] la prima […] se acordará por períodos limitados..
[73] A pesar de ello, la regulación contenida en el CCB hace referencias expresas a los seguros de responsabilidad civil y transporte.
[74] Art. 760 CCB.
[75] Art. 785 CCB.

En el caso de la regulación de la subrogación, la normativa a estudio, además de prever la excepción habitual de exención de la subrogación de la aseguradora cuando el daño causado a su asegurado fuera provocado por el cónyuge de éste, sus ascendientes o descendientes[76], la §2 del Art. 786 CCB señala también la ineficacia de cualquier acto realizado por los asegurados que pudiera extinguir o reducir, en perjuicio de la aseguradora subrogada, los derechos contra el autor del daño.

IX. La regulación de los seguros de personas.

Al explicar la composición general del sector hemos señalado que, en lo que hace los seguros de personas, la ordenación del mercado brasileño ha separado en sectores distintos los planes y fondos de pensiones de manera que éstos son entidades reguladas en el caso de los planes "cerrados" por el PREVIC, mientras que los fondos y planes "abiertos" son controlados por la SUSEP pero como entidades distintas a los operadores del sector denominado seguros privados[77], por ello, al analizar la regulación de seguros privados relativa a los seguros de personas, debe tenerse en cuenta no sólo que entre éstos no se encuentran los planes de pensiones, sino que la misma normativa ha decidido excluir de tal calificación a la cobertura de gastos de hospitalización o tratamientos médicos (seguro de asistencia sanitaria), o a los decesos[78].

Entre las particularidades reguladas por el legislador brasileño en materia de institución del beneficiario, cabe destacar la carga adicional que supone para el tomador/asegurado de verificar la notificación fehaciente – a la aseguradora – de cambio o sustitución del beneficiario inicialmente designado, pues de no realizarse en dicha forma se reconoce la liberación de la obligación de pago de la indemnización incluso si se realiza al anterior beneficiario[79]. Por otra parte, a diferencia de nuestra normativa que establece reglas específicas en materia de determinación de beneficiarios[80] la regulación a estudio además de partir de la consideración como tales de los herederos legales del asegurado incluye – cuando el asegurado no contara con tal tipo de herederos – a las personas que prueben que la muerte del asegurado les priva de medios de subsistencia[81].

En relación a la calificación patrimonial de la indemnización pactada, es destacable que, a diferencia de nuestra normativa, en la que la indemnización del seguro de

[76] En concreto el § 1 del Art. 786 CCB, incluye además a los ascendientes o descendientes consanguíneos o similares.
[77] Banco Central do Brasil: *Composição e segmentos do Sistema Financeiro Nacional*, en http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/composicao.asp [último acceso, 27/12/2016].
[78] Art. 802 CCB.
[79] Vid. Art. 791 CCB.
[80] Art. 84-86 LCS.
[81] Art. 792 CCB

vida, producido el deceso, pasa a integrar el patrimonio del asegurado, en la regulación brasileña se establece expresamente que en los seguros de vida o seguros de accidentes personales, la indemnización pactada no se integra en el patrimonio del asegurado ni responde de sus obligaciones[82], cuestión que quizás ayude a explicar el constante crecimiento e implantación de este tipo de cobertura entre la clase media y alta de la población[83].

Por último en relación a la regulación de los seguros de grupo, la normativa evita la conceptualización de esta modalidad de contratación, pero establece normas protectoras del grupo en tanto que señala como único responsable ante la aseguradora al solicitante del grupo además de instituir la necesidad de contar con la aprobación de tres cuartas partes del grupo para modificar la póliza en vigor[84].

X. REASEGUROS.

La regulación actual en materia del contrato de seguro ha excluido de su ámbito al contrato de reaseguro. Esta opción es comprensible si tenemos en cuenta la muy reciente apertura de dicho mercado a los operadores privados[85]. En la actualidad la Ley complementaria 126/2007 ha otorgado competencias al regulador sectorial para que pueda verificar y supervisar los procedimientos necesarios para permitir la operatividad del mercado de resaseguros privados[86]. Otro organismo con competencias normativas para fijar la política de reaseguros es el CNSP que, a través de diversas resoluciones[87] también fija la composición obligatoria de los operadores de reaseguros y sus obligaciones de información y autorización, además de redactar partes específicas de las pólizas utilizadas en el sector. Ambos organismos coordinan y establecen de manera casi individualizada la actuación e implantación de nuevos operadores nacionales en este mercado.

BIBLIOGRAFÍA

BANCO CENTRAL DO BRASIL, Composição e segmentos do Sistema Financeiro Nacional, en http://www.bcb.gov.br [último acceso, 27/12/2016].

[82] Art. 794 CCB, *No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.*
[83] Cummins, B./ Vernard, B.: *Handbook of International Insurance…,* cit., p. 758.
[84] Art. 801 CCB.
[85] Cummins, B./ Vernard, B.: *Handbook of International Insurance…,* cit., p. 764.
[86] Corresponde a la SUSEP aprobar el contenido de las pólizas de reaseguros, retrocesión, coaseguro, etc.
[87] Entre otras, Resoluciones CNSP núm. 168/2007, 224/2010, 225/2010, 232/2011, 241/2011.

CERNE, A. M.: "Comments on the Brasilian Insurance Law" en AA.VV., *Etudes offertes à Antigono Donati*, Vol. 1, Roma, 1970, p. 119.

CUMMINGS, B./ VERNARD, B.: *Handbook of International Insurance: Between Global Dynamics and Local Contingencies*, Springer, Boston, 2007, pp. 754 y ss.

GARRIGUES, J.: Contrato de seguro terrestre, Madrid, 1982, p. 31

SÁNCHEZ CALERO, F./ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.: *Instituciones de Derecho Mercantil,* Vol. II, 37ª ed., Cizur Menor, 2015.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS, *Historia do seguro*, disponible en http://www.susep.gov.br/menu/a-susep/historia-do-seguro [último acceso, 27/12/2016].

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS, *Informações gráficas*, disponible en http://www2.susep.gov.br/menuestatistica/monitormercado/index_chart.asp [último acceso, 27/12/2016].

DISPOSICIONES LEGALES VIGENTES SOBRE EL CONTRATO DE SEGUROS EN CHILE

INSURANCE LAW IN CHILE

MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO[··]
Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica e Chile
mhbz@uc.cl

RESUMEN: *Este trabajo presenta una visión amplia de la normativa de los seguros privados en Chile. Con el mismo propósito, se ha realizado un análisis de la normativa del Código de Comercio, la ley de protección de consumidores y las normas de la Superintendencia de Valores y Seguros. Se adhiere, sobre el final, un pequeño comentario a fallos de nuestros tribunales recientes en esta materia.*

PALABRAS CLAVE: Regulación de seguros privados, Chile, ley de protección de consumidores, sentencias en materia de seguros privados.

ABSTRACT:. *This paper offers a panoramic view about Insurance Law on private insurance in Chile. We have been made an analysis about Insurance regulations in general and specifically in Commercial Code, Consumer Law and authority regulations department about Insurance Law. Finally, we examined several Supreme Court decisions about private insurance.*

KEY WORDS: *Regulation of private insurance, Chile, Consumer Law; Cases, Insurance Supervision.*

[·] Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho con mención "Doctor Europeus", Universidad de Salamanca, España. Magíster en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado.

[·] Este trabajo forma parte del proyecto de investigación financiado por el Estado de Chile, FONDECYT Regular N° 1141220, titulado *"El contrato de seguro como contrato de consumo. Examen crítico de su estructura y sistematización después de las reformas de la ley de protección del consumidor y el Código de Comercio."*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. RÉGIMEN LEGAL ACTUAL DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA PRIVADA.- III. NORMAS GENERALES APLICABLES A LOS SEGUROS DE DAÑOS, SEGURO DE INCENDIO, SEGUROS DE ROBO, HURTO Y OTRAS SUSTRACCIONES, SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL; SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE; SEGURO DE PÉRDIDA DE BENEFICIOS, SEGURO DE CRÉDITO; SEGURO DE CAUCIÓN Y, FINALMENTE, SOBRE CONTRATO DE REASEGURO.- IV. RÉGIMEN LEGAL ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA PRIVADA.- V. RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATO DE SEGURO.- BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN.

Durante el primer semestre de 2015, el volumen de primas de seguros privados del mercado asegurador chileno fue de 138 millones de UF (4.937 millones de €). La prima per cápita por riesgo es la segunda más alta de Latinoamérica con un 4,1% del PIB, lo que representa individualmente 338.370 pesos (453 € por persona)[1].

La ley 20.667, de 9 de mayo de 2013, modificó completamente el contrato de seguro en Chile[2]. A nuestro juicio esta ley debe complementarse con la ley 19.496, que "Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores" (en adelante LPC), vigente desde 1997, norma modificada en parte, por la ley 20.555, que comenzó a regir el cinco de diciembre de 2011, y que modificó ley n° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, para dotar de atribuciones en materias financieras, entre otras, al servicio nacional del consumidor" (en adelante SERNAC)[3].

II. EL RÉGIMEN LEGAL ACTUAL DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA PRIVADA.

Las normas que a continuación expondremos son las que rigen al contrato de seguro y revisten el carácter de imperativas a no ser que en éstas se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario, según señala el artículo 542 del Código de Comercio[4]. Se exceptúan de lo anterior, los seguros de daños contratados

[1] En pesos, al 21 de diciembre de 2016, son $3614.496.000.000, lo que representa un 11,4% más respecto de igual período anterior. Fundación Mapfre (2015) pp.11; 39 y 55-56 y ss.

[2] Ley publicada en el Diario Oficial (en adelante, D.O) el 09 de mayo del 2013. La referida ley tuvo una vacancia legal de seis meses, comenzando a regir el 1 de diciembre de 2013.

[3] Ley publicada en el D.O el 05 de diciembre del 2011.

[4] Norma que ha de concordarse con los arts. 587 C.cm, 4 LPC, DFL 251: 3, letra e) y m). Arts. C.c.: 1545, 1681 y ss. RÍOS OSSA, R.: "Art. 542" en RÍOS OSSA, R. (Dir.): *El contrato de seguro. Comentarios al título VII, libro II del Código de Comercio*, Santiago de Chile, Thomson Reuters La Ley,

individualmente, en que tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento (€ 7.541, aproximadamente), y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo. En consecuencia, las normas que veremos a continuación no aplican a todos los seguros chilenos, los que quedan regidos por el *Pacta Sunt Servanda* y, entendemos, supletoriamente, por estas reglas.

La definición de contrato de seguro está en el artículo 512 del Código de Comercio (en adelante CCOM) como un contrato consensual.[5] Constituyen elementos esenciales del contrato de seguro: el riesgo cubierto por el seguro, la prima, la prestación del asegurador y los sujetos de la relación jurídica. Para el legislador chileno el riesgo es la eventualidad de un suceso que ocasione al asegurado o beneficiario una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero y la prima, por su parte, la retribución o precio del seguro.[6] En los seguros privados se transfieren, del asegurado al asegurador, riesgos en bienes determinados, riesgos relativos al derecho de exigir ciertas prestaciones de parte de terceros, riesgos que comprenden el patrimonio como un todo y riesgos relativos a la vida, salud e integridad física o intelectual de un individuo.

En la estructura del Código de Comercio, el artículo 513[7] tiene un catálogo de definiciones, una técnica desusada en las legislaciones de comercio actuales y que tiende a enredar más que a aportar claridad. Valga un solo ejemplo, como hemos señalado anteriormente, el artículo 513 letra q), al definir "Propuesta" ha señalado que ella es "la oferta escrita de contratar el seguro, formulada al asegurador por el contratante, el asegurado o por un tercero a su nombre." Este desliz del legislador deja en entredicho todo el sistema de declaración e información ya que es evidente que la mejor oferta, sus condiciones, características, riesgos, y en definitiva, el mejor análisis del éste en su conjunto lo puede realizar el asegurador, porque es él el experto en valoración de riesgos. Es el asegurador quien debiera tener la carga de realizar la oferta, no el tomador. Aquí la definición del artículo 513 letra q) es incoherente con el sistema completo de la reforma de la ley 20.667[8].

2015, p. 461.

[5] Disposición que ha de concordarse con los arts. 513 a), 513 b), 513 t), 527, 528, 529. DFL 251: arts. 4, 8, 11. DS 1055. Por los citados, los comentarios de estos arts. de RÍOS OSSA (pp. 31, 139 y 150) y GALLARDO CAMUS (pp. 243 y ss.), todos en RÍOS OSSA, R. (Dir.): *El contrato de seguro*, cit., y separadamente, RÍOS OSSA, R.: "Art. 512", cit., pp. 31.

[6] Todo esto conforme a los arts. Art. 512, 513 t) y s) y 521 del Código de Comercio. Por los citados, los comentarios de estos arts. de RÍOS OSSA, R.: cit., pp. 31, 139, 150 y GALLARDO CAMUS, cit., pp. 243, RÍOS OSSSA, R.: cit., pp. 461-473 para la regla sobre el carácter imperativo de las normas del Código de Comercio.

[7] Norma que ha de concordarse con los arts. 516, 524, 525, 526, 538, 545, 550, 562, 571, 573, 574, 588, 589. Arts. de la LPC: 1 número 1, 3, 4, 17E.

[8] BARRIENTOS ZAMORANO, M.: "La unilateral imperatividad de los requisitos esenciales del contrato de seguro en el código de comercio chileno", *Revista boliviana de Derecho* (*RBD*), núm. 22, julio 2016, p. 114.

En la sección primera del Título VIII del Libro II del CCOM existen consagrados importantes deberes de información en los artículos 514 inciso 2º y 529 número 1[9]. La imperatividad de estas normas para primas de hasta las 200 UF, auxiliará, pero la delimitación del riesgo se concreta por la fijación del objeto del seguro y de los riesgos excluidos, y será admisible en la medida que ello no implique que el seguro quede desprovisto de un riesgo real, lo que redundaría en su nulidad (artículo 521 del Código de Comercio). Como señala Arellano, "[L]a póliza debe individualizar el riesgo en directa relación a su naturaleza (incendio, robo, vida, etc.), delimitándolo en función de tiempo, espacio y, si procediere, causalidad, excluyendo con precisión aquellas circunstancias excluidas de cobertura"[10].

En los seguros privados de hasta 200 UF, en consecuencia, el contrato se considera de adhesión, carácter que adquirió a partir de la aprobación de la ley 20.555, que modificó la ley 19.496, y por la posterior modificación de la ley 20.667, de 9 de mayo de 2013, que modificó el seguro en el Código de Comercio[11]. A nuestro juicio, el objetivo de estas reformas fue lograr mayor claridad y precisión en la contratación del seguro y facilitar el conocimiento efectivo del contratante débil en relación al verdadero contenido del contrato de seguro y del riesgo cubierto. No obstante, esto, la imperatividad, técnica de resguardo del asegurado en el Código de Comercio, no elimina absolutamente a la autonomía de la voluntad lo que puede llevar a importantes vacíos y contradicciones en la delimitación y limitación del riesgo como requisito esencial del contrato de seguro[12].

Así, hoy tiene derecho el consumidor tomador de un seguro de una prima menor a las 200 unidades de fomento anuales a recibir información del costo total del contrato (Art. 17 B letra a) LPC) y las condiciones objetivas establecidas por el proveedor (Art. 17 B letra b) LPC). Tratándose de contratos de adhesión, como los seguros, el proveedor debe informar el cobro de los bienes y servicios prestados (Art. 17 B letra a) LPC). El Art. 17 B letra b) LPC, establece un mínimo que deberán especificar estos contratos, haciendo símiles en su encabezado de artículo a los

[9] Norma que ha de concordarse con los arts. 57 y 58 del DFL N° 251 de 1931; arts. 10 del Decreto 1055; arts. DEL CCOM: 517, 514, y 537; arts. 17 y siguientes de la Ley 19.496.

[10] ARELLANO, S.: *La Ley del Seguro*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2013. p. 70.

[11] Al riesgo no se le debiera considerar ahora como la causa del contrato de seguro, ya que aparte de ser la causa misma de un contrato un concepto equívoco, complejo, de carácter incomprensible, debe priorizarse en el seguro el carácter de acto de consumo y de adhesión, que se aviene a su propia naturaleza legal. Sobre estas ideas, GHESTIN, cit., pp. 393-502. Es por ello que se eliminó la causa del Código Civil francés en la reforma que comenzara a regir en 2016, por todos, MOMBERG URIBE, cit., pp.121-142.

[12] BARRIENTOS ZAMORANO, M.: "La unilateral imperatividad", cit., p. 102 y ss.; ídem, *Normas sobre la protección de los derechos de los consumidores en el contrato de seguro en Chile,* Madrid, Fundación Mapfre, pp. 15 y ss.; ídem: "El deber precontractual de información en el contrato de seguro, un producto financiero y de consumo. Estudio de sus fuentes", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, núm. 2, p. 429 y ss.; ídem: "Nuevos deberes precontractuales de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, sección estudios, Año 22, núm. 1, 2015, pp. 84 y ss.

seguros y los productos financieros. Asimismo, el Art. 17 E LPC otorga la facultar de solicitar la nulidad de las cláusulas que infrinjan la anterior disposición. El Art. 17 C LPC es igualmente aplicable a los seguros, ya que establece la necesidad de contener, al inicio del contrato, una hoja con un resumen estandarizado de sus principales cláusulas[13]. El Art. 17 D LPC nuevamente hace alusión al Derecho a información por parte del asegurado. El Art. 17 F LPC establece la prohibición de enviar contratos representativos no solicitados, por último, la prohibición de ventas atadas es también aplicable a los contratos de seguros (Art. 17 H LPC)[14].

Esto no ha hecho más que sincerar una práctica habitual ya que jurídicamente los contratos de seguros son contratos de adhesión. En el ordenamiento jurídico chileno, incluso antes de la dictación de la ley 20.555, el contrato de seguro siempre fue predispuesto por las Compañías de seguros. De hecho, la comercialización masiva de pólizas estandarizadas quedaba circunscrita a los modelos de condicionados generales depositados en la SVS, según lo exige hasta hoy la letra e) del artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley número 251, lo que reafirma su carácter de contrato de adhesión y predispuesto por el contratante experimentado. Es de esta forma que la autoridad fiscalizadora, acudiendo a la discrecionalidad y la legislación citada, puede prohibir el uso de pólizas que no cumplan con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción o con las disposiciones mínimas establecidas en la respectiva normativa. Para Ríos, este ha de ser el sentido del inciso 5° de la letra e) del artículo 3° del D.F.L. 251, que dio origen a la Norma de carácter general 124 del 2001, que fue reemplazada el 26 de julio del 2013 por la Norma de carácter general 349[15].

El art. 4 del Decreto con fuerza de ley (en adelante DFL) 251 señala que: "El comercio de asegurar riesgos a base de primas, sólo podrá hacerse en Chile por sociedades anónimas nacionales de seguros y reaseguros, que tengan por objeto exclusivo el desarrollo de dicho giro y las actividades que sean afines o complementarias a éste, que autorice la Superintendencia mediante norma de carácter general". Esta norma de rango legal cierra el mercado asegurador a un determinado tipo de oferentes, sólo personas jurídicas.

El artículo 521 del CCOM señala como elementos de la esencia del contrato de seguro el riesgo asegurado, la estipulación de prima y la obligación condicional del

[13] Esto es necesario confrontarlo con la doctrina de las expectativas razonables ya que es una forma que tiene el proveedor de seguros para hacer sencilla la inteligencia de las pólizas y consecuencialmente, evitar una interpretación contra redactor por tratarse de cláusulas ambiguas o incomprensibles para un lego.

[14] BARRIENTOS, M.: *Normas*, cit., pp. 91 y ss.

[15] RÍOS OSSA, R.: "La imperatividad", cit., pp.45, nota 6. A juicio de RÍOS, ello es así también el mercado asegurador francés: "En el Ordenamiento jurídico francés, la Ley modificatoria del Code des assurances, dictada en 1989, tuvo por objeto liberalizar el mercado asegurador eliminando el sistema de aprobación previa de las pólizas tipo".

asegurador de indemnizar[16]. El interés asegurable no es requisito esencial, aun así, se requiere de la existencia del mismo, a lo menos, a la época del siniestro, de tal forma que su falta acarrea o la nulidad del contrato o su ineficacia. La prima, en el artículo 527 del CCOM, es divisible por el período efectivo de cobertura[17]. El asegurador gana la prima desde el momento en que los riesgos comienzan a correr por su cuenta, y tendrá derecho a percibir o retener su totalidad en caso que fuera procedente la indemnización por un siniestro de pérdida total o finalizase la vigencia de acuerdo con el artículo 523. Convenida la vigencia de la cobertura por un plazo determinado, la prima se devengará proporcionalmente al tiempo transcurrido consistente con los usos y prácticas del mercado asegurador para el caso de seguros de personas, de cosas y del patrimonio[18].

La prima puede consistir en una cantidad de dinero, en la entrega de una cosa o en un hecho estimable en dinero.

Salvo pacto en contrario, el pago de la prima se hará al entregarse la póliza, el certificado de cobertura o el endoso, según corresponda, y deberá hacerse en el domicilio del asegurador o en el de sus representantes, agentes o diputados para el cobro.

Para la terminación del seguro, se contemplan causales de ineficacia en los artículos 521, 525, 526, 539 y 536, del CCOM, el que debe ser causado e informado si es unilateral y del asegurador.

El artículo 541 consagra una prescripción de cuatro años.[19] Señala que la prescripción que corre en contra del asegurado se interrumpe por la denuncia del siniestro, y el nuevo plazo regirá desde el momento en que el asegurador le comunique su decisión al respecto. no puede ser abreviado bajo ninguna forma de interpretación, caducidad o preclusión, y en los seguros de responsabilidad civil, dicho plazo no será inferior al de la acción que tenga el tercero perjudicado en contra del asegurado, que es la fecha en que se hace exigible la obligación respectiva. En definitiva, las cláusulas *claims made*, aquellas delimitadoras del riesgo y del período temporal de cobertura o prior *acts coverage*, dentro del que deben hacerse efectivas las reclamaciones que obligan a indemnizar al perjudicado, deben respetar los términos de prescripción establecidos en la ley al ser ellos irrenunciables por aplicación del

[16] Norma que ha de concordarse con los arts. 512, 513, s) y t); 524 1º, 3°; 525 ; 527; 529, 2); 530; 535; 536.

[17] Norma que ha de concordarse con los arts. 512, 523, 524 núm. 3, 525, 526, 527, 528, 537 inciso final, 542 inciso 2º, 539 inciso 2º; Arts. del C.c.: 1568.

[18] Sobre esto, BARRIENTOS ZAMORANO, M.: *Daños y Deberes en las Tratativas Preliminares de un Contrato*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2008, ídem: "El deber precontractual", cit., pp. 423-451; ídem: "Nuevos deberes", cit., pp. 65-104; ídem: "La unilateral imperatividad", cit., pp. 98-119; ídem: *Normas*, cit.

[19] Norma que ha de concordarse con los arts. 542 y 592.

artículo 542 del Código de Comercio[20].

Toda cláusula que pretenda acortar el tiempo de duración de la prescripción de las acciones emanadas del contrato de seguro, en desmedro de los derechos del asegurado, tomador o beneficiario, debe considerarse nula absolutamente. No debe olvidarse que el régimen de prescripción es de orden público, indisponible para las partes de un contrato en Chile. Debe, por esta misma razón, estimarse válida toda cláusula que amplíe los plazos expresados por la ley en favor del asegurado, tomador o beneficiario, así lo señala el propio artículo 542 del CCOM, parte final del inciso primero, expresando que "no obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario"[21].

Se comprenden en esta prescripción los derechos que tenga el asegurador contra el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario, que es el caso de la reclamación por daños. También en este artículo quedan comprendidos los que corresponden al asegurado contra la compañía de seguros, por cuanto engloba las acciones emanadas del contrato, desde que las varias obligaciones se hayan hecho exigibles, es decir, el tiempo de la prescripción se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.

Las aseguradoras deben, gracias a la nueva reglamentación, cubrir riesgos de previsión y provisión financiera, estimando el reaseguro en esta variable, en otras palabras, no se podrá limitar abusivamente el riesgo de latencia del siniestro, en perjuicio del asegurado.

Mención aparte merece el artículo 592 del Código de Comercio, al señalar que "transcurridos dos años desde la iniciación del seguro, el asegurador no podrá invocar la reticencia o inexactitud de las declaraciones que influyan en la estimación del riesgo, excepto cuando hubieren sido dolosas".

III. NORMAS GENERALES APLICABLES A LOS SEGUROS DE DAÑOS, SEGURO DE INCENDIO, SEGUROS DE ROBO, HURTO Y OTRAS SUSTRACCIONES, SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL; SEGURO DE TRANSPORTE TERRESTRE; SEGURO DE PÉRDIDA DE BENEFICIOS, SEGURO DE CRÉDITO; SEGURO DE CAUCIÓN Y, FINALMENTE, SOBRE CONTRATO DE REASEGURO.

[20] Sobre estas cláusulas, CESERANI, cit., pp.799 y ss. Problemas ya discurridos en doctrina, BARROS BOURIE, cit., pp. 1084. Ver definición de cobertura de hechos previos (*prior acts coverage*) en Diccionario Mapfre de seguros. Disponible en: http://www.mapfre.comprevios.htm, fecha de consulta: 20 de julio de 2016. RÍOS OSSA, R.: "Art. 512", "Art. 513 t)" y a), "Arts. 539" y "Art. 542" cit. Del mismo autor, RÍOS OSSA, R.: *El deber precontractual de declaración de riesgo*, Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters La Ley, LegalPublishing, 2014.

[21] Sobre los problemas de esta norma en la práctica del seguro, en especial en la declaración del riesgo, ver RÍOS OSSA, R.: *El deber precontractual*, cit., pp. 91 y ss.

La sección segunda del Título VIII del Libro II del C.cm. tiene normas generales aplicables a los seguros de daños, los que tienen por objeto la indemnización de los daños sufridos por el asegurado y pueden recaer sobre cosas corporales, derechos o sobre un patrimonio, en el artículo 545 del CCOM.[22] Se requiere un interés patrimonial, que exista en el presente o en el futuro, que sea lícito y que sea estimable en dinero, lo que aleja el interés asegurable del simple interés que puede tener una persona sobre una cosa. Toda persona que tenga un interés patrimonial, presente o futuro, lícito y estimable en dinero, puede celebrar un contrato de seguros contra daños. Si carece de interés asegurable a la época de sobrevenir un siniestro, el asegurado no podrá reclamar la indemnización. Se reconoce la concurrencia de distintos intereses asegurables, los que podrán cubrirse simultánea, alternativa o sucesivamente hasta concurrencia del valor de cada interés. Es posible el aseguramiento de universalidades[23].

La misma sección segunda del Título VIII del Libro II del C.cm. tiene normas generales aplicables a seguro de incendio, en el artículo 566 y siguientes[24]. Por el seguro contra incendio, el asegurador se obliga a indemnizar los daños materiales que sufran los objetos asegurados por la acción directa del incendio y los que sean una consecuencia inmediata del mismo, como los causados por el calor, el humo, el vapor o por los medios empleados para extinguirlo o contenerlo; y las demoliciones que sean necesarias u ordenadas por la autoridad competente. También podrán contratarse, como una extensión o ampliación a la cobertura de incendio, seguros adicionales que protejan al asegurado contra otros riesgos. Como puede deducirse de la regalmentación legal el riesgo de incendio se distingue de otros riesgos similares como el de daños de vidrios o por acción del agua ya que el de incendio tiene el carácter de principal. Si en la cobertura se incluye el incendio como accesorio, por ejemplo, en una cobertura de construcción, es la cobertura de construcción la que le da la denominación al seguro.

En la misma sección segunda del Título VIII del Libro II del C.cm. tiene normas generales aplicables a seguros de robo, hurto y otras sustracciones, en el artículo 568[25]. Podrán asegurarse los perjuicios causados por la sustracción de cosas, mediante la comisión de los delitos u otras conductas ilegítimas que la póliza señale. Podrán también cubrirse por este seguro los daños que resulten por destrucción o deterioro del objeto asegurado o del lugar en que éste se encuentre, siempre que ellos hayan sido ocasionados durante la ejecución del hecho. En muchos casos su incorporación se realizaba, antes de la reforma, con los seguros de incendio o de

[22] Norma que ha de concordarse con los arts. 512 inciso 2º, 513 letras h) i) m) ñ) o) t) u) x) e y); 518 N° 2, 4, 6 y 7; 529 N°2; 530; 531; 534; 546; 548; 549; 550; 552; 553; 554; 555; 558; 561; 563; 565. CONTRERAS, O.: *Derecho de Seguros*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2014.

[23] GALLARDO, M.: "Art. 545", cit., pp. 489 y ss.

[24] Norma que ha de concordarse con los arts. 518, 542, 525, 526, 542 y 567. RUIZ-TAGLE, C.: "Art. 545", cit., pp. 601 y ss.

[25] Norma que ha de concordarse con los arts. 524, 525, 542, 566, 567, 590, 591. Art. 3º de ley 20.667 que modifica el art. 470 del Código Penal. RUIZ-TAGLE, C.: "Art. 568", cit., pp. 612 y ss.

vehículos motorizados. La cobertura está relacionada con el delito de robo con fuerza en las cosas que el Código Código Penal tipifica en su artículo 440 donde el culpable de robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o en sus dependencias, sufrirá la pena de presidio mayor en su grado mínimo si cometiere delito: 1º Con escalamiento, entendiéndose que lo hay cuando se entra por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas. 2º Haciendo uso de llaves falsas o verdaderas que hubiere sido sustraída, de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo. 3º Introduciéndose en el lugar del robo mediante la seducción de algún doméstico, o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad. Como puede observarse, la conducta descrita exige que la sustracción debe resultar de la acción con fuerza o seducción, pero no se extiende a la violencia en las personas o al robo.

En la misma sección segunda del Título VIII del Libro II del C.cm. tiene normas generales aplicables a seguros de responsabilidad civil, en los artículos 570 y ss[26]. Por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados a terceros, de los cuales sea civilmente responsable el asegurado, por un hecho y en los términos previstos en la póliza. En el seguro de responsabilidad civil, el asegurador pagará la indemnización al tercero perjudicado, en virtud de sentencia ejecutoriada, o de transacción judicial o extrajudicial celebrada por el asegurado con su consentimiento. El seguro de responsabilidad civil es un seguro de daños en interés del propio asegurado, de acuerdo al artículo 520 del CCOM. El riesgo cubierto en el seguro de responsabilidad civil es el nacimiento de la obligación de indemnizar que surge a cargo del asegurado en favor de un tercero, la que deriva de una obligación libremente estipulada con anterioridad e independencia del hecho que causa el daño a un tercero, menoscabado patrimonial o extrapatrimonialmente. No cubre este seguro los daños materiales sufridos por el propio asegurado, en principio, aunque la cobertura del seguro depende del concreto condicionado de la póliza, el que deberá respetar la naturaleza de ser este un contrato de adhesión. Así, la obligación indemnizatoria de la compañía aseguradora depende de la fecha en que el evento se verifique, lo que puede ser modificado porque concurre en él la obligación de que exista una reclamación indemnizatoria de un tercero y la puesta en conocimiento de la producción del daño a la aseguradora, conforme a los artículos 571 y 572 CCOM. A menos que estén amparados por una cobertura especial, el monto asegurado comprende tanto los daños y perjuicios causados a terceros, como los gastos y costas del proceso que éstos o sus causahabientes promuevan en contra del asegurado. Salvo pacto en contrario, la póliza no cubre el importe de las cauciones que deba rendir el asegurado, ni las multas o sanciones pecuniarias a que sea condenado[27].

Así mismo en la sección segunda del Título VIII del Libro II del C.cm. tiene normas

[26] Norma que ha de concordarse con los arts.513 letra c); 542; Ley 19.496 sobre protección de derechos de los consumidores. BARRIENTOS ZAMORANO, M.: "Art. 570", cit., pp. 617 y ss.
[27] PERALTA LARRAÍN, R.: "Art. 571", cit., pp. 630 y ss.

generales aplicables a seguro de transporte terrestre en el artículo 575 y ss[28]. Por el seguro de transporte terrestre, el asegurador se obliga a indemnizar los daños materiales que sufran las mercaderías y los medios utilizados para embalarlas, durante su carga, descarga o conducción por vía terrestre. Salvo pacto en contrario, la cobertura del seguro comprenderá el depósito transitorio de las mercaderías y la inmovilización del vehículo o su cambio durante el viaje, cuando dichos eventos se deban a circunstancias propias del transporte y no hayan sido causados por algunos de los acontecimientos excluidos por la póliza. Desde la perspectiva del transporte, si el porteador ha recibido las mercaderías encajonadas, enfardadas, embarricadas o embaladas, éste "(…) cumple con entregar los cajones, fardos, barricas o balas sin lesión alguna exterior" (artículo 204 C.Com.). Si de seguro de transporte terrestre se trata, el asegurador indemnizará los daños materiales sufridos por las mercaderías y los que afecten a los medios utilizados para embalarlas, siempre que las pérdidas, daños o gastos no deriven del inadecuado o insuficiente embalaje de la materia asegurada, realizado antes de la contratación del seguro, o por el asegurado, sus agentes, empleados o mandatarios. El embalaje, para que sea considerado suficiente, debe poder soportar los incidentes ordinarios del transporte.

La misma sección segunda del Título VIII del Libro II del C.cm. tiene normas generales aplicables a seguro de pérdida de beneficios en el artículo 578[29], aquí el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado la disminución de ingresos y utilidades que hubiera alcanzado la actividad descrita en la póliza, de no haberse producido el siniestro. El asegurado puede, además, cubrir los gastos generales que haya de seguir desembolsando el asegurado cuando el establecimiento quede paralizado total o parcialmente a consecuencia del siniestro y los gastos extraordinarios realizados con la finalidad de reanudar las actividades. Son innumerables las pérdidas que pueden llegar a cubrirse como, por ejemplo, pérdidas de utilidades por interrupciones de energía eléctrica, fallas en las telecomunicaciones, daños en los sistemas computacionales, beneficios esperados en el transporte, inundaciones, cancelación de espectáculos, incumplimientos de proveedores, pérdida total o parcial de maquinarias, por nombrar algunos de los clausulados que están depositados en la SVS.

También la sección segunda del Título VIII del Libro II del C.cm. tiene normas generales aplicables a seguro de crédito en el artículo 579[30]. Por el seguro de crédito el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado las pérdidas que experimente por el incumplimiento de una obligación de dinero. Por su parte, el artículo 582 tiene normas generales aplicables a seguro de caución[31], en este el asegurador se obliga a

[28] Norma que ha de concordarse con los arts. 166, 167, 184, 191, 199, 204, 207, 516, 520, 546, 1164 y 1167. TOSO MILOS, Á.: "Art. 575", cit., pp. 649 y ss.

[29] Norma que ha de concordarse con los arts. 524 núms. 7 y 8; 546, 550, 551. MOLINA ZALDÍVAR, C.: "Art. 578", cit., pp. 686 y ss.

[30] Norma que ha de concordarse con los arts. 542, 579, 580, 582; Art. 11 DFL 251. MOLINA ZALDÍVAR, C.: "Art. 579", cit., pp. 695 y ss.

[31] Norma que ha de concordarse con los arts. 513, 524, 525, 543, 552, 579, 581, 583. Art. 30 Ley

indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro o afianzado, de sus obligaciones legales o contractuales. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro. Las diferencias entre ambos seguros son notables ya que el seguro de crédito cubre sólo obligaciones de dinero, y el seguro de caución cubre obligaciones de hacer o de no hacer. Gracias a los artículos 579 y 582, si el incumplimiento de una obligación que causa un daño patrimonial al asegurado es de dinero, estamos ante un seguro de crédito, en caso contrario se trata de un seguro de caución.

El seguro de crédito tiene por objeto indemnizar la pérdida definitiva que sufra el asegurado (acreedor) como consecuencia del impago de la obligación por insolvencia del deudor, el seguro de caución tiene por objeto la reparación del daño derivado del mero incumplimiento del deudor, daño que está avaluado legal o convencionalmente, uno cubre los perjuicios que emanan de la insolvencia o cesación de pago del deudor, y él se encarga de los daños que ocasiona el incumplimiento de una obligación que no sea dineraria, ya sea que ésta emane de la ley o de un contrato. Hay obligación de reembolso en el seguro de caución y por ello el tomador o contratante debe restituir al asegurador toda suma de dinero que éste haya debido pagar a consecuencia del incumplimiento de su obligación. En el seguro de crédito no se cuenta con esa obligación, ya que el tomador o contratante no está obligado a restituir suma alguna al asegurador.

Además, la sección segunda del Título VIII del Libro II del C.cm. tiene normas generales aplicables a sobre contrato de reaseguro en el artículo 584 y ss.[32]. El reasegurador se obliga a indemnizar al reasegurado, dentro de los límites y modalidades establecidas en el contrato, por las responsabilidades que afecten su patrimonio como consecuencia de las obligaciones que éste haya contraído en uno o más contratos de seguro o de reaseguro. El reaseguro que ampara al reasegurador toma el nombre de retrocesión. En estos contratos, servirán para interpretar la voluntad de las partes los usos y costumbres internacionales sobre reaseguros.

Finalmente, la sección segunda del Título VIII del Libro II del C.cm. tiene normas generales aplicables a contratos de personas naturales. En ellos, cubren los riesgos que puedan afectar la existencia, la integridad física o intelectual, la salud de las personas y los que garantizan a éstas, dentro o al término de un plazo, un capital o una renta temporal o vitalicia. Por el seguro de vida el asegurador se obliga, conforme a la modalidad y límites establecidos en el contrato, a pagar una suma de dinero al contratante o a los beneficiarios, si el asegurado muere o sobrevive a la fecha estipulada. Se denomina renta vitalicia a la modalidad del seguro de vida mediante la cual el asegurador recibe del contratante un capital y se obliga a pagarle a él o sus

18.045, Art. 16 Ley 20.720, Art. 1 Ley 19.932, Arts. 26 y 27, Decreto Supremo Hacienda N° 1055.

[32] Norma que ha de concordarse con los arts. 512, 513 letras a) b) c) f); 516; 518 núm. 1, 6 y 10; 541 inc. 3º; 544; 589; 590; 591; 592; 593; 594; 595; 596; 597; 598; 599; 600 y 601.

beneficiarios una renta hasta la muerte de aquél o de éstos. Por el seguro de accidentes personales el asegurador se obliga, conforme a las modalidades estipuladas, a indemnizar al asegurado o a sus beneficiarios, las lesiones corporales, la incapacidad o la muerte que éste sufra a consecuencias de un accidente. Por el seguro de salud, o las modalidades de otros seguros que incluyan dicha cobertura, el asegurador se obliga a pagar, en la forma estipulada en el contrato, los gastos médicos, clínicos, farmacéuticos, de hospitalización u otros en que el asegurado incurra, si éste o sus beneficiarios requiriesen de tratamiento médico a consecuencia de enfermedad o accidente.

IV. RÉGIMEN LEGAL ADMINISTRATIVO DE LA ACTIVIDAD ASEGURADORA PRIVADA.

Hechas las aclaraciones anteriores, los efectos del impacto de las reformas en el mercado asegurador chileno que modificó la comercialización masiva de pólizas estandarizadas, se vertebran a partir de varios cuerpos de leyes, antiguos y nuevos, que alteran la noción que se tenía del contrato de seguro. Este tipo contractual quedaba, antes de las reformas señaladas, circunscrito al Código de Comercio y los modelos de condicionados generales depositados en la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante SVS), según lo exige todavía la letra e) del artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley número 251 del año 1931[33]. La normativa consagrada en el Decreto con Fuerza de Ley número 251 del año 1931 es bastante amplia, y aun

[33] La letra e) del art. 3 del Decreto con Fuerza de Ley número 251 del año 1931, señala: "Art. 3°. Son atribuciones y obligaciones de la Superintendencia:
e) Mantener a disposición del público, los modelos de textos de condiciones generales de pólizas y cláusulas que se contraten en el mercado. Las entidades aseguradoras podrán contratar con dichos modelos a partir del sexto día que hubieren sido incorporados al Depósito de Pólizas que, para esos efectos, llevará la Superintendencia.
Las compañías de seguros del primer grupo, en los casos de seguros de Transporte y de Casco Marítimo y Aéreo, como asimismo en los contratos de seguros en los cuales, tanto el asegurado como el beneficiario, sean
personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga no sea inferior a 200 unidades de fomento, no tendrán la obligación señalada en el párrafo precedente, y podrán contratar con modelos no depositados en la Superintendencia, debiendo la póliza respectiva ser firmada por los contratantes.
Será responsabilidad de las compañías que las pólizas de seguros que contraten, estén redactadas en forma clara y entendible, que no sean inductivas a error y que no contengan cláusulas que se opongan a la ley. En caso de duda sobre el sentido de una disposición en el modelo de condición general de póliza o cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el contratante, asegurado o beneficiario del seguro, según sea el caso.
La Superintendencia fijará, mediante norma de aplicación general, las disposiciones mínimas que deberán contener las pólizas.
La Superintendencia podrá prohibir la utilización de un modelo de póliza o cláusula cuando, a su juicio, su texto no cumpla con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción, o con las disposiciones mínimas señaladas precedentemente;"

rige en el país. Contiene normas sobre la actividad de las compañías aseguradoras, sobre la función y atribución de la SVS y sobre el reaseguro, por lo que su normativa presenta un marcado tinte mixto entre reglas de orden privado y público que genera y deja abiertos problemas de interpretación de la nueva normativa, como se verá[34].

El aspecto más relevante del Decreto con Fuerza de Ley número 251 del año 1931, a efectos de nuestro estudio, dice relación con que permitía que las cláusulas de los contratos de seguros o pólizas (auténticas Condiciones Generales de Contratación redactadas de manera prácticamente unilateral por el asegurador), fueran depositadas en la SVS. En Efecto, la hoy derogada norma de carácter general N° 124 (vigente hasta la dictación de la norma de carácter general 349 del 26 de julio de 2013) establecía normas relativas al depósito de pólizas y disposiciones mínimas de contratos de seguro[35]. La Superintendencia hasta 2013 mantenía a disposición del público un Depósito de Pólizas que contenía todos los modelos de textos de condiciones generales de pólizas y cláusulas que podían ser contratadas en el mercado. Existía, en general, prohibición de ofrecer seguros ni contratar con modelos que no hubieren sido incorporados al depósito, salvo lo dispuesto en el Título II de esa Norma de Carácter General. Una vez depositados los textos de modelos, las entidades aseguradoras podían contratar con ellos a partir del sexto día contado desde su incorporación. Se generaban exigencias a las pólizas depositadas y a los modelos de condiciones generales de las pólizas y cláusulas de seguro, las que debían estar redactadas en forma clara y entendible, no podían ser inductivas a error ni debían contener cláusulas que se opusieran a la ley. La SVS podía prohibir la utilización de un modelo de póliza o cláusula, cuando su texto no cumplía con los requisitos de legalidad y claridad en su redacción, o con las disposiciones mínimas, que la propia Norma de Carácter General especificaba.

A contar del 1 de diciembre de 2013, todo nuevo contrato de seguro que se contrate en Chile se debe suscribir utilizando textos de condiciones generales y particulares que no contravengan las disposiciones del nuevo Título VIII del Libro II del Código de Comercio, introducido por la Ley N° 20.667. En ello se debe tener especial celo en la protección de los derechos de los consumidores, ya que tal y como expresa la Norma de Carácter General 349 de 26 de julio de 2013, "En las condiciones generales o particulares, según la naturaleza de la disposición, se deberán incluir las exigencias previstas en el artículo 17 B de la Ley N° 19.496 y demás disposiciones que pudieran ser aplicables de dicha Ley, cuando corresponda".

Bajo la actual normativa, de depósito y no registro de póliza, las condiciones generales, que son los textos de las pólizas tipo que deben utilizar las entidades aseguradoras en la contratación de los seguros, que contienen las regulaciones y estipulaciones por las que se rige el contrato respectivo no son, necesariamente,

[34] BARRIENTOS, M.: "Normas", cit., pp. 124 y 152 y ss.
[35] Disponible en: http://www.svs.cl5 [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2016].

baluartes de la libertad contractual y expresión de la voluntad de ambas partes. Son, más bien, contratos de adhesión, revisables, todas, en sede jurisdiccional si se transgreden derechos del consumidor asegurado. No en vano, la actualmente vigente NCG 349 señala que: "En el primer artículo de la póliza, denominado "Reglas aplicables al contrato", que será de carácter obligatorio, deberá señalarse lo siguiente:

"Se aplicarán al presente contrato de seguro las disposiciones contenidas en los artículos siguientes y las normas legales de carácter imperativo establecidas en el Título VIII, del Libro II, del Código de Comercio. Sin embargo, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario".

Cuando el condicionado general incorpore regulaciones imperativas del Código de Comercio, deberá hacerse referencia al artículo que específicamente trate esa materia o transcribirlo textualmente".

La norma que analizamos, precisa, muy especialmente que: "Las estipulaciones más favorables para el asegurado o beneficiario podrán consignarse en las condiciones generales o particulares de la póliza. En caso de contradicción, primará la estipulación más beneficiosa para el asegurado".

En consecuencia, a nuestro juicio, los contratos de seguros o las pólizas redactadas por el asegurador, han sido fuertemente limitadas como fuente del derecho privado de los seguros. Esto es así porque, a partir de la reforma de la ley 20.555 y 20.667, estas pólizas o los contratos, no pueden vulnerar derechos de los consumidores consagrados en la LPC, como tampoco aquellas reglas que emanan del Título VIII del Libro II del Código de Comercio, ya que conforme al art. 542, se consagró la imperatividad de las normas del Código de Comercio, salvo en cuanto a que las estipulaciones contractuales contenidas en los contratos de seguros sean más beneficiosas para el asegurado, excluyendo de esta regla a los seguros de grandes riesgos. Ahondaremos en este aspecto durante varios pasajes de esta obra[36].

También es de tener en cuenta, para un adecuado análisis de la formación del contrato de seguro en Chile, el estatuto propio de la SVS, el Decreto Ley (en adelante DL) Nº 3.538. En efecto, en Chile, los servicios de la Administración del

[36] El art. 542 del CCOM chileno expresa: "Art. 542. Carácter imperativo de las normas. Las disposiciones que rigen al contrato de seguro son de carácter imperativo, a no ser que en éstas se disponga otra cosa. No obstante, se entenderán válidas las estipulaciones contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado o el beneficiario.
Exceptúanse de lo anterior, los seguros de daños contratados individualmente, en que tanto el asegurado como el beneficiario, sean personas jurídicas y el monto de la prima anual que se convenga sea superior a 200 unidades de fomento, y los seguros de casco y transporte marítimo y aéreo".
Sobre este tema, RÍOS OSSA, R.: "*La imperatividad de las normas*", cit., pp.43-60.

Estado, aplican las leyes cuyo uso les ha sido encomendado, vigilando su correcta aplicación, lo que se logra interpretándolas. El artículo 4° de la Ley Orgánica Constitucional (en adelante LOC) de la SVS, D.L. Nº 3.538, señala que a la SVS toca "velar porque las personas o instituciones fiscalizadas [...] cumplan con las leyes, reglamentos, estatutos y otras disposiciones que las rijan [...]". En la letra a) inciso 1°, del mismo artículo, expresa que es competencia de la Superintendencia: "Interpretar administrativamente [...] las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas, y fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento". A juicio de Guzmán, "incurre en la misma reiteración y redundancia echa ver en la letra anterior, porque no se entiende cómo la Superintendencia pudiere fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y cumplimiento de las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas sin interpretarlas"[37].

En el orden del Derecho administrativo, hay que considerar además un reglamento o Decreto Supremo (en adelante DS) 1.055, publicado el 29 de diciembre de 2012, que entró en vigencia el 1° de junio de 2013, que regula a los auxiliares del comercio de seguro, que en Chile comprenden a corredores y liquidadores de seguros, y que norma asimismo la liquidación de siniestros[38].

V. RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE CONTRATO DE SEGURO.

Para apreciar adecuadamente los cambios ocurridos en la legislación chilena sobre seguros, nos parece importante comentar algunos casos de jurisprudencia reciente que ilustran sobre la nueva forma de interpretación y aplicación del contrato de seguro.

En un caso fallado en la Corte Suprema el 26 de julio de 2016[39], los principios que

[37] GUZMÁN BRITO, A.: *La interpretación administrativa en el Derecho chileno*, Santiago de Chile, Legalpublishing Thomson Reuters, 2014, pp.69. El Decreto Ley núm. 3.538, se publicó en el D.O. de 23 de diciembre de 1980 y sus rectificaciones en el D.O. de 21.01.81. Modificado por: a) el D.L. núm. 3.551 publicado en el D.O. de 2 de enero de 1981; b) por el D.L. núm. 3.628, publicado en el D.O. de 25 de febrero de 1981; c) por la Ley núm. 18.046, publicada en el D.O. de 22 de octubre de 1981; d) por la Ley núm. 18.073, publicada en el D.O. de 1 de diciembre de 1981; e) por la Ley núm. 18.575, publicada en el D.O. de 5 de diciembre de 1986; f) por la Ley núm. 18.660, publicada en el D.O. de 20 de octubre de 1987; g) por la Ley núm. 18.876, publicada en el D.O. de 21 de diciembre de 1989; h) por la Ley núm. 19.301, publicada en el D.O. de 19 de marzo de 1994, i) por la Ley núm. 19.705, publicada en el D. O. de 20 de diciembre de 2000; j) por la Ley núm. 19.806, publicada en el D.O. de 31 de mayo de 2002; k) por el Art. 9° de la Ley núm. 20.190, publicada en el D.O. de 5 de junio de 2007; l) por el Art. 48 de la Ley núm. 20.345, publicada en el D.O. de 6 de junio de 2009, y m) por el Art. 6° de la Ley núm. 20.552, publicada en el D.O. de 17 de diciembre de 2011.

[38] El texto anterior era el DS de Hacienda núm. 863, publicado en el D.O. del 5 de Abril de 1990 en las misma materias.

[39] Fallo de recurso de protección, Corte Suprema, de 26 de julio de 2016, Rol núm. 27.959-2016,

hemos desarrollado hasta ahora se aplicaron. Se trataba de un consumidor que contrató un seguro catastrófico con una compañía que se negó a otorgar cobertura por una operación de cáncer de tiroides, y de sus costos asociados, ya que el siniestro carecía de cobertura por pareexistencia, según alegaba la compañía, quedando con exclusión todo tipo de tratamiento. Lo anterior en virtud de la letra g) del Condicionado Particular de la póliza en cuestión. La delimitación del riesgo estaba señalada en el artículo 5 letra g) de la póliza: "Esta póliza excluye las preexistencias, las que se definen como cualquier enfermedad, patología, incapacidad, lesión, dolencia, padecimiento o problema de salud en general que afecte al asegurado y que haya sido conocido o diagnosticado con anterioridad a la fecha de la suscripción de la propuesta o solicitud de incorporación a la póliza". La Corte Suprema estimó que el único sustento para la negativa de cobertura fue una referencia a un informe médico de ecotomografia doppler, que daba cuenta de "signos hemodinámicos sugerentes de leve proceso inflamatorio tiroideo difuso y nódulo lóbulo izquierdo", lo que contrastaba con el documento en que el médico tratante del asegurado señalaba expresamente que la paciente sólo había sido diagnosticada con cáncer papilar de tiroides a partir del día 8 de mayo de 2015, habiendo iniciado la cobertura el día 1 de mayo de 2015. Al no dar cobertura, la compañía aseguradora habría perturbado el derecho de propiedad del asegurado y, por lo tanto, transgredido el artículo 16 letra a) de la ley 19.496. La Compañía fue condenada a dar cobertura en la forma señalada en el contrato celebrado.

En otro fallo reciente, también de la Corte Suprema , de tres de febrero de dos mil dieciséis, por unanimidad se acogió un recurso de queja en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en un caso de cobertura de seguros. Se trataba de una Compañía que el 13 de febrero de 2013 comunicó a un asegurado su rechazo al denuncio de siniestro por cobertura de enfermedad grave por el diagnostico de cancer testicular, debido a que presentaba antecedentes de patología renal desde julio de 2008. Se le rechazó la cobertura del siniestro, lo que ocurrió el 13 de febrero de 2013. El recurso ante la misma entidad aseguradora fue deducido por el asegurado el 11 de julio de 2013. Desde la fecha de la infracción, 13 de febrero de 2013, hasta el día del recurso, 11 de julio de 2013, transcurrieron 4 meses y 28 días. Luego, se suspendió el computo del plazo, desde la interposición del recurso, 11 de julio de 2013, hasta el 8 de agosto de 2013, término que se reinicia el 9 de agosto de 2013. Al 11 de agosto se enteraban 5 meses y recién el 27 de diciembre del mismo año se interpuso la acción contravencional, propia de consumidores, cuando el plazo para intentarla se encontraba vencido, circunstancias que obligaron a acoger la excepción de prescripción de la acción deducida. El Juzgado de policia local de Osorno, en su sentencia, entendió que se habla infringido el artículo 12 de la Ley N° 19.496, que prescribe que todo proveedor de bienes o servicios estará obligado a respetar los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio. Se alegó el cumplimiento de los términos, condiciones y modalidades conforme a las cuales

"Zañartu con HDI Seguros S.A.".

se celebró el contrato de seguro. La Corte Suprema, señaló que al no encontrarse prescrita la acción infraccional deducida el 27 de diciembre de 2013, tampoco habría podido estarlo la acción civil deducida conjuntamente con ella, menos aun si el artículo 541 del Código de Comercio tiene normas especiales sobre la materia, al señalar que las acciones emanadas del contrato de seguro prescriben en el término de cuatro años, contado desde la fecha en que se haya hecho exigible la obligación respectiva(inciso 1°), plazo que, además, se interrumpe por la denuncia del siniestro, comenzando a regir el "nuevo plazo" desde el momento en que el asegurador "comunique su decisión al respecto" (inciso 2°), habiendo ocurrido esto último, recién el 8 de agosto de 2013. Todavía más, el inciso final del artículo 541 del Código de Comercio se dispone que este plazo de prescripción no puede ser abreviado bajo ninguna forma de caducidad o preclusión, resultando prohibido por el legislador la abreviación de los plazos de prescripción, que es precisamente lo que ocurriría de seguirse lo postulado por los ministros de la Corte de Apelaciones de Valdivia.

Para la Corte Suprema es claro que el asegurado consumidor puede elegir sin problemas el estatuto por el cual demandar a una aseguradora. En otra sentencia de la Corte Suprema una aseguradora pretendía exonerarse de su deber de cumplir con el pago de la cobertura ofrecida, sobre la base de un eventual incumplimiento del asegurado. Argüía que el asegurado no había dado suficiente información referente al riesgo. La Corte desestimó esta alegación señalando que existía responsabilidad de la aseguradora por la forma en que en que formuló las preguntas del cuestionario de determinación del riesgo, y por tanto, que no existía motivo suficiente para alegar la nulidad del contrato y justificar su incumplimiento. La alegación de la demandante se fundó en el pronunciamiento del tribunal de primera instancia. Esto pese a que la demandada opuso como defensa la nulidad del contrato de seguro, la sentencia rechazó la demanda entendiendo valido el contrato de autos, por lo que las obligaciones que contenía eran exigibles y, entre ellas, la de pago del monto asegurado por haberse verificado el siniestro que lo hacía procedente.

En otro fallo la Corte de Apelaciones de Concepción, el once de junio de dos mil quince, se falló el caso de un particular que reclamó por la terminación unilateral del contrato de seguro con una Compañía, suscrito por las partes en diciembre del año 2004, atendida una particular interpretación que se efectuó de la Ley N°20.667, por entender que la cobertura de un seguro oncológico no podía ser renovada automáticamente tal como lo establecía el contrato indicado, con lo cual se infringía la garantía constitucional establecida en los numerales 1, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Al efecto, se señalaba que el 16 de diciembre de 2014 el asegurado recibió dos cartas de la recurrida comunicándole lo indicado precedentemente, y agregaban que la opción que tenía era suscribir un contrato nuevo denominado "Reembolso de Prestaciones Médicas Mayor", de renovación anual, con pérdida de su vigencia hasta los 99 años. Respecto de la cobertura, ella se

contenía en el artículo 11 de las Condiciones generales y particulares idénticos términos, señalándose que el adicional tendría una duración de un año, contado desde su fecha de vigencia inicial. Su renovación era automática, al final del periodo a menos que alguna de las partes manifestara su opinión en contrario a través de carta certificada, por lo menos con un mes de anticipación a la fecha de vencimiento.

La Corte advierte que ambas partes -y por cierto la recurrida- se encontraban facultadas para no renovar o desahuciar las señaladas coberturas, pero siempre y cuando tal opción se ejerciese en la oportunidad establecida en la estipulación recién transcrita.

La Corte, para mejor acierto del fallo, mediante una resolución, requirió que la empresa recurrida informase con precisión respecto de la fecha en que envió al asegurado recurrente las cartas mediante las cuales le comunicaba los ceses unilaterales de los seguros antedichos a partir del 01 de diciembre de 2014, mismas que se encontraban fechadas en octubre de 2014. En respuesta de tal requerimiento, la Compañía de Seguros acompañó copiassimples de lo que denomina Ticket de recepción de cartas a nombre de larecurrente la cual no contenía anotación ninguna en el espacio correspondiente a la fecha y hora del mismo. La sentenciadora concluyó que no existiendo en la causa antecedentes fidedignos y completos que permitan a los sentenciadores adquirir una convicción en contrario, sea por no haber sido proporcionados por el recurrente o por la recurrida, o por vía oficiosa, debía tenerse por cierto que la Compañía de Seguros procedió a desahuciar o a poner término de modo ilegal (fuera de la ley del contrato) a los dos seguros adicionales a que se refiere el vínculo contractual, por haberlo realizado fuera del espacio temporal que le franqueaba la relación contractual.

En efecto, al no estar cuestionado que este vínculo se originó en diciembre de 2004, la Compañía debió haber manifestado su voluntad de no perseverar con una anticipación mínima de un mes, esto es, en oportunidad anterior al 01 noviembre de 2014, y al no haberse demostrado palmariamente lo contrario -obligación que pesaba sobre ésta a la luz del principio general en materia probatoria establecido por el artículo 1698 del Código Civil- debe también tenerse como patente la vulneración de la garantía constitucional del recurrente asegurado, consistente en el derecho de propiedad de permanecer en el goce de los seguros adicionales contratados.

En consecuencia, para los jueces chilenos, las decisiones legales correctas están determinadas por reglas preexistentes. Son formalistas, ante la interpretación de un contrato, intentan llegar a su decisión únicamente por deducción lógica. La ley es vista como un completo y autónomo sistema de principios y reglas lógicas, donde el juez aplica la ley, la justicia con moderación. No es su función ampliar o mejorar la

ley ya que esa es la función de la legislatura.

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO, S.: *La Ley del Seguro*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2013.

BARRIENTOS ZAMORANO, M.: "El deber precontractual de información en el contrato de seguro, un producto financiero y de consumo. Estudio de sus fuentes", Revista Chilena de Derecho, vol. 42, núm. 2, 2015, pp. 423-451.

BARRIENTOS ZAMORANO, M.: "La unilateral imperatividad de los requisitos esenciales del contrato de seguro en el código de comercio chileno", Rev. boliv. de derecho, nº 22, julio 2016, pp. 98-119.

BARRIENTOS ZAMORANO, M.: "Nuevos deberes precontractuales de información en los certificados de cobertura provisorio, definitivo y la propuesta del contrato de seguro", Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, sección estudios, Año 22, núm. 1, pp. 65-04.

BARRIENTOS ZAMORANO, M.: *Daños y Deberes en las Tratativas Preliminares de un Contrato*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2008.

BARRIENTOS ZAMORANO, M.: *Normas sobre la protección de los derechos de los consumidores en el contrato de seguro en Chile,* Madrid, Fundación Mapfre, 2016.

CONTRERAS, O.: *Derecho de Seguros*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2014.

GUZMÁN BRITO, A.: *La interpretación administrativa en el Derecho chileno*, Santiago de Chile, Legalpublishing Thomson Reuters, 2014.

RÍOS OSSA, R. (Dir.): *El contrato de seguro. Comentarios al título VII, libro II del Código de Comercio*, Santiago de Chile, Thomson Reuters La ley, 2015.

RÍOS OSSA, R.: *El deber precontractual de declaración de riesgo*, Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters La Ley, Legal Publishing, 2014.

RÍOS OSSA, R.: "La imperatividad de las normas que regulan el contrato de seguro en el ordenamiento jurídico chileno y el control de contenido del contrato: ¿cambio radical en el sistema de aseguramiento?" en *Estudios de Derecho Comercial*, Santiago de Chile, Jequier Lehuedé, Legalpublishing Thomson Reuters, 2014, pp. 43-60.

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SEGUROS EN COLOMBIA. EVIDENCIA DE LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO PRIVADO

INSURANCE CONTRACT LAW IN COLOMBIA. RECENT AND STILL-PENDING LEGAL REFORMS

ESTEBAN ISAZA RAMÍREZ[1]
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes
e.isaza11@uniandes.edu.co

RESUMEN: *A partir de un marco conceptual que da cuenta de cómo se han formado distintas globalizaciones del derecho y el pensamiento jurídico, se muestra cómo el entendido sobre el Derecho Privado ha cambiado en el tiempo y cómo esto ha determinado la evolución del derecho de seguros, en especial del contrato de seguros, en Colombia. Así, la historia que cuenta este artículo inicia a comienzos del siglo XX y muestra cómo la autonomía de la voluntad y el libre mercado determinaban el derecho de seguros; sigue y aborda la segunda globalización, caracterizada por la primacía de los intereses sociales y el intervencionismo estatal, y evidencia cómo estos formaron una nueva versión con un mercado asegurador regulado y un contrato reglado en un nuevo Código de Comercio; finaliza con la tercera globalización, la cual se analiza a partir de la constitucionalización, considerado como el fenómeno que la caracteriza, y a partir de ella, contrastan las construcciones que la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia y la Corte Constitucional de la República de Colombia han hecho para determinar las obligaciones de las partes en la formación del estado del riesgo asegurable.*

PALABRAS CLAVE: *Globalización del pensamiento jurídico, constitucionalización, derecho de seguros, contrato de seguros, declaración del estado del riesgo.*

ABSTRACT: *Based on a conceptual framework that shows how different globalizations of law and legal thought have occurred, it is shown how the understanding of Private Law has changed over time and how the evolution of Colombian insurance law has been determined by that. Thus, the story that this article tells us begins at the beginning of the 20th century and shows how the Liberty of Contract and the free market determined the right of insurance; follows and addresses the second globalization, characterized by the primacy of social interests and state interventionism, and shows how they formed a regulated insurance market and a regulated contract in a new Commercial Code; ends with the third globalization, which is analyzed from the constitutionalisation considered as the phenomenon that characterizes it, and from it, contrast the constructions that the Supreme Court of Justice of the Republic of Colombia and the Constitutional Court have done to determine the obligations of the parties in the formation of the insurable risk state.*

KEY WORDS: *Legal thought globalization, constitutionalisation, insurances law, insurances contract, insurable risk state.Insurance Law, Insurance contract, Law Reform and Reform Proposals.*

[1] Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y candidato a doctor en derecho de la Universidad de los Andes. e.isaza11@uniandes.edu.co

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. QUÉ ENTENDER POR "DERECHO PRIVADO". CAMBIOS CONCEPTUALES DESDE LAS GLOBALIZACIONES DE LOS DISCURSOS JURÍDICOS.- III. EL DERECHO DE SEGUROS EN COLOMBIA, UNA CONSTRUCCIÓN DESDE EL PENSAMIENTO JURÍDICO CLÁSICO Y LO SOCIAL.- 1. La regulación de la actividad aseguradora.- 2. El contrato de seguro, su tránsito en las globalizaciones jurídicas.- IV. LA TERCERA GLOBALIZACIÓN. UNA MIRADA A PARTIR DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO.- 1. ¿Qué es la constitucionalización del Derecho privado?- 2. La procedencia de la acción de tutela contra particulares. Los fundamentos de la constitucionalización directa del contrato de seguro.- 2.1. La actividad aseguradora, un servicio público.- 2.2. El contrato de seguro como fuente de indefensión.- 2.3. La idoneidad de la tutela. Modulación de la subsidiariedad.- V. EL PAPEL DE LA ASEGURADORA EN LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO. ENTRE LA ADOPCIÓN DE LA TERCERA GLOBALIZACIÓN Y UNA REAL CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SEGUROS.- 1. La doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Marcos del Derecho privado.- 2. La intervención de la Corte Constitucional y la constitucionalización del contrato de seguros.- 2.1. Preexistencias en los contratos de medicina pre-pagada y seguros de salud.- 2.2. Reticencia e inexactitud en los seguros de vida que soportan obligaciones crediticias.- 2.3. ¿Hay una efectiva constitucionalización en el contrato de seguro?- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Este artículo pretende mostrar cómo los discursos de las distintas globalizaciones del pensamiento jurídico han influido en el derecho de seguros, con especial atención en el contrato de seguro y las obligaciones de las partes en la determinación del estado de riesgo del interés asegurable. Para ello cuestiona el entendido tradicional del Derecho Privado, mostrándolo como un concepto vacío que se define de acuerdo al momento histórico y los intereses regentes, como lo son la prevalencia de la autonomía de la voluntad y el libre mercado, el intervencionismo estatal y la primacía constitucional. Así llega a la constitucionalización y los efectos que esta ha tenido en la apreciación del sistema jurídico, del Derecho Privado y del contrato de seguros.

Este texto se motivó en lo escandalosas que han resultado algunas de las intervenciones de la Corte Constitucional en asuntos considerados de Derecho Privado dentro del contexto jurídico colombiano, tal como lo son las disputas contractuales que vinculan a aseguradoras y tomadores, asegurados y beneficiarios, con las que han establecido cambios sustanciales sobre las normas previstas por el legislador, lo que, por ejemplo, se evidencia cuando la Corte Constitucional ordena

el cumplimiento de una prestación que ha prescrito según la ley vigente[2].

Ahora bien, en el desarrollo de este texto se encontrarán dos metodologías que le construyen el hilo conductor. En general este texto sigue la periodización del pensamiento jurídico propuesta por Duncan Kennedy [3] en el texto "Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico, 1850-2000", publicado originalmente en "The new law and economic development"[4] y traducido al español por Jorge González Jácome; a partir de el, se evidencia cómo el contrato de seguro en Colombia sigue el mismo camino que del Derecho Privado y el discurso jurídico. Ya en la tercera globalización se sigue la idea de constitucionalización propuesta por Juan Jacobo Calderón Villegas[5] en el texto "La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia". Por lo anterior es que términos como Pensamiento Jurídico Clásico o Constitucionalización Adecuada son parte de los pilares de esta propuesta.

Por otro lado, aunque hay parte de este trabajo que se puede leer en términos universales, ciertamente está escrito a partir del contexto político y jurídico colombiano. Así entonces asuntos como la organización política y las discusiones que rondan la competencia de la Corte Constitucional frente a otras corporaciones como la Corte Suprema de Justicia e inclusive el Congreso de la República, son parte del "background" de este texto.

Así entonces, primero se aborda la evolución del Derecho Privado, para lo que se exponen las tres globalizaciones y las implicaciones que tienen sobre este concepto. Segundo, cómo el derecho de seguros colombiano se ha visto influenciado por los discursos jurídicos y económicos de cada una de las globalizaciones, pero en el caso del contrato de seguro sólo se evidenciaran los cambios suscitados por las dos primeras, pues más adelante se abordará el efecto de la tercera globalización. Tercero, a partir de la constitucionalización del contrato de seguro se abordará aquella, por lo que se expone dicho fenómeno y cómo ha es que el derecho de seguros, compuesto por la actividad aseguradora y el contrato de seguro, se han vuelto objetos de el. Cuarto, por último se abordará una de las líneas que más desarrollo ha tenido en la jurisprudencia constitucional que es la referente a las

[2] En la sentencia *T-272/15* (Mp. Jorge Iván Palacio Palacio) la Corte Constitucional ordena a La Previsora S.A., aseguradora del Estado colombiano, que reconozca y pague el monto de una indemnización cuya reclamación se había realizado después de haberse configurado la prescripción de la acción directa. El caso enfrenta la realidad del conflicto armado colombiano y la situación de la población desplazada con los intereses patrimoniales protegidos por la prescripción extintiva, tal como lo es la propiedad y la seguridad jurídica.

[3] KENNEDY, D.: *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico, 1950-2000*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

[4] TRUBEK, D./ SANTOS, Á.: *The new law and economic development: a critical appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

[5] CALDERÓN VILLEGAS, J.: *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 2013.

preexistencias, la reticencia, la inexactitud y la declaración del estado del riesgo en los seguros de personas, con lo que se evidencian las construcciones jurisprudenciales hechas a partir de los artículos 1058 y 1158 del Código de Comercio por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, para evidenciar en lo que consiste la constitucionalización y cómo está determinada por los rasgos que definen la tercera globalización.

II. QUÉ ENTENDER POR "DERECHO PRIVADO". CAMBIOS CONCEPTUALES DESDE LAS GLOBALIZACIONES DE LOS DISCURSOS JURÍDICOS.

La expresión Derecho Privado (DP) se emplea para definir un conjunto de normas, una metodología y una serie de conceptos que lo diferencian de otras "áreas del derecho", en la medida que aquella regla las relaciones entre particulares. Sin embargo tanto la idea de DP como sus presupuestos son cuestionados por la teoría jurídica[6] en trabajos en los que muestran cómo se dio su construcción, a cuáles intereses responde y cómo se han gestado los procesos que han derivado en su evolución, en la medida que dan cuenta de la una relativa autonomía del derecho.

Así pues, el DP es el resultado de un discurso o un proceso de construcción con el que se crea un espacio regido por el individualismo, la justicia conmutativa, la igualdad formal, la autonomía de la voluntad y la no intervención del Estado, que queda relegado a garantizar la efectiva protección de los derechos subjetivos. Este sub-sistema normativo expone un compromiso político con el capitalismo moderno, lo que determina el énfasis hecho sobre estos derechos, los contratos y la responsabilidad civil[7].

Entonces, así como las justificaciones de la propiedad privada, el discurso que fundamenta el DP lo vincula a una suerte de derecho natural. Si se miran posiciones como las de Locke[8] y Demsetz[9], tal como lo relata Rose[10], la propiedad privada resulta ser algo inherente al hombre y por lo tanto no puede separarse de él o negársele, de ahí que sea un derecho universal e inmemorial, tal como si su origen se

[6] Al respecto, GORDON, R.: "Critical Legal Histories", *Faculty Scholarship Series,* Paper 1368, 1984: da cuenta de las aproximaciones al derecho que lo consideran como un producto político, histórico, económico, entre otras opciones, y permite comenzar a plantear nuevas perspectivas compuestas por una mirada interna y externa del objeto de estudio.
[7] SAMUEL, G.: "Derecho romano y capitalismo moderno", en AA.VV.: *La invención del derecho privado,* Siglo del hombre editores, Bogotá, 2006.
[8] LOCKE, J.: *Ensayo del gobierno civil*, Aguilar Editor, Madrid, 1983.
[9] DEMSETZ, H.: "Hacia una teoría de los derechos de propiedad", 1967.(http://www.eumed.net)
[10] ROSE, C.M.: "Property as storytelling: Perspectives from game theory, narrative theory, feminist theory", Faculty Scholarship Series, 1990.

encontrara en el mismo punto de nacimiento de la civilización[11]. Así, el DP se ha vinculado a la naturaleza humana y se ha conceptualizado a partir de un estudio racional del derecho romano, sin atender a que es realmente una construcción cultural, tal como lo expone Monateri[12].

Ahora bien, en la medida que el DP es un objeto cambiante, es importante encontrar un marco que determine tal proceso, para ello Kennedy[13] hace un recuento de las globalizaciones en el pensamiento jurídico y en ellas muestra la evolución del DP a través del tiempo. Para esto, da cuenta de los intereses dominantes en tres periodos de tiempo y cómo se construyen ideas y discursos que los desarrollan y determinan a las instituciones jurídicas. Para él son tres los movimientos de globalización, el primero se define por el Pensamiento Jurídico Clásico (PJC), el segundo por los intereses sociales, y el tercero por la primacía de los derechos humanos.

El PJC, o primera globalización, tuvo lugar entre 1850 y 1914[14] y se caracterizó por "la fuerte coherencia estructural interna basada en tres rasgos: la exhaustivamente elaborada distinción entre lo público y lo privado, el individualismo y el compromiso con el formalismo interpretativo"[15], lo que se veía claramente en el conjunto de ideas que formaban la teoría de la Autonomía de la Voluntad, cuyo propósito era proteger los derechos subjetivos de las personas para que sus deseos se materializaran, sin otro límite que el derecho de los demás a hacer lo mismo.

Aunque en ese periodo se dan las bases para las posteriores globalizaciones, el PJC es un producto marcadamente conservador, comprometido por establecer y mantener un modelo político liberal y garantizar el libre mercado, y justificado a partir de razones que no se consideran políticas tal como lo son el derecho natural y el racionalismo jurídico. Así es la noción de DP descrita anteriormente se entiende como producto del PJC y por lo tanto, responde a los compromisos de este.

La segunda globalización está intervenida por los intereses sociales. Según Kennedy comienza en 1900 y aunque para la segunda guerra mundial ya se había diluido, influenció las estrategias de desarrollo económico en el tercer mundo hasta la década de 1960. Esta globalización cambia el esquema individual del pensamiento

[11] De acuerdo a esta idea, es interesante ver como para Locke la propiedad privada tiene una justificación divina y se logra a través del trabajo del hombre; mientras para Demsetz los sistemas de propiedad privada son el resultado de la simple evolución de las relaciones humanas.

[12] MONATERI, P.: "Gaius el negro", en AA.VV. *La invención del derecho privado*, Siglo del hombre editores, Bogotá, 2006.

[13] KENNEDY, D.: "Tres globalizaciones", cit.

[14] Del periodo identificado, Kennedy señala que fue F.K. Von Savigny el precursor e iniciador del PJC, sin embargo, los rasgos que describen esta globalización se presentan de forma muy insipiente, por ejemplo DOMAT, J.: *Las Leyes Civiles y su Orden Natural,* ABC editores, Bogotá, 2015. Aunque este es un trabajo que antecede al Código Civil de Napoleón, permite identificar un culto a la voluntad privada, así como a la propiedad privada y su origen Divino y atemporal.

[15] KENNEDY, D.: "Tres globalizaciones", cit. p. 35.

jurídico por el pluralismo derivado del reconocimiento de distintos grupos dentro de un mismo cuerpo social, como es el caso de los trabajadores. Así también, se apropia de un discurso del "derecho vivo" mientras deja de lado la objetividad y anacronismo del PJC, por lo que tiene en cuenta las dinámicas normativas de los colectivos para responder a los nuevos intereses jurídicos representados en los derechos sociales.

Este segundo periodo presenta a un Estado interventor que desconoce la separación conceptual entre lo privado y lo público, con lo que cambia por completo los presupuestos del PJC y con ello el entendido del DP, que comienza a verse influido por ideas sociales que derivan en límites a la autonomía de la voluntad y preocupaciones por la real igualdad de las partes dadas las distintas condiciones sociales. Estos cambios le dan contexto a ideas de importantes doctrinantes, considerados de obligatorio estudio, como lo son Duguit[16], al dar cuenta de las transformaciones del DP a partir de la función social, Josserand[17], que señaló los límites de los derechos subjetivos y cómo se configura su abuso, y Ferri[18], quien ahondó en los límites de la autonomía propuestos a partir de las normas jurídicas.

En el caso colombiano, es en medio de la superación del PJC que se comienza a construirse la doctrina jurídica del DP. González Jácome[19] muestra cómo en las obras de Fernando Vélez, Eduardo Rodríguez Piñeres, y Antonio José Uribe y Edmon Champeau la idea de "lo social" se evidenciaba en los límites establecidos a dos de los pilares del DP: la propiedad privada y la autonomía de la voluntad. Esto se detalla en las posiciones jurisprudenciales y dogmáticas tomadas en las discusiones sobre el carácter confiscatorio de algunos impuestos, y el alcance del orden público y de las buenas costumbres en el proceso de formación y perfeccionamiento de los contratos.

Finalmente, la tercera globalización comienza en 1945. En este último periodo conviven elementos que han transitado por los dos anteriores y ahora se encuentran como complementarios, tales como el nuevo formalismo, derivado de la sistemática coherente del positivismo jurídico del PJC y la ponderación o proporcionalidad sacada de las construcciones argumentativas que se partían del análisis de los fines sociales de la segunda globalización. Esto resulta en un catálogo de herramientas jurídicas que le permiten al juez, protagonista de este periodo, lograr conclusiones que se pretenden apolíticas, deducidas desde las bases sociales, con las que media entre los intereses neoliberales y la agenda social.

---

[16] DUGUIT, L.: *Las transformaciones generals del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Francisco Beltrán Editor, 1920.

[17] JOSSERAND, L.: *El espíritu de los derechos y su relatividad*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1940.

[18] FERRI, L.: *La autonomía privada*, Editorial revista de derecho privado, Madrid, 1969.

[19] GONZÁLEZ JÁCOME, J.: Los debates del pensamiento jurídico colombiano entre 1886 y 1920, Publicaciones Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibáñez, Depalma Editores, Bogotá, 2011.

En la tercera globalización ya no se gira en torno de los derechos subjetivos del PJC o los sociales de la segunda, sino que los derechos humanos son el centro del desarrollo jurídico y funcionan como reglas, argumentos y fines. En consecuencia se reconocen distintas identidades (de acuerdo al origen, sexo, sexualidad, color de piel, entre muchos otros aspectos) que diferencian los distintos grupos de las mayorías dominantes, y determinan dinámicas de mercado en las que se califica como discriminatorio al trato derivado de la igualdad formal, y, por lo tanto, se llama por un nuevo equilibrio contractual que influye directamente en el DP.

Estas globalizaciones evidencian la relación existente entre el derecho y la economía. Así el individualismo de la primera globalización perfectamente se relaciona con el libre mercado; la prevalencia de lo social con el intervencionismo; la tercera globalización encuentra una idea de desarrollo económico influida por los derechos humanos, en la que el comercio internacional alcanza una importancia significante gracias a la presencia de los entes multinacionales.

En conclusión, la evolución del discurso del pensamiento jurídico permite ver cómo el DP ha pasado de ser entendido como una esfera de no intervención del Estado, determinada por el alcance de la autonomía de la voluntad, a un simple índice de materias que tradicionalmente se reconocen como parte aquel. Lo que determina un juego constante entre intereses públicos y privados resuelto por los jueces a través de herramientas como la proporcionalidad y racionalidad.

Ahora bien, en la medida que el contrato de seguro es una de esas materias que se han entendido como parte del DP, entonces su evolución debe mostrar la influencia de las distintas globalizaciones.

III. El Derecho de seguros en Colombia, una construcción desde el pensamiento jurídico clásico y lo social.

El derecho de seguros en Colombia tiene dos aspectos a considerar: su naturaleza como contrato y como institución. El primero está definido por el conjunto de normas que reglan las relaciones entre aseguradoras y tomadores, asegurados y beneficiarios, mientras que el segundo lo componen las reglas propias de la actividad aseguradora. Y aunque este trabajo pretende centrarse en el contrato y evaluar cómo los discursos jurídicos lo han determinado, sin embargo no por eso se debe dejar a un lado a la institución del seguro, pues en su reglamentación también se encuentran evidencias de dichos cambios.

Así pues, la actividad aseguradora ha estado regida en Colombia por dos leyes generales: La ley 105 e 1927 y la Ley 45 de 1990, que dio paso al Estatuto Orgánico

del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993). El contrato, por su parte, desde que Colombia se ordenó como una república centralista, han sido regulado por el Código de Comercio Terrestre del que fuera el Estado de Panamá y el Código de Comercio Nacional, adoptados por el artículo 1 de la Ley 57 de 1887, los que fueron reemplazados por el Código de Comercio vigente, Decreto 410 de 1971, cuyo proyecto fue presentado al Congreso de la República por orden del Ministerio de Justicia en 1958 y luego retomado por la Presidencia de la República para que fuera adaptado y actualizado.

Con esto dicho, primero se abordará a la actividad aseguradora y cómo las tres globalizaciones la caracterizaron. Segundo será la construcción del contrato de seguro y cómo fueron determinantes las dos primeras globalizaciones, en la medida que el efecto de la tercera globalización será visto, posteriormente, a partir de la constitucionalización del DP.

1. La regulación de la actividad aseguradora.

En lo que atañe a la visión institucional del seguro, antes de 1924 la industria aseguradora no se encontraba regulada en Colombia. Si bien esto puede ser consecuencia de las constantes crisis económicas y sociales que sucedieron al país desde su independencia hasta la reunificación, tales como la guerra de los mil días o la crisis inflacionaria causada por la producción desordenada de moneda, lo cierto es que tanto la actividad aseguradora como el contrato de seguro encontraban un mismo cuerpo normativo basado en la perspectiva de la institución como producto de un acuerdo de voluntades. Esto suponía un mercado abierto y sin barreras de entrada, que si bien tenía poca potencialidad, dada la poca presencia de aseguradoras en Colombia y la inestabilidad social de la época, estaba completamente comprometido con el PJC y el libre mercado[20].

Es a partir de la década de 1920 que se diferencian las normas de la actividad de las del contrato. En términos de Isaza[21], la regulación de la industria se clasifica como "derecho público" mientras que la del contrato hace parte del DP. Esta clasificación es muy diciente respecto a las categorías planteadas por el PJC, en la medida que deja al contrato de seguro bajo supuestos como la justicia conmutativa, la igualdad formal y la prevalencia de la autonomía de la voluntad, mientras que la actividad queda lejos de estos, por lo que serán distintas las lógicas que definen las relaciones

[20] En JUNGUITO, R./ RODRÍGUEZ, A.M.: "La empresa y la industria aseguradora colombiana en el contexto económico de finales del siglo XIX y siglo XX", en AA.VV., *La industria aseguradora*, cit., se muestra cómo fue el inicio de la industria aseguradora colombiana y su comportamiento, así como dan cuenta del contexto económico y político de la época, el cual fue determinante para el desarrollo que se le dio a la actividad aseguradora a partir de la década de 1920.

[21] ISAZA, F.: "Historia legal del seguro en Colombia. Análisis normativo del sector asegurador", en AA.VV., *La industria aseguradora en Colombia. Avances en el siglo XXI*, Fasecolda, Bogotá, 2013.

entre aseguradora y tomadores, asegurados y beneficiarios, de las que hay entre el Estado y aquellas.

Entonces, aunque para 1927 la intervención del Estado en la economía a través de entidades de vigilancia y control era reciente en Colombia, que respecto a las aseguradoras se estableció en la Ley 68 de 1924 según las recomendaciones de la misión Kemmerer, la Ley 105 de 1927 estableció de forma más organizada y completa un régimen para la industria aseguradora. Según esta ley, la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) jugaba un papel activo y se limitaban la actividad de las aseguradoras, así como se establecían normas en beneficio de los consumidores (tal como un término de pago del seguro y la aprobación previa de las pólizas), las aseguradoras (como sanciones a quien atentara contra la buena reputación de ellas) y la industria (como el régimen de reservas e inversiones)[22].

El periodo comprendido entre 1920 y 1990, cuando comienza una política de liberalización de la industria aseguradora, tiene una gran influencia de la segunda globalización. Así se lo permite ver Vanegas Franco[23], para quien la Ley 105 estableció "un régimen rígido, cerrado e intervencionista, que iba en contra de las nuevas tendencias de la libertad de mercado y de competencia", como consecuencia de la proliferación normativa y el acentuado control estatal[24]. Esto se complementa con la incidencia del discurso nacionalista que, tal como lo muestran Junguito y Rodríguez[25], abogaba por la protección de la economía nacional, recalcaba la importancia de la nacionalización de la industria y el respaldo a las aseguradoras que cumplieran con el régimen establecido y abogaba por la necesidad de una política nacionalista en la industria aseguradora.

Para 1990 eran otros los discursos jurídicos y económicos, lo que fue reflejado en la Ley 45 de ese año. Esta fue parte de un "paquete" de medidas que se tomaron con el propósito de "levantar todas aquellas barreras que de vieja data impedían la asignación eficiente de recursos públicos y privados y que, en consecuencia, hacían más compleja y difícil la dinámica de la economía"[26]. Esto significó el desmonte de las políticas producidas por la intensa intervención estatal y del oligopolio formado en vigencia de la Ley 105, estableciendo un régimen que promueve un mercado

[22] FADUL VERGARA, W. R.: "Visión introductoria", en *El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990* en VANEGAS FRANCO, A./ RODRÍGUEZ AZUERO, S./ TORRES VILLAREAL, M.L., *El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2011.
[23] VANEGAS FRANCO, A.: "Pasado presente y futuro del derecho de seguros en Colombia", en VANEGAS FRANCO, A./ RODRÍGUEZ AZUERO, S./ TORRES VILLAREAL, M. L., *El sistema financiero*, cit., p. 297.
[24] Al respecto puede verse el desarrollo propuesto por JARAMILLO JARAMILLO, C. I.: *Derecho de Seguros,* Editorial Temis, Bogotá, 2010, en el que da cuenta de cada uno de los aspectos descritos.
[25] JUNGUITO, R./ RODRÍGUEZ, A. M.: "La empresa…" p. 30
[26] MARTÍNEZ NEIRA, N.H.: "La nueva Ley 45: antecedentes y desarrollos", en *El sistema financiero*, cit., p. 6.

competitivo y la inversión extranjera, y la adopción de un modelo de regulación prudencial que asegurara la libertad de empresa (lo que se vio reflejado en la libertad de productos y tarifas) y protege la dinámica privada del mercado a la vez que limita la intervención del Estado, garantiza la estabilidad de la industria al establecer un modelo de regulación sobre el patrimonio de las aseguradoras y el manejo de las reservas, y protege los intereses de los asegurados y tomadores.

Al poco tiempo de la Ley 45 de 1990 se promulgaron la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993, que estableció el sistema de seguridad social. Esto significó un gran cambio en la institucionalidad, en la medida que asuntos como la función social de la empresa, el interés público de la actividad aseguradora, los propósitos del Estado de lograr un orden económico y social justo y la imposición de un catálogo de derechos constitucionales, definieron las nuevas dinámicas de la actividad. Así pues, ya no es posible afirmar que su propósito principal sea la producción de un beneficio monetario a través del desarrollo de la empresa aseguradora, sino que en la medida que ahora está comprometida con ideales que pueden resultar conflictivos, tales como el libre mercado y la vigencia de los derechos constitucionales, han debido adoptar políticas de gobierno corporativo, protección del consumidor financiero, manejo de información y datos personales, cuidado del sistema financiero y prevención de fallas sistémicas, en las que se aprecia esa nueva versión de la actividad aseguradora.

2. El contrato de seguro, su tránsito en las globalizaciones jurídicas.

La primacía de la autonomía de la voluntad, principio claro del PJC, se aprecia en el texto del artículo 14 de la Ley 27 de 1888: "Las disposiciones del Código de Comercio se aplicarán a los contratos de seguros en tanto que los contratantes no hayan estipulado expresamente otra cosa". Así, el entendido clásico del DP da cuenta del punto de partida de la evolución del contrato de seguros en Colombia, por lo que serían conceptos como "orden público", "buenas costumbres" o "moral cristiana" las que establecerían los límites al contrato y dejarían la legislación de los códigos de comercio terrestre y marítimo vigentes hasta 1971, como normas supletorias. Así, Vélez[27], por ejemplo, fundamenta el orden público y las normas de derecho público en la importancia que tienen para la conservación de las instituciones sociales, lo que también se refleja en las consideraciones que hace la Corte Suprema frente a la causa ilícita fundamentada en el daño que significa para el erario público, lo que muestra que la entrada del discurso social en el contrato de seguro a través de las discusiones sobre la libertad contractual sostenidas en la época.

Conforme terminó el PJC, la autonomía de la voluntad perdía un campo

[27] VÉLEZ, F.: *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, Vol. 6, Imprenta París-América, París, 1926.

determinante en el contrato de seguro. Del Castillo[28], cuya obra es anterior a la elaboración del Proyecto de Código de Comercio, consideraba que dada la importancia y necesidad de este contrato en la vida comercial "ha venido sufriendo una fundamental transformación, pasando a la categoría de los contratos llamados obligatorios, en los cuales se restringe, casi hasta anularla, la autonomía de la voluntad de los contratantes." También resaltaba la creación del seguro social obligatorio y del Instituto de Seguros Sociales como una importante innovación en la materia, con lo que se cubrían riesgos como las enfermedades no profesionales y la maternidad, la invalidez y vejez, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y la muerte[29]. Al respecto, Mejía Jaramillo[30] expone "que el poder de los contratantes para dictar sus propias normas de conducta pierde todos los días vigor y amplitud debido a que la intervención estatal se concibe en la actualidad como una necesidad social, concepción que también se refleja en el derecho de seguros". Ahora bien, para él, el Código de Comercio rodea al contrato de seguro de la máxima moralidad y defiende al asegurado de cualquier posible ruptura de la igualdad contractual, por lo que establece un conjunto de normas que son inmodificables, otro que solo puede ser modificado en beneficio del asegurado, tomador o beneficiario, y uno final que son dispositivas pero su cambio no puede desmejorar notablemente la posición del asegurado.

Ahora, en la construcción del Código de Comercio de la República de Colombia, la idea de lo social fue determinante, ya que este centra su atención en las distintas partes y les da un conjunto de garantías respecto a las contenidas en la legislación pasada, cuya modernización era obligatoria. Por ejemplo, en lo que concierne a la existencia y prueba del contrato de seguro, la comisión redactora mostró una clara preocupación por la protección y promoción de la industria aseguradora y la intervención del Estado, de lo que hay diversos ejemplos, como: primero, el

[28] DEL CASTILLO, A.: *Comentarios de derecho comercial,* Santafé editorial, Bogotá, 1947, p. 256.
Antonio Del Castillo fue profesor de derecho comercial de la Universidad Libre de Colombia, sin embargo su obra no es muy conocida. A falta de una mejor idea de quién era Del Castillo, es importante evidenciar cómo los discursos jurídicos de las globalizaciones están presentes en autores distintos a los del catálogo tradicional, que para el caso del derecho comercial son Antonio José Uribe, Enrique Robledo Uribe, José Efrén Ossa o Joaquín Garrigues.
[29] DEL CASTILLO, A.: *Comentarios*, cit., p. 268.
[30] MEJÍA JARAMILLO, A: "Derecho de seguros", *Estudios de Derecho*, 1973, Vol. XXXII, número 84, p 168.
La obra de Antonio Mejía Jaramillo es una de las muchas tesis que para optar por el título de abogado se han presentado en la Universidad de Antioquia, sede Medellín. Esta tesis, en especial, fue publicada en un número especial de la revista Estudios de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas del Alma Mater, dado que así lo dispuso el Consejo Directivo en la resolución por la cual se le concedió el lauro académico a este trabajo. Al respecto el panel de jurados evaluadores consideraron que esta obra era un importante estudio comparativo de las códigos de comercio de 1887 y 1971, pues en proposiciones sencillas y claras daba cuenta comprensiva de los cambios que suponía para el contrato de seguro.
La elección de una obra temprana y permeada del ambiente académico es una muestra ideal para evidenciar cómo los discursos jurídicos alcanzan la base de los estudiantes.

establecimiento de la consensualidad contractual como protección a las aseguradoras frente al reaseguro, y a los asegurados frente a aquellas, lo que cambiaba en los seguros de personas por considerarse que el perfeccionamiento por el acuerdo de los elementos esenciales era problemático, por lo que se establecía el pago de la prima o de parte de ella como condición para su creación[31]; segundo, con el propósito de promover el mercado asegurador, hacía enunciativa la lista de intereses asegurables, le daba a las aseguradoras la posibilidad de ofrecer tantos seguros patrimoniales como intereses se puedan identificar[32]; tercero, le daba un papel importante a la intervención estatal a través de la Superintendencia Bancaria, lo que se traducía en entender suficiente la aprobación o autorización de las condiciones generales de los seguros para justificar el acuerdo tácito entre aseguradoras y tomadores[33].

Estas ideas, la de establecer un régimen que pretendiera proteger los intereses del asegurado y limitara la autonomía de la voluntad, también son anunciadas por Ossa Gómez[34], quien hiciera parte de la comisión que elaboró el proyecto de Código de Comercio, fuera el doctrinante más importante en el derecho de seguros colombiano y cuya obra aún goza de gran prestigio. Así también en el discurso de su obra resaltan argumentos que responden a la segunda globalización, por ejemplo al abordar las calidades especiales del asegurador mandadas por el numeral 1 del artículo 1037 del Código de Comercio, las fundamenta en el bien común y, antes de la vigencia de la Constitución Política de Colombia[35], afirmaba que "La operación empresarial del seguro interesa al orden público, al orden social, a la seguridad jurídico-económica de los asegurados"[36].

Entonces, el contrato de seguro en Colombia claramente incluye elementos de las dos primeras globalizaciones. Como parte del DP tiene una riqueza conceptual, en la que se diferencian distintas instituciones a las que se les ha asignado algún papel en la disciplina de este contrato, se clasifica de acuerdo a las características contractuales derivadas del método racional del DP, y las partes que en el intervienen tiene un conjunto de obligaciones y derechos preestablecidos en su propio interés (como pagar la prima o reclamar la indemnización una vez se configure el siniestro). Sin embargo presupuestos del PJC como la regencia de la autonomía de la voluntad y la igualdad formal entre las partes son superados, pues, como se vio, la naturaleza imperativa de las normas que el Legislador ha dispuesto y

[31] MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de Código de Comercio*, Tomo II, 1958, pp. 248-249.
[32] MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de Código*…, T. II, p. 252.
[33] MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de Código*…, T. II, p. 250.
[34] OSSA GÓMEZ, J. E: *Teoría general del seguro, el contrato*, Editorial Temis, Bogotá, 1991, p.1.
[35] Como se verá más adelante, el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia califica a la actividad aseguradora como de interés público. Las coincidencias entre las expresiones empleadas por Ossa Gómez y el Constituyente son claras, de ahí la anotación hecha. Más adelante se dará cuenta del entendido y alcance que el intérprete constitucional le ha dado a tal expresión.
[36] OSSA GÓMEZ, J. E: *Teoría general…,* p. 4.

la prevalencia del interés del asegurado remarcan la influencia de lo social.

Queda entonces entrar a mirar cómo la tercera globalización ha intervenido en el contrato de seguro, lo que se analiza a partir del fenómeno de la constitucionalización del DP.

IV. La tercera globalización. Una mirada a partir de la constitucionalización del derecho privado.

La tercera globalización propone que el discurso jurídico se desarrolle en torno a un conjunto de garantías subjetivas primordiales en los ordenamientos jurídicos, a las cuales se les han dado distintos nombres como "derechos humanos", "derechos fundamentales", o "derechos constitucionales"[37]. Así, a la hora de evaluar como este tercer momento del pensamiento jurídico ha impactado en el DP, es necesario detenerse en el proceso de su constitucionalización, lo que implica preguntarse por el concepto mismo y las formas de incidencia de la Constitución en el DP, para luego evidenciar cómo ha sido la recepción en el derecho de seguros.

1. ¿Qué es la constitucionalización del Derecho privado?

La pregunta que abre este aparte pretende ser provocadora, en la medida que sirve como abrebocas del debate sobre la intervención de la perspectiva constitucional en el DP, así como lleva a considerar asuntos de procedimiento (cómo se constitucionaliza), titularidad (quién constitucionaliza), competencia (cuáles son sus facultades para hacerlo) y alcance (cuál es el grado óptimo de constitucionalización).

Entonces, varias son las concepciones de la constitucionalización. Esta puede ser considerada como "la aplicación de normas constitucionales en las relaciones entre particulares"[38], o "un proceso en virtud del cual las categorías constitucionales y la jurisprudencia constitucional inciden, de diferentes formas y en diversos grados, en la forma en que se resuelven los conflictos prima facie de derecho privado"[39], inclusive puede ser visto como la invasión de la Constitución en las normas

[37] Por motivos de simpleza, en el presente estudio se tratarán como sinónimos, pues son las características de este periodo las que realmente generan interés, pues han supuesto cambios en la jerarquía normativa, el sistema de fuentes y las estrategias de argumentación jurídica.
[38] MANTILLA ESPINOSA, F: "La "constitucionalización" del derecho privado", *Revista oficial del poder judicial*, 2007, Vol. 1, número 2, p. 248.
[39] CALDERÓN VILLEGAS, J.: *La constitucionalización*, cit., p. 28.

inferiores a ella[40]. No obstante, estas definiciones pretenden dar cuenta de un fenómeno observable, y por lo tanto descriptible, que encuentra su fundamento en el entendido de la Constitución como norma suprema del sistema jurídico, que asegura la separación de poderes, establece un fuerte contenido axiológico y normativo, así como la existencia de un órgano encargado de su defensa, y consagra un conjunto de derechos entendidos como garantías fundamentales[41].

Así las cosas, las discusiones en torno a las ventajas o desventajas de la constitucionalización, giran en torno a la determinación de los sistemas de fuentes e interpretación, así como a la regencia de los intereses a partir de los cuales se definieron los conceptos jurídicos básicos (como "autonomía de la voluntad"), por lo que calificarla como innecesaria o aberrante implica aferrarse al PJC y a la idea de un DP positivo, y racional que proponía, mientras que suponer que el DP no tiene vigencia y que debe ser desde la Constitución que se den las soluciones a todos los conflictos posibles, implica adoptar un sistema de normas abiertas y de métodos argumentativos determinados por el juez constitucional. El punto entonces es dar con aquello que Calderón Villegas [42] describe como "constitucionalización adecuada", y establecer las barreras para la aplicación de normas constitucionales en asuntos de DP, y la intervención del juez constitucional en asuntos que por principio son competencia del juez ordinario.

Ahora, la ambigüedad del término "constitucionalización" permite apreciar tantas clasificaciones como autores que las proponen. Por ejemplo, Calderón Villegas[43] elabora una clasificación tendiente a evidenciar el real grado de constitucionalización del derecho, por lo cual considera que este debe apreciarse según sea el objeto de la constitucionalización, diferenciándolo entre "la predilección de las palabras", que se centra en la constitucionalización formal del derecho, y la "predilección de las conductas", que tiene por objeto la práctica de los agentes sujetos a las normas constitucionalizadas. Dentro de estas clasificaciones, otros, que se centran en el aspecto formal, proponen distintos tipos de constitucionalización: así para Corral Talciani[44] las constitucionalización se puede dar por vía indirecta, que se configura a través de la interpretación (moderada o radical) del derecho a los ojos de la Constitución, o directa, en la que los jueces invocan normas constitucionales, independientemente de si ha sido o no desarrolladas por la ley, en la solución de los casos; para Parra Benítez[45] la constitucionalización se da con la elevación a la

[40] PARRA BENÍTEZ, J.: "La constitucionalización del derecho privado en Colombia", en AA.VV. *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo* (Cord. Aramburo, M.), Editorial Dike, Medellín, 2011, p. 1283.
[41] TOMÁS Y VALIENTE, F.: "Constitución", en *Filosofía Política II Teoría del Estado* (Cord. Díaz, E. y Ruíz Miguel, A.), Trotta, 1996.
[42] CALDERÓN VILLEGAS, J.: "La constitucionalización", cit., pp. 56-71.
[43] CALDERÓN VILLEGAS, J.: "La constitucionalización", cit.
[44] CORRAL TALCIANI, H., "Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado", *Derecho mayor,* número 3, 2004.
[45] PARRA BENÍTEZ, J.: "La constitucionalización", cit.

Constitución asuntos tratados por normas de inferior rango, con la creación por parte de los jueces de sub-reglas constitucionales consideradas como precedente jurisdiccional, bien sea a través de interpretación o de aplicación directa de normas constitucionales, o a través del ejercicio legislativo que recoge el sentido constitucional; mientras para Mantilla Espinosa[46] la constitucionalización se da a través del control de constitucionalidad, la interpretación de las normas de acuerdo con la Constitución y en las sentencias de las acciones de amparo causadas por conflictos en los que se vean comprometidos derechos fundamentales.

Para el caso, quedándose en la constitucionalización formal, a partir de los términos empleados por Corral Talciani[47] que determinan las formas de incidencia de la Constitución en los casos que deben ser resueltos por el derecho privado, se entenderá por Constitucionalización Directa la aplicación de normas constitucionales en las relaciones particulares, y por Constitucionalización Indirecta la evaluación de las leyes que la desarrollan. Si bien ambas suponen oportunidades para determinar el contenido constitucional de las normas de menor categoría, se pueden plantear consideraciones respecto a aspectos como: la aplicación directa de los derechos fundamentales, los métodos argumentativos a través de los cuales se hace, la existencia del precedente jurisdiccional, la estabilidad y seguridad jurídica sacrificada en dichas intervenciones, entre otros.

Así pues, la Constitucionalización Directa implica la aplicación de normas constitucionales, en especial los derechos fundamentales, en la resolución de los conflictos inter partes, las que se caracterizan por la indeterminación a priori de su contenido (lo cual ha llevado a calificarlas como valores objetivos, mandatos de optimización o principios), que se concreta en sede judicial a través de métodos de interpretación (como lo es el test de proporcionalidad) con los que se evalúan aspectos como sí la finalidad de la norma legal o contractual vulneran de alguna manera el núcleo fundamental de los derechos constitucionales. Esta idea de derechos de contenido indeterminado, derivado de su naturaleza valorativa, choca claramente con la teoría de los derechos subjetivos que se ha construido dentro del DP, la cual identifica las posiciones activas y pasivas de las partes en la medida que determina cuál es el objeto de las prestaciones debidas. De ahí que esta constitucionalización suponga olvidar una visión positivista de los derechos subjetivos, en la que la ley determina previamente las partes y lo que cada una puede y debe hacer[48], para pasar a una en la que, a posteriori, a través de la interpretación constitucional, se concretan los sujetos y el objeto de los derechos y sus obligaciones correlativas[49].

---

[46] MANTILLA ESPINOSA, F.: "La "constitucionalización", cit.

[47] CORRAL TALCIANI, H.: "Algunas reflexiones".

[48] KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, Editorial Porrúa, 2003, pp.138-143.

[49] Al respecto de la calificación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, CHINCHILLA, T.E.: *¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?,* Editorial Temis, Bogotá, 2009. En la obra se plantean los términos de diferenciación y las discusiones que se han dado. Aquellos

Por su parte la Constitucionalización Indirecta se da cuando las normas constitucionales se aplican como criterios objetivos para sancionar la exequibilidad de las demás normas del sistema jurídico, bien sea para excluirlas del ordenamiento o para interpretarlas con el propósito de evitar contradicciones entre ellas y la Constitución. Así, las decisiones son, en principio, generales y abstractas y aunque hay aplicación de los mismos métodos interpretativos que en la Constitucionalización Directa, la decisión no afecta, en principio, situaciones consolidadas, por lo que las consideraciones hechas por el juez constitucional en torno a la seguridad jurídica y la justicia efectiva le permiten modular los efectos de la decisión en el tiempo. Este enfoque permite diferenciar las sentencias de tutela de las de constitucionalidad de la Corte Constitucional de la República de Colombia. Así entonces, en la medida que el interés principal de este artículo está en la Constitucionalización Directa, se estudiaran una serie de fallos T y SU que abordan disputas contractuales de seguros de personas, pero para esto primero hay que dar cuenta de las razones a través de las cuales el juez de tutela se ha hecho competente para conocer de estos casos.

2. La procedencia de la acción de tutela contra particulares. Los fundamentos de la constitucionalización directa del contrato de seguro.

Desde el derecho positivo vigente, la tutela procede tanto contra las autoridades públicas como contra particulares, sin embargo esta afirmación no es tan categórica y universal, esto pues el artículo 86 de la Constitución establece tres condicionantes para la procedencia de la tutela contra particulares: primera, cuando ellos presten un servicio público, segundo, cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, y tercero, cuando el solicitante se halle en estado de indefensión o subordinación respecto del accionado. Así, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece los casos de procedencia por las acciones u omisiones de los particulares.

Ahora bien, hay dos de estos casos que llaman la atención dada su relación con el contrato de seguro: primero, la definición del concepto "Servicio Público" y segundo, la configuración de la indefensión o subordinación de un sujeto respecto a otro. Siguiendo a Estrada[50], el juez constitucional ha preferido interpretar las condiciones del artículo 86 de la Constitución para justificar su competencia en sede de tutela, y, por otro lado, al declarar la inexequibilidad de algunos términos del

comparten una naturaleza objetiva, que los establece como principios de un ordenamiento jurídico, y una subjetiva, que permite a las personas jurídicas reclamar un conjunto de prestaciones que, dada su textura abierta, no están determinadas exclusivamente a lo que la ley establezca, características que no son predicables de los derechos subjetivos desarrollados a partir del derecho privado, como el que tiene el vendedor a reclamar al comprador el precio de la cosa vendida.

[50] ESTRADA, A. J.: "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano", en AA.VV. *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII congreso iberoamericano del derecho constitucional.* UNAM, México, 2002.

artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la Corte Constitucional ha ampliado las normas para abarcar más situaciones con menor problemática. Así, lo que en un principio era un espacio excepcional frente a cualquier actividad considerada como servicio público, pasó a tomar un aspecto más general.

Entonces, originalmente los numerales 1, 2 y 3 del mencionado artículo 42 restringieron la competencia en materia de tutela a los servicios públicos de educación, salud y domiciliarios. Pero en el caso del primero, solo sería procedente si los derechos involucrados eran el derecho a la igualdad, a la intimidad, buen nombre y habeas data, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de cultos, a la libertad de opinión, expresión y pensamiento, el derecho a solicitar información de interés general o particular, la libertad de enseñanza y cátedra, el debido proceso, la libertad de reunión, y la libertad de asociación; lo que para el segundo se limitaba a los derechos a la vida, igualdad, intimidad y autonomía. Sin embargo en las sentencias C-134/94[51] y C-378/10[52] la Corte Constitucional declaró inexequibles las restricciones en cuanto a los derechos frente a los servicios públicos de educación y salud, y eliminó la expresión "domiciliarios" del numeral 3. Las consideraciones que motivaron ambas decisiones resaltan que aquellas fueron limitaciones arbitrarias a un mandato constitucional, pues sí la tutela tiene por vocación la defensa de los derechos fundamentales[53], no es del legislador la facultad de determinar cuáles de aquellos se pueden ver vulnerados en la prestación de los servicios de educación y salud, mientras que si el artículo 86 de la Constitución establece que la tutela procede contra los privados que presten servicios públicos, no podía el legislador establecer algunos servicios públicos, como los domiciliarios, y excluir los demás. Por lo que la tutela procede contra todos los particulares que presten servicios públicos sin importar cuál sea el derecho constitucional que se vea afectado.

Así, resulta que el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo establece que para efectos de la prohibición al derecho de huelga, se entiende por servicio público "toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado, directa o indirectamente, o por personas privadas." Esta ha sido la definición que la Corte Constitucional ha tomado en sus sentencias para determinar las actividades que pueden ser calificadas como servicios públicos, lo que atiende a un criterio material y no a una mera formalidad, por lo que le está vedado al legislador tratar de limitarla enunciando cuales actividades pueden ser

[51] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-134/94*. Mp. Vladimiro Naranjo Mesa.

[52] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-378/10*. Mp. Jorge Iván Palacio Palacio.

[53] Al respecto, para la Corte Constitucional, en sentencia *C-134/94* (Mp. Vladimiro Naranjo Mesa), los derechos fundamentales son "los que se encuentran consagrados en la Constitución, los que determinen los tratados internacionales, y los que reconozca la Corte Constitucional al realizar la correspondiente revisión de los fallos de tutela, teniendo en consideración la naturaleza del derecho y el caso en concreto".

consideradas como tal[54].

Frente a las situaciones de subordinación e indefensión consagradas en los numerales 4 y 9 del artículo 42, la Corte ha llenado de contenido a ambos conceptos. Así pues la subordinación se concreta a partir de una relación jurídica de dependencia, mientras que la indefensión se deriva de situaciones fácticas que determinan que la persona afectada no tenga un medio de defensa adecuado, por lo que si bien no son conceptos excluyentes, la indefensión tiene mayor amplitud que la subordinación, ya que se configura cuando hay una diferencia económica o social entre quienes intervienen en la situación, o cuando la parte débil es un sujeto de especial protección constitucional (madres cabeza de familia, desplazados, menores de edad, mujeres embarazadas, entre otros) e implica realizar consideraciones sobre los medios de defensa y su idoneidad[55] (Estrada, 2002).

Ahora bien, para la Corte tanto la procedencia de la tutela contra particulares que presten servicios públicos como frente a aquellos respecto a los cuales se configuren situaciones de indefensión o subordinación, encuentra "su fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular"[56]. Esto permite identificar que la constitucionalización del DP gira en torno al ideal de igualdad que se persiga, por lo que ideales como la igualdad formal y la justicia conmutativa se ven sacrificados cuando hay una clara situación de desigualdad material que justifica la intervención de la justicia distributiva propia de la Constitución. Sin embargo queda la tarea de identificar cuándo debe intervenir la Corte Constitucional en las relaciones derivadas del contrato de seguros.

2.1. La actividad aseguradora, un servicio público.

El artículo 335 de la Constitución califica a las actividades financiera, bursátil y aseguradora como de interés público. Así pues, se pretende dar cuenta de cómo la Corte Constitucional ha modulado esta idea para lograr entender que ellas son servicios públicos y, en consecuencia, la tutela es procedente frente a las situaciones en las que los derechos constitucionales se vean vulnerados arbitrariamente.

Como se había aclarado, la Corte parte del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo para construir el concepto de "servicio público" y entiende que calificar o no a alguna actividad como tal no atiende al ejercicio de una potestad normativa, sino a la estrecha relación que se da entre aquella y la potencialidad para satisfacer

[54] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-378/10*. Mp. Jorge Iván Palacio Palacio.
[55] ESTRADA, A. J.: "La eficacia", cit.
[56] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia C-134/94*. Mp. Vladimiro Naranjo Mesa.

necesidades particulares y sociales que se relacionan con intereses superiores, como los son los fines del Estado dados en el preámbulo, el artículo 2 de la Constitución Política y los derechos constitucionales[57].

Ahora, aunque desde 1992 la Corte ha considerado la actividad financiera como un servicio público, ha relativizado tal calificación, al modular la permanente y obligatoria prestación del servicio. Un claro ejemplo de las primeras voces de dicho debate se encuentra en la sentencia T-443/92[58] y el salvamento de voto de Martínez Caballero, que se pronuncian sobre la procedencia de la tutela como medio de defensa del derecho a la huelga de los miembros del Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco de Colombia. En tal se debate el alcance de la expresión "servicio público esencial" respecto a la actividad bancaria y la vigencia del artículo 1 del Decreto 1593 de 1959, que la califica como un servicio público. A partir de esta sentencia, otras como la T-083/02[59], T-222/14[60], T-452/15[61] y T-428/15[62], han confirmado que las actividades financiera y aseguradora son servicios públicos y por lo tanto quienes las prestan son sujetos privados frente a quienes procede la tutela.

Ahora bien, la Corte ha comenzado a construir una relación entre la expresión "interés público" y el concepto de "servicio público". En la sentencia T-738/11[63], la Corte aclaró que "Las razones para hacer procedente la acción de tutela contra estas entidades ha tenido en cuenta, en general, que las actividades financieras –dentro de las que se encuentran la bancaria y la aseguradora-, en tanto relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, es una manifestación de servicio público o que al menos involucra una actividad de interés público". Esta relación que parte de una especie de equiparación de ambos conceptos, casi a manera de grado, involucra al "interés público" en una escala inferior al "servicio público" pero con una unidad de elementos comunes que permiten, para este caso, que quienes los prestan sean legitimados por pasiva para asistir a la jurisdicción de tutela.

---

[57] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-578/92*. Mp. Alejandro Martínez Caballero.

[58] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-443/92*. Mp. José Gregorio Hernández Galindo.

[59] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-083/02*. Mp. Rodrigo Escobar Gil.

[60] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luís Ernesto Vargas Silva.

[61] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-452/15*. Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[62] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-428/15*. Mp. Mauricio González Cuervo.

[63] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *SentenciaT-738/11*. Mp. Mauricio González Cuervo.

Por otro lado, la sentencia T-222/14[64] da cuenta de la relación que hay entre la actividad financiera y el desarrollo económico y social del país. Si se vuelve a la sentencia de T-578/92[65], la aplicación del criterio material para identificar qué es un servicio público, precisamente, plantea que hay un conjunto de actividades que están dirigidas a promover la participación de todos en la vida económica de la nación, así como a asegurar un orden económico, político y social justos, y esta relación está dada por la realidad, no por un supuesto normativo. De lo anterior y dada la importancia individual y social de la actividad financiera y aseguradora, toda vez que su adecuado funcionamiento significa una garantía en el sistema económico y la posibilidad de suplir necesidades particulares, es que se ha fundamentado su naturaleza de servicio público.

2.2. El contrato de seguro como fuente de indefensión.

El otro aspecto que la Corte a reiterado es la situación de indefensión en la relación del contrato de seguro, mientras que la subordinación es dejada a un lado en la medida que la relación contractual supone igualdad entre las partes. Así, en la sentencia T-277/99[66], al decidir la procedencia de la tutela únicamente en razón del estado de indefensión, la Corte aclaró que en su trabajo a identificado un conjunto de situaciones que evidencian la indefensión, tales como algunas derivadas de contratos que faciliten la ejecución de acciones u omisiones que resulten lesivas a los derechos de las partes.

Ahora bien, la definición dada puede confundirse con la subsidiariedad, en la medida que la tutela procede, en principio, cuando la jurisdicción no ofrece vías cuyo propósito sea solucionar las situaciones que pongan en riesgo los derechos de las personas. Así pues, es necesario comenzar a apuntar el desarrollo que ha tenido este aspecto frente al contrato de seguro.

En la sentencia T-517/06[67] marca un punto importante en este aspecto. La Corte analiza sí una aseguradora puede decidir si contrata o no, con esto aborda la esencia de la autonomía de la voluntad. En la sentencia la Corte a partir de principios que parecen ajenos al DP, limita la decisión de la aseguradora acerca de si contrata o no para evitar decisiones arbitrarias en el ejercicio de una actividad calificada como de interés público y que constituye un servicio público. En consecuencia las

[64] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luís Ernesto Vargas Silva.
[65] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-578/92*. Mp. Alejandro Martínez Caballero.
[66] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-277/99*. Mp. Alfredo Beltrán Sierra.
[67] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-517/06*. Mp. Mauricio González Cuervo.

aseguradoras deben dar cuenta de las razones que soportan las decisiones que en otro contexto únicamente responderían al arbitrio de la parte.

Para la Corte, el estado de indefensión parece que se configura en situaciones en las que las potestades contractuales permiten a una parte el ejercicio arbitrario de ellas. En estos casos se abre la puerta para que a través del ejercicio de la constitucionalización, se establezcan límites claros que solucionen la indefensión de la parte contractualmente débil.

Ese es el mismo entendido que contienen sentencias como la T-057/95[68], la T-222/14[69] o la T-452/15[70], que dan cuenta del estado de indefensión derivado de la estructura del contrato de seguro, dado el conjunto de prerrogativas con las que cuenta la aseguradora frente al asegurado y el beneficiario, que al ejercitarse crean situaciones en las que ellos no tienen una posible defensa y a la vez se contradice, con un acto arbitrario, el espíritu del interés público de la actividad aseguradora.

Entonces bien, la legitimidad por pasiva de las aseguradoras se encuentra justificada tanto por la naturaleza de su actividad, como por las potestades que le son naturales dado el régimen del contrato de seguro. La Corte ha sido insistente y reiterativa en ambos aspectos, que no pueden ser olvidados por los jueces de instancia, así como tampoco que dicha atribución está fundamentada en el contexto, por lo que siempre habrá alguna posibilidad de que las dinámicas sociales y regulatorias modifiquen la calidad del servicio y el equilibrio de las potestades del contrato, respectivamente.

2.3. La idoneidad de la tutela. Modulación de la subsidiariedad.

Este puede ser el asunto más polémico del presente estudio. No únicamente por abrir la puerta, potencialmente, a que sea la Corte Constitucional la que se pronuncie sobre asuntos de carácter eminentemente contractual, sino porque en torno a este es que se han construido nuevas nociones acerca de la legitimación por activa, y de los derechos susceptibles de ser protegidos a través de la acción de tutela.

En principio la acción de tutela es subsidiaria pues procede únicamente cuando no hay una acción que permita la discusión a través de la justicia ordinaria, o cuando, habiéndola se emplee como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Es por ello que cuando las aseguradoras atienden a la jurisdicción de tutela, proponen la improcedencia de la acción fundándose en este carácter, por lo

[68] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-057/95*. Mp. Eduardo Cifuentes Muñoz.
[69] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luís Ernesto Vargas Silva.
[70] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-452/15*. Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

que en los casos que son estudiados, la Corte ha modulado la subsidiariedad con lo que ha fijado los términos de su competencia para abordar asuntos de carácter contractual.

Ahora bien, en sentencia T-211/09[71] la Corte explicó como se ha modificado dicha lógica, en la medida que si bien la procedencia de la acción pende de la inexistencia de otro medio que permita resolver la vulneración del derecho involucrado, hay dos excepciones a dicho principio: la primera es que proceda como mecanismo transitorio, y la segunda es que la acción existente no sea idónea (que no produzca el efecto protector) o eficaz (que no sea oportuna la protección).

Este fallo, que trata la procedencia de la tutela contra providencia judicial, fue recogido en la sentencia T-222/14[72], que explica que "(…) cuando del examen de procedibilidad se concluya que el recurso no es idóneo o eficaz, el amparo debe ser definitivo. (…) Por el contrario, la decisión constitucional será transitoria siempre que exista inminencia de un perjuicio irremediable". Así pues, recae sobre el juez de tutela un conjunto de obligaciones argumentativas: primera, debe analizar la existencia de una acción que permita debatir ante la jurisdicción el conflicto planteado; segunda, tiene que evaluar si ésta está encaminada a proteger el derecho involucrado con la misma idoneidad y eficacia de la tutela; tercera, en caso que no sea idónea, puede decidir de fondo y de forma definitiva la causa del proceso. Ahora, sí el titular del derecho vulnerado es un sujeto de especial protección constitucional se presume que la tutela es la acción ideal y eficaz, a menos que el juez evidencie que aquel puede acudir a las ordinarias en condición de igualdad, es decir que la asunción de las cargas y costos de un proceso ante la jurisdicción ordinaria o administrativa no derivan en una situación de desconocimiento de los derechos del reclamante o sus dependientes.

Al respecto el expediente T-4.577.692 de la sentencia T-452/15[73] propone un interesante caso de análisis. El reclamante había adquirido un crédito hipotecario cuya cobertura estaba asegurada frente a la muerte o pérdida de capacidad laboral mayor al 50% a través de un seguro de vida grupo de deudores, del cual el tomador y asegurado era el banco. Dado el diagnóstico de una patología, se configuró la invalidez y por lo tanto el reclamante procedió a solicitar de la aseguradora la cobertura del crédito hipotecario, ésta negó la prestación toda vez que el reclamante había incumplido con el pago de la prima y por lo tanto se había configurado la caducidad anticipada del contrato de seguro.

Ahora, en las consideraciones frente a la procedencia de la tutela frente a

[71] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-211/09*. Mp. Luís Ernesto Vargas Silva.
[72] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luís Ernesto Vargas Silva.
[73] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-452/15*. Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

particulares la Corte modula seriamente la potestad de declarar la caducidad anticipada por el no pago de la prima, con lo que abre la puerta a que la aplicación de esta sanción no deba ser automática sino producto de una ponderación entre el interés económico de la aseguradora y el mínimo vital del reclamante. Sin embargo, aunque la acción es interpuesta por un sujeto de especial protección constitucional, la Corte decide que la tutela no es procedente toda vez que la situación ha concluido en un conflicto eminentemente patrimonial que no amenaza el mínimo vital del reclamante, esto pues aquel había vendido el inmueble que garantizaba el crédito, lo que hacía que la discusión se redujera a la facultad de la aseguradora declarar la caducidad automática y el incumplimiento del banco en el pago de la prima.

Así entonces, la presunción de procedencia de la tutela dada la calidad del reclamante no es absoluta sino que encuentra límites, tales como la evidente afectación del mínimo vital. Lo anterior sirve de puente para aborda cuándo procede la tutela a partir de la naturaleza de los derechos involucrados. Al respecto, la Corte Constitucional ha mostrado un claro rechazo para abordar asuntos exclusivamente patrimoniales y económicos. En sentencias como la T-222/14[74], la T-452/15[75] y la T-282/16[76] ha sido reiterativa en ello y, en consecuencia, ha estudiado los casos para evidenciar cuáles son los intereses realmente involucrados en las situaciones descritas, y ha ordenado la protección de derechos como el debido proceso y la vida digna, y rechazado la procedencia de la acción en los casos en los que no encuentra algún derecho constitucional relacionado. Este puede ser uno de los elementos que más vehementemente ha sido objeto de la jurisprudencia en sede de tutela, dejándole la competencia para resolver los asuntos de naturaleza eminentemente patrimonial a la jurisdicción ordinaria.

Entonces, la Corte ha construido una barrera que le impide arrojarse competencia en asuntos eminentemente económicos. Sin embargo es problemático determinar cuándo se puede evidenciar que sólo están involucrados intereses de tal naturaleza, ya que esto es tarea del juez constitucional, quien debe evaluar el contexto y determinar cuáles son los derechos involucrados y si ellos son protegibles a través de la acción de tutela o si, por el contrario, deben ser discutidos en la jurisdicción ordinaria.

En resumen, la subsidiariedad de la tutela decide su procedencia con fundamento en los criterios de idoneidad y eficacia, que permiten evaluar si las acciones existentes constituyen escenarios garantistas para los derechos de las partes, y en caso que no lo hagan el juez de tutela puede decidir de forma permanente; en cambio, si existe una acción ordinaria eficaz e idónea, pero hay un riesgo inminente y urgente de

[74] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luís Ernesto Vargas Silva.
[75] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-452/15*. Mp. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[76] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-282/16*. Mp. Gloria Stella Ortiz Delgado.

vulneración de un derecho, entonces el juez de tutela puede conocer el caso y pronunciarse de forma transitoria al respecto.

Sin embargo la lógica de la idoneidad y eficacia de la acción cambia cuando el reclamante es un sujeto de especial protección constitucional, en la medida que la jurisdicción de tutela, dadas sus características, se vuelve la ideal para él. Lo que también está sujeto al análisis de la naturaleza de los derechos involucrados, pues inclusive para ellos está prohibido discutir asuntos eminentemente patrimoniales en sede de tutela.

V. EL PAPEL DE LA ASEGURADORA EN LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO. ENTRE LA ADOPCIÓN DE LA TERCERA GLOBALIZACIÓN Y UNA REAL CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SEGUROS.

Según el Código Civil colombiano, los elementos de los contratos se clasifican como esenciales, naturales y accidentales, esto en orden a determinar cuáles son los que determinan el tipo contractual, cuáles dan un contenido mínimo y cuáles son establecidos de acuerdo a la voluntad de las partes. Así pues, cuando el legislador señala a algunos elementos como esenciales es porque ellos determinan la existencia de dicho contrato y lo identifican como tal, lo que significa que si en el proceso de formación se llegaran a afectar por alguna razón, pues entonces el fundamento de su vigencia y efectos se vería cuestionado a través de sanciones como la inexistencia, la nulidad o la ineficacia.

Ahora bien, para el contrato de seguros, tanto el interés como el riesgo asegurable son elementos esenciales, en consecuencia, sin ellos el contrato no existiría o devendría en otro distinto y, como se dijo, cualquier afectación de ellos en la etapa precontractual como en su perfeccionamiento afectan la relación jurídica entre aseguradora y tomador, asegurado y beneficiario. Considerarlos como esenciales no es un antojo del legislador, sino que está determinado por su importancia en la formación del consentimiento, la determinación del objeto y de la causa del contrato. Al respecto, para Ossa Gómez el interés asegurable "Es el objeto del contrato de seguro"[77], y es que este elemento define al contrato, identifica a las partes que se relacionan y resalta su compromiso con la prevención del riesgo, mientras que todas las amenazas que pueden causar un menoscabo en el interés son las que constituyen al riesgo asegurable. Ahora, estos dos elementos determinan otros aspectos del contrato de seguro como lo son la ocurrencia del siniestro y el cálculo de la prima y la indemnización.

Entonces, el proceso de identificación del interés asegurable y su estado no se da con el perfeccionamiento del contrato, sino en la etapa precontractual, cuando la

[77] OSSA GÓMEZ, J. E.: *Teoría general,* cit., p. 73.

aseguradora y el tomador (asegurado) forman la intención de contratar. Ahí es cuando se hace fundamental la obligación que tiene éste de declarar el estado de riesgo del interés asegurable y, con ello, dar cuenta de la posibilidad de ocurrencia de algún siniestro. Esta declaración, como toda conducta precontractual, está regida por la buena fe, lo que abre la discusión para identificar cuál es la conducta esperada por las partes, ello en la medida que este principio establece una expectativa de conducta legítima y una carga valorativa, lo que crea derechos y obligaciones para estas que se definen a partir de la relación entre la buena fe e instituciones como la diligencia y cuidado, el error común, el conocimiento del hombre medio y la calidad de profesional de la aseguradora. Esto es lo que hace que sea de suma importancia determinar las posibles respuestas que puedan darse de una serie de preguntas como: ¿cuál es la expectativa sobre la declaración dada por el tomador (asegurado)?, ¿debió la aseguradora tomar un papel activo en la declaración del tomador (asegurado)?, ¿cuándo entender que una declaración afecta al contrato de seguro?, y ¿cuáles son las consecuencias determinadas para ello?

Al respecto, el proyecto del artículo 1058 del Código de Comercio, establecía la obligación del asegurador de elaborar un cuestionario para guiar la declaración del tomador (asegurado) y en caso de reticencia o inexactitud pues entonces el contrato devendría relativamente nulo. Lo que sólo sucedería cuando mediara culpa del tomador en caso que la declaración no se hubiera dado con fundamento en el respectivo cuestionario, pero solo el conocimiento de las circunstancias ocultas por parte de la aseguradora sanearían el contrato[78]. Así, consideraba la comisión redactora que esta propuesta le exigía al tomador (asegurado) el máximo celo para garantizar el desenvolvimiento natural de la actividad aseguradora, dadas las implicaciones que la declaración objetiva del estado del riesgo tiene para el contrato, y además en virtud de la equidad, reconocía que él no era un especialista técnico, por lo que al no estar sometida la declaración a un cuestionario proporcionado por la aseguradora, su deber era dar cuenta de las circunstancias que conforme el sentido común regularan la peligrosidad del riesgo[79].

Sin embargo el Código de Comercio de Colombia establece que la reticencia o inexactitud en la declaración del riesgo, por parte del tomador (asegurado) afectan al contrato de nulidad relativa, toda vez que con ello se afectó la voluntad de la aseguradora. Lo mismo sucederá si por culpa de la conducta del tomador (asegurado) se altera el estado del riesgo, pero en caso que respondiera a un error inculpable el asegurador solo estará obligado a pagar una porción de la prestación asegurada, y en caso que el asegurador debiera haber o ha conocido los hechos o circunstancias que determinan los vicios de la declaración, o los ha aceptado o hubiere allanado a subsanarlos, entonces no procederá ninguna de las sanciones

[78] MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de Código de Comercio*, Tomo I, 1958, p. 257.
[79] MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto*, Tomo II, 1958, pp. 248-249.

establecidas[80]. Los cambios, por ejemplo, no obligan al asegurador a elaborar un cuestionario que guíe la declaración del tomador (asegurador), pero hace improcedente las sanciones establecidas cuando aquel conoció o debió conocer los hechos o circunstancias que dieron lugar a la reticencia o inexactitud.

Ahora bien, para los seguros de personas, en particular los seguro de vida, el Proyecto de 1958 establecía que cuando la aseguradora prescindiera del examen médico, no podría proponer la nulidad relativa del contrato cuando el error en la declaración había sido de buena fe exenta de culpa[81], esta posición respondía a las críticas hechas al artículo 22 de la Ley 105 de 1927[82], que hacía inobjetable la declaración cuando la aseguradora no había ordenado los exámenes médicos respectivos, en la medida que condicionaba la validez del contrato a la conducta del tomador (asegurado). Sin embargo la Comisión que actualizó dicho Proyecto modificó la propuesta, por lo que el artículo 1158 del Código de Comercio establece que dicho examen no es obligatorio para la aseguradora y su prescindencia no exime al tomador (asegurado) de la obligación de dar cuenta honesta y sincera de los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, ni de las sanciones que su incumplimiento acarrean.

El asunto entonces se centra en identificar el alcance de lo que la aseguradora debió conocer al momento del perfeccionamiento del contrato de seguro y sí le era exigible el despliegue de alguna conducta y cómo se relaciona esto con la obligación del tomador. Esto lleva a que el debate se centre en los posibles entendidos y alcances del conocimiento presuntivo, la diligencia y cuidado y la buena fe y cómo a través de la doctrina y la jurisprudencia se han llenado de contenido con la finalidad de atribuirle obligaciones tanto al tomador (asegurado) como a la aseguradora en la formación del estado del riesgo.

1. La doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Marcos del Derecho privado.

En doctrina, Ossa Gómez propone una perspectiva interesante en lo que toca a la improcedencia de las sanciones consagradas en el artículo 1058 del Código de Comercio[83]. Él comienza por resaltar que aquella no está obligada a verificar la exactitud de la declaración del estado del riesgo, pues no hay norma que así lo establezca, sin embargo, vincula la diligencia del asegurador cuando aborda los

[80] Código de Comercio de la República de Colombia, artículo 1058.
[81] MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de…*, Tomo I, 1958, p. 214.
[82] Ley 105 de 1927. Artículo 22: Cuando las compañías de seguros de vida no exigen certificado médico antes de expedir las pólizas, se entenderá que renuncian a todo derecho que pueda asistirles por causas de la salud del asegurado en caso de que este no fuere aceptable a tiempo de verificar el seguro.
[83] OSSA GÓMEZ, J. E.: *Teoría general…,* pp. 348-353.

deberes precontractuales del tomador, que versan sobre la declaración del estado del riesgo[84]. Y aclara que cuando el asegurador desestima la inspección del riesgo, no podría invocar los hechos o circunstancias que no confrontó como presupuesto de algún vicio del consentimiento que le permitan proponer la nulidad relativa del contrato, puesto que el conocimiento presuntivo se trata de hechos que el asegurador debió conocer con mediana diligencia. Ahora bien, esto no implica una obligación absoluta en cabeza del aquel, en la medida que toda exigencia está limitada a aquello que afecte sensiblemente la actividad aseguradora, por lo que hay parte que le es propia al tomador (asegurado) y es lo que diferencia el "deber conocer" del "poder conocer".

Ahora, la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia ha adoptado una posición que se pudiera calificar como de apariencia positivista, esto pues pareciera que quiere fundarse en elementos comúnmente aceptados como parte del discurso del DP como lo son recurrir a principios generales, como para el caso la buena fe y la diligencia y cuidado, o a expresiones que denota las obviedad de las conclusiones y la naturalidad de ellas para el ordenamiento. Aun así, con ello, se mantiene la discusión en un nivel legal, sin acudir al orden constitucional para dar cuenta de las posturas adoptadas. Así, las sentencias muestran una clara preocupación por cómo se construye el estado del riesgo asegurado y cómo se modula la supuesta pasividad que el legislador consagró al no obligar al asegurador a desplegar alguna conducta en tal sentido.

En sentencia del 19 de mayo de 1999[85], la Corte Suprema de Justicia dio cuenta simple de las diferencias entre la declaración espontánea y motivada y aclaró que en la medida que con la primera la aseguradora no intervenía, la diligencia que se le pedía al tomador (asegurado) se aligeraba y cualquier consecuencia que de allí se derivara debía ser asumida por aquella, que como profesional dejó que un lego en la materia diera cuenta del estado del riesgo desde su conocimiento, reproche que se agravaría en caso que la aseguradora no exigiera alguna información sobre el estado del riesgo, pues en tal caso sería imposible pretender la nulidad relativa dada cualquier reticencia o inexactitud, pues lo asume sin importar cuál sea. Así, considera la Corte, que la expresión "debido conocer" del artículo 1058 del Código de Comercio, refiere a la diligencia y cuidado propia de un profesional en el ramo de los seguros, por lo que la exigencia de exámenes o información adicional al tomador (asegurado) no es una potestad arbitraria, sino una obligación derivada de su experiencia y conocimiento.

Luego, en sentencia del 2 de agosto de 2001[86], la Corte dio cuenta del papel de la

[84] OSSA GÓMEZ, J. E.: *Teoría general…,* pp. 324-333.
[85] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. *Sentencia de Casación Exp. 4923 del 19 de mayo de 1999*. Mp. José Fernando Ramírez Gómez.
[86] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. *Sentencia de Casación Exp. 6146 del 2 de agosto de 2001*. Mp. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

buena fe en el contrato de seguro, así como en la declaración del estado del riesgo. Así las cosas, consideró que como criterio integrador, este principio implica obligaciones para todas las partes del contrato en las distintas etapas que lo componen (formación, perfeccionamiento y ejecución). Sin embargo dichas obligaciones se ven reflejadas en la ley, por lo que para el tomador (asegurado) es exigible una declaración sincera de los hechos y condiciones, mientras que el asegurador debe ser evaluado respecto a lo que debió conocer. Esto da lugar a que dada su condición de profesional le sea exigible un comportamiento diligente y por lo tanto adopte conductas tendientes a revelar el real estado del interés asegurable si sospecha que la declaración hecha es insuficiente o equivoca, so pena de no poder acusar la nulidad relativa del contrato por inexactitud o reticencia, lo que no se debe entender como una forma de perdón de la mala fe del tomador (asegurado).

De igual forma con la sentencia SC-039-2007[87] del 26 de abril de 2007, la Corte Suprema de Justicia retoma las cargas que el deber de buena fe significa para las partes del contrato de seguros. En consecuencia a ellas tanto el tomador (asegurado) encuentra calificada la obligación de dar cuenta cierta del estado del riesgo, como el asegurador se ve forzado a guiar y explicar desde su conocimiento la declaración de aquel, profundizando cuando su experiencia así lo mande, de forma que cuando éste tenga indicios de que debe indagar más y no lo hace queda compelido a cumplir el contrato y no acudir a la nulidad relativa fundamentada en la reticencia o inexactitud de la declaración.

La posición adoptada por la Corte Suprema en la sentencia 6146 aún es consistente en la sentencia SC 2803-2016[88]. Aunque bien se expresan como potestativa la provocación de la declaración a través de un cuestionario, y la realización de exámenes posteriores que busquen dar cuenta del estado real del riesgo, dicha decisión está determinada por la diligencia debida de cada caso, de lo que no se puede entender que la sola profesionalidad de la aseguradora implica que siempre deba tomar una posición activa so pena de perder la posibilidad de acusar la nulidad relativa del contrato de seguro.

Así entonces, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia hay una clara preocupación por el papel que el tomador (asegurado) y asegurador tienen respecto a la declaración del riesgo, y es a través de la buena fe que se modulan los artículos 1058 y 1158 del Código de Comercio, respecto a aquello que constituye el conocimiento presunto del estado del riesgo y la calidad de profesional de la aseguradora. Así las cosas, si bien la posición del legislador pasó de considerar expresamente que la aseguradora debía tener un papel activo en materia de seguro de vida, tal como lo disponía la Ley 105 de 1927, ahora fue labor de la doctrina y la

[87] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. *Sentencias SC 039-2007 del 26 de abril de 2007*. Mp. Manuel Isidro Ardila.
[88] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. SALA CIVIL. *Sentencias SC 2803-2016 del 4 de marzo de 2016*. Mp. Fernando Giraldo Gutiérrez.

jurisprudencia llegar a la misma conclusión para todos los seguros a partir del artículo 1058 del Código de Comercio. De forma que la aseguradora está en la obligación de analizar cada caso para definir cuáles son las medidas pertinentes e idóneas con las que agote su carga de diligencia y cuidado, a la vez que el tomador (asegurado) está obligado a dar cuenta sincera de los hechos y circunstancias que determinan el estado del riesgo, lo que implica un conjunto de obligaciones para ambas partes, que las vinculan con la conformación de éste.

2. La intervención de la Corte Constitucional y la constitucionalización del contrato de seguros.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha construido líneas muy similares a las de la Corte Suprema de Justicia. El parecido está dado en el empleo de la buena fe como fundamento de las obligaciones que vinculan a tomador (asegurado) y aseguradora con la declaración del estado del riesgo y las conductas que implican el conocimiento presunto. Sin embargo el lenguaje empleado y la estrategia argumentativa son distintos, puesto que la Corte Constitucional parte de la protección de los derechos fundamentales para identificar las situaciones en las que debe intervenir para generar obligaciones puntuales. Para evidenciar esto, primero se abordará el desarrollo que toca a las preexistencias frente a los contratos de medicina pre-pagada y seguros de salud, y segundo, el que se centra en la reticencia e inexactitud en los seguros de vida que soportan obligaciones crediticias.

2.1. Preexistencias en los contratos de medicina pre-pagada y seguros de salud.

Para la Corte Constitucional las negativas de cobertura dadas por las aseguradoras, en una serie de casos, son potencialmente violatorios de derechos como la vida, la dignidad y la salud (directamente o entendido conexo a otros derechos fundamentales). De ahí que, dados los supuestos para que proceda la acción de tutela, estudie estos casos y, en virtud de la buena fe, realice consideraciones que cambian el entendido que se le ha dado al artículo 1058 del Código de Comercio. En este caso se analiza la obligatoriedad o potencialidad de los exámenes médicos para configurar la lista de preexistencias puntuales para cada contrato de medicina pre-pagada o contrato de salud.

Así, en sentencia T-533/96[89] la Corte expone que la elaboración del listado de preexistencias particulares en cada contrato es una obligación de las partes dentro de la etapa precontractual, para lo que la aseguradora puede valerse de la realización de

[89] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-533/96*. Mp. José Gregorio Hernández Galindo.

exámenes médicos que las identifiquen y determinen la cobertura del seguro, por lo que cuando la aseguradora niega los servicios médicos por cualquier enfermedad que no haga parte de esa lista taxativa de preexistencias, viola el principio de la buena fe y vulnera el derecho a la salud del asegurado, quien queda a merced de aquella. En esta sentencia los términos empleados por la Corte, no hay una obligación puntual de realizar de dichos exámenes, sin embargo las consecuencias que anuncian parecen construir el camino para que así sea.

Tiempo después, con la sentencia SU-39/98[90] la Corte fue más expresa en la vinculación de la buena fe y la fijación de las preexistencias, en la medida que la seguridad que las partes tienen en lo acordado proviene del cumplimiento, en la etapa de formación del contrato, de las cargas que se derivan de aquel principio y, en consecuencia, ellas pueden estar tranquilas en que se ha establecido con claridad la cobertura para el caso concreto, por lo que sólo la actuación de mala fe por parte del tomador (asegurado) en la etapa precontractual puede dar lugar a que la aseguradora no asuma el riesgo de una enfermedad no incluida en la lista de preexistencias. Así el carácter taxativo de la lista de preexistencias se fundamenta en los parámetros constitucionales que rigen el servicio público de salud y la protección a derechos como la salud, vida e integridad humana de los individuos. Sin embargo para la Corte, en esta sentencia la realización de los exámenes previos aún era una potestad, en la medida que la compañía "podía" realizarlos en cumplimiento de su obligación de establecer la lista taxativa de preexistencias.

Más adelante, en la sentencia T-96/99[91] la Corte Constitucional consideró que la realización del examen médico era obligatoria para dar cumplimiento con el deber de dar un listado taxativo de preexistencias, derivado del principio de la buena fe, ello pues atenerse a un listado genérico vulneraría este principio. Así, la Corte modula la posibilidad de que el tomador (asegurado) actué de mala fe, en la medida que "la detección de las enfermedades que constituyen preexistencias o que no van a ser cubiertas por el contrato, es una obligación de la compañía de medicina pre-pagada que no puede ser escatimada trasladándola a quien menos conoce del asunto y que, precisamente por eso, contrata los servicios de medicina pre-pagada con entidades como la aquí demandada"[92].

[90] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia SU-39/98*. Mp. Hernando Herrera Vergara.

[91] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-96/99*. Mp. Alfredo Beltrán Sierra.

[92] La relativa protección que la Corte Constitucional pareció darle a los tomadores (asegurados) que faltaban a su obligación de declarar el estado actual del riesgo se vio modulada en sentencias como la *T-140/09* (Mp. Mauricio González Cuervo) y *T-128/00* (Mp. José Gregorio Hernández Galindo), que reconocían mala fe en el actuar de estos y, en consecuencia, justificaban la negativa de la cobertura.

Posteriormente la sentencia T-171/03[93] aplica a las aseguradoras de vida la misma doctrina que ha construido frente a las compañías de medicina pre-pagada, en la medida que la conducta de ambas puede tener incidencia sobre los derechos fundamentales de un individuo[94], y aunque se trata de la negativa al posible reembolso de un procedimiento que está expresamente excluido de la cobertura del seguro, a partir de la buena fe se interpreta tal cláusula para asegurar la salud, vida y dignidad de la asegurada y se ordena la cobertura efectiva de la operación.

2.2. Reticencia e inexactitud en los seguros de vida que soportan obligaciones crediticias.

Ahora bien, este punto evidencia como la Corte Constitucional no limita la protección a asuntos que vinculan el derecho a la salud, sino también otros derechos fundamentales involucrados por contextos como los derivados de la imposibilidad de pagar créditos que se encontraban cubiertos por algún seguro de vida. Así, aunque en estos fallos el principio de buena fe también sirve para modular el artículo 1058 del Código de Comercio, son derechos como la vida y la dignidad humana, entendidos en situaciones de riesgo de población en especial estado de atención, como son aquellos qua han perdido más del 50% de su capacidad laboral, los que promueven la intervención constitucional.

La sentencia T-832/10[95] la Corte aborda la no cobertura de un crédito dada una preexistencia que justificaba la negativa de la aseguradora. Sin embargo para el juez constitucional, en el presente caso ésta no había solicitado la realización de exámenes médicos a la asegurada, lo que constituyó una falta de diligencia y cuidado que le impedía a la aseguradora proponer que el sinestro se había causado por una enfermedad que la aquella padecía con anterioridad al perfeccionamiento del contrato de seguro. Esto reitera el papel activo que debía asumir la aseguradora, pero daba lugar a que se entendiera que la pasividad de esta podía sanear, de alguna manera, la mala fe en la declaración del estado del riesgo, lo que da cuenta de la importancia de sentencias posteriores como la T-751/12[96]. En este fallo la Corte examina dos casos en los que distintas aseguradoras niegan la cobertura de créditos adquiridos por las reclamantes, en la medida que ellas habían declarado de forma reticente el estado del riesgo. Así, retoma la doctrina que castiga la mala fe en las

[93] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-171/00*. Mp. Rodrigo Escobar Gil.

[94] Sin una referencia expresa, en sentencia *T-118/08* (Mp. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte Constitucional ya había aplicado a una aseguradora la misma línea argumentativa que había construido frente a las compañías de medicina pre-pagada.

[95] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-832/10*. Mp. Nilson Pinilla Pinilla.

[96] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-751/12*. Mp. María Victoria Calle.

declaraciones de los tomadores (asegurados) y a partir de ella analiza la conducta de las reclamantes para dar cuenta de la arbitrariedad de la conducta de las aseguradoras y proceder a la protección de los derechos vulnerados.

En un argumento similar al sostenido frente a las exclusiones genéricas, en la sentencia T-342/13[97] la Corte parte del fundamento constitucional que limita la autonomía de la voluntad y no permite que a través de los contratos se generen vulneraciones a derechos fundamentales, como para el caso lo es la vida digna. En tal sentido vincula la no realización de la evaluación médica para establecer el real estado del riesgo y la determinación de exclusiones y preexistencias genéricas como actos arbitrarios que sobrepasan tal límite.

Por último, en la sentencia T-222/14[98] la Corte Constitucional diferencia la reticencia de la preexistencia y con ello toca directamente la postura que la Corte Suprema de Justicia ha adoptado frente a lo que las aseguradoras deben o pueden conocer frente a la declaración del riesgo. Para la Corte, la reticencia implica una valoración subjetiva de un hecho objetivo, que es la preexistencia de una condición médica al momento de perfeccionar el contrato de seguro. Dicha valoración, como se ha dicho, decide la suerte del contrato toda vez que el tomador (asegurado) haya actuado de mala fe en la declaración del estado del riesgo, es decir, que al momento de perfeccionarse el contrato éste conocía su condición médica y no la reveló pues de hacerlo, la aseguradora hubiera cambiado las condiciones de la prima o no lo hubiera asegurado. De ahí que no toda preexistencia constituya la reticencia, pues debe mirarse desde la diligencia y conocimiento que a cada una de las partes les corresponde, dada sus condiciones, lo que lleva a considerar la calidad de profesional de las aseguradoras, y a concluir que sólo será posible declarar la nulidad relativa cuando "la aseguradora en su deber de diligencia, no pueda conocer los hechos debatidos".

Todas estas sentencias muestran un camino construido por la Corte Constitucional con el que se pretende asegurar la protección de un conjunto de derechos fundamentales, para lo que recurre a la buena fe y desde su naturaleza de principio y su contenido indeterminado, da cuenta de una serie de obligaciones que llevan a que la aseguradora tome un papel activo en la determinación del riesgo asegurable y, conjunto con el tomador (asegurado), garanticen unas condiciones contractuales claras y seguras a través de un listado de preexistencias para cada caso, lo que la obliga a realizar los exámenes médicos pertinentes. Esto modula claramente el artículo 1058 del Código de Comercio en lo que concierne a aquello que la aseguradora "debió" conocer y, en consecuencia, también toca al artículo 1158 del Código de Comercio, pues la obligación del tomador (asegurado) de declarar

[97] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-342/13*. Mp. Nilson Pinilla Pinilla.

[98] CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. *Sentencia T-222/14*. Mp. Luís Ernesto Vargas Silva.

sinceramente los hechos o circunstancias que determinen el estado del riesgo, la configuración de la reticencia o inexactitud, aunque sea por culpa del tomador (asegurado) no pueden ser entendidos sin las obligaciones que desde la buena fe y la diligencia y cuidado se reconocen en la aseguradora.

2.3. ¿Hay una efectiva constitucionalización en el contrato de seguro?

La Constitucionalización Directa, como se ha planteado, da muestra clara de la intervención de derechos constitucionales en la solución de casos del DP. Así las cosas, la Corte Constitucional, como se mostró, ha generado un marco jurisprudencial que da las pautas para que sea el juez de tutela quien resuelva asuntos que por intuición debieron ser conocidos por el juez ordinario. Así es como la actividad aseguradora ha sido entendida como un servicio público, se han establecido las condiciones para que no proceda la subsidiariedad y se identifique la condición de indefensión del tomador, asegurado o beneficiario frente a la aseguradora. Ahora bien, si el juez de tutela asume el proceso pero no lo resuelve sustancialmente, entonces no hay lugar a una constitucionalización formal efectiva.

Así las cosas, también se mostró como la Corte Constitucional ha establecido un conjunto de posturas que modulan los artículos 1058 y 1158 del Código de Comercio. Al respecto, se vuelven centrales las distintas posturas y consideraciones hechas sobre si la pasividad de la aseguradora daba lugar a que no se pudiera solicitar la nulidad relativa del contrato de seguro, aun cuando el tomador (asegurado) hubiera actuado de mala fe. Para la Corte en un principio la situación subjetiva de éste era objeto de estudio y sin importar la conducta de la aseguradora, debía reprocharse al aquel que hubiera sacado una ventaja injustificada de su contraparte; sin embargo esta posición cambió y en algunos fallos la sola negligencia de la aseguradora le imposibilitaba reclamar la reticencia o inexactitud y, en consecuencia, le obligaba a cumplir con lo acordado; postura que luego fue abandonada para retomar la inicial. Ahora, este cambio no estaba fundado en interpretaciones de orden legal, sino que buscaban dar un margen de protección efectiva a los derechos constitucionales que la Corte veía involucrados en los casos que fallaba, lo que lleva a evidenciar otra etapa de la constitucionalización y es la efectiva defensa de estos intereses.

Aunque solo se presentaron dos líneas, en ellas se puede evidenciar la diversidad de contextos en los que la Corte Constitucional identifica derechos por proteger. La primera línea aborda la salud como eje, la que considera un derecho objeto de tutela toda vez que vincula ciertos entendidos del derecho a la vida y a la dignidad humana; la segunda muestra como relaciones eminentemente patrimoniales, como los créditos financieros, pueden derivar en otras situaciones que afectan derechos

como la dignidad humana, a través del mínimo vital y con ello el derecho a la vivienda, y la protección de sujetos en especial estado de indefensión.

Sin embargo, la interpretación de las normas involucradas en los casos estudiados, no parte de los derechos fundamentales involucrados, sino de las implicaciones que la Corte Constitucional considera que se derivan de la buena fe como principio rector de las relaciones contractuales. Y es aquí donde la constitucionalización se torna similar al trabajo hecho por la Corte Suprema de Justicia en los casos abordados por ella, en los que también modula los mismos artículos pero sin atender a intereses constitucionales o a suponer aspectos como la desigualdad de la relación entre aseguradora y tomador, asegurado o beneficiario, ni a la calidad de la actividad aseguradora. Así las cosas, la buena fe, como principio general del derecho, se torna fundamental en ambas 'jurisdicciones', y revela como ambos jueces, el constitucional y el ordinario, se valen de normas sin un contenido estático para establecer obligaciones que el legislador no ha consagrado para las partes en un contrato.

Ahora bien, que la argumentación de la Corte Constitucional atienda a aquellos derechos de naturaleza constitucional implica que efectivamente el contrato de seguros se haya constitucionalizado. Bien puede entonces que las consecuencias que de este fenómeno se deriven no sean distintas a las que la Corte Suprema de Justicia, en un análisis de orden legal, ha establecido, lo que sí llama la atención es que el constitucional haya derivado en obligaciones expresas y no en asunciones generales como "las obligaciones derivadas de las cargas de la buena fe" o "aquellas que se entienden de la diligencia y cuidado propio de los profesionales en seguros" que bien pudieran leerse en las sentencias de casación que se han estudiado.

VI. CONCLUSIONES.

Este artículo ha partido de un conjunto de teorías para dar cuenta de cómo los discursos jurídicos permiten poner en contexto los cambios de distintas instituciones. Así de forma somera se dio cuenta de cómo el DP ha sido redefinido por los distintos intereses que han formado las globalizaciones del pensamiento jurídico y cómo esto ha determinado las líneas argumentativas que proponen cambios de entendidos normativos en materia del derecho de seguros, con especial atención a la potestad de la Corte Constitucional para conocer de controversias contractuales y a las definición de cuáles son las obligaciones de las partes en la identificación del estado del riesgo.

Así entonces, en Colombia se puede evidenciar una efectiva constitucionalización del contrato de seguros, puesto que la Corte Constitucional se ha apropiado de un

conjunto de herramientas discursivas como la proporcionalidad o la igualdad, a través de las cuales ha identificado e intervenido en un conjunto de casos en los que se ven afectados derechos fundamentales, con lo que ha reevaluado las posiciones que llevaron a la concreción de las normas y el entendido que se les ha dado dentro de la esfera del derecho ordinario, y ha propuesto nuevas interpretaciones que han significado un cambio efectivo en el esquema contractual que definía las obligaciones de las partes antes de su intervención. Sin embargo ese ejercicio no es del todo diferente al que la Corte Suprema de Justicia ha realizado, en la medida que también parte del mismo principio y construye una serie de obligaciones que no están dadas expresamente por el Legislador. Las diferencias se mantienen entonces en el discurso empleado, las herramientas argumentativas y la referencia directa a los derechos constitucionales o al orden legal, aunque hay dos de ellas que vale la pena puntualizar: la primera es que la Corte Suprema de Justicia ha evaluado las conductas de las aseguradoras para definir la procedencia de la nulidad relativa del contrato de seguro, mientras que la Corte Constitucional ha sido enfática con la obligación que tienen éstas de practicar exámenes médicos que le permitan identificar las preexistencias puntuales; la segunda es que la Corte Constitucional ha dado lugar a que la mala fe del tomador (asegurado) pueda ser saneada por la falta de actividad de la aseguradora, mientras que en las sentencias analizadas del la Corte Suprema de Justicia, este siempre ha sido un límite claro a la obligación de la aseguradora.

Ahora bien, la aceptación o rechazo de la constitucionalización formal efectiva no niega su existencia, como tampoco los posibles problemas que ella signifique a la sistemática del ordenamiento, en la medida que, por ejemplo, parte de las potestades que la misma Corte Constitucional se ha dado en pro de la defensa de los derechos fundamentales de los individuos, sin que haya un límite claro de su alcance. Ahora bien, esto no es extraño a la actividad judicial, en la medida que para fundamentar sus decisiones pueden partir de normas a las que los mismos jueces les han dado contenido, como para el caso resulta ser el principio de la buena fe, que sirve de fundamento para construir las diferentes interpretaciones sobre el artículo 1058 del Código de Comercio atendiendo a distintos intereses, como el apego al derecho legislado, de la Corte Suprema de Justicia, o a la protección de los derechos fundamentales, de la Corte Constitucional.

Sin embargo la realidad muestra que no ha habido una aprehensión efectiva del discurso constitucional por los distintos operadores jurídicos. Las sentencias recientes de la Corte Suprema de Justicia aún parten del entendido establecido en el Código de Comercio y no dan cuenta de la realización de los exámenes médicos como conducta obligatoria de las aseguradoras en la concreción del estado del riesgo. Así también da cuenta de ello que la Corte Constitucional aún tenga una intervención reiterada a través de sentencias de tutela que parten de las negativas de las aseguradoras al cubrimiento de siniestros dadas las cláusulas generales de

preexistencias o la reticencia del tomador (asegurador) sin atender a las directrices dadas. Así entonces, en la medida que la revisión por parte de la Corte Constitucional es excepcional y que los jueces de inferior jerarquía no se apegan al sistema de precedente que se ha construido en la materia, no es posible siquiera afirmar que todas las posibles vulneraciones a derechos como la vida, la salud, la vivienda o la dignidad humana causadas por las conductas de las aseguradoras alcanzan a ser corregidas. Queda entonces identificar cuál ha sido el real grado de constitucionalización efectiva, así como las razones para que entes de control y otros agentes no se hayan visto vinculados por este discurso.

BIBLIOGRAFÍA

CALDERÓN VILLEGAS, J. J.: *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, U. d. Rosario, U. d. l. Andes, & E. Temis eds., 2013

CHINCHILLA, T. E.: *¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?*, 2ª ed., E.T.S.A:, 2009.

CORRAL TALCIANI, H.: "Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho privado", *Derecho Mayor*(3).

DEL CASTILLO, A.: *Comentarios de Derecho Comercial*, 2ª ed., Santafé ed., 1947.

DEMSETZ, H.: "Hacia una teoría de los derechos de propiedad", 1967. Retrieved from http://www.eumed.net

DOMAT, J.: *Las leyes civiles en su orden natural*, vol. 1, A. E. Librería & A. Librería-Ediciones eds., Bogotá, 2015.

DUGUIT, L.: *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, 2ª ed., C. G. Posada, Trans. F. Beltrán Ed., 1920.

ESTRADA, A. J.: "La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano" en AA.VV.: *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional*, UNAM, México, 2002. Retrieved from http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx.

FADUL VERGARA, W. R., "Visión introductoria" en VANEGAS FRANCO, A./ RODRÍGUEZ AZUERO, S./TORRES VILLAREAL, M. L. (eds.): *El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011.

FERRI, L.: *La autonomía privada*, L. S. Mendizabal, Trans. E. R. d. D. Privado Ed.). Madrid, 1969.

GORDON, R. W.: "Critical legal histories" *Faculty scholarship series*, 1984.

GÓNZALEZ JÁCOME, J.: *Los debates del pensamiento jurídico colombiano entre 1886 y 1920*, P. U. Javeriana, G. E. Ibáñez, & Depalma Eds, Bogotá, 2011.

ISAZA, F.: "Historia legal del seguro en Colombia. Análisis normativo del sector asegurador" en AA.VV.: *La industria aseguradora en Colombia. Avances en el siglo XXI*, vol. 1, 2013. Retrieved from http://www.fasecolda.com.

JARAMILLO JARAMILLO, C. I.: *Derecho de seguros*, vol. 1, E. T. S.A. & F. d. c. j. d. l. P. U. Javeriana Eds., 2010.

JOSSERAND, L.: *El espíritu de los derechos y su relatividad*, C. J. Latorre, Trans. U. Nacional Ed., 1940.

JUNGUITO, R./RODRÍGUEZ, A. M.: "La empresa y la industria aseguradora colombiana en el contexto económico de finales del siglo XIX y siglo XX" en AA.VV.: *La industria aseguradora en Colombia. Avances en el siglo XXI*, Bogotá, 2013. Retrieved from http://www.fasecolda.com.

KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho*, 13ª ed., E. Porrúa, México, 2003.

KENNEDY, D.: *Tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico, 1850-2000*, U. E. d. Colombia Ed., 2015.

LOCKE, J.: *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, 1983.

MANTILLA ESPINOSA, F.: "La "constitucionalización" del derecho privado", *Revista oficial del poder judicial, 1*(2), 2007.

MARTÍNEZ NEIRA, N. H.: "La nueva Ley 45: antecedentes y desarrollos" en VARGAS FRANCO, A./ S. RODRÍGUEZ AZUERO, S./ TORRES VILLARREAL, M. L. (eds.): *El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990*: Universidad del Rosario, 2011.

MEJÍA JARAMILLO, A.: "Apuntes sobre el contrato de seguro" en *Estudios de derecho, 32*(84), 477, 1973.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA: *Proyecto de Código de*

Comercio, 2 vols., Bogotá, 1958.

MONATERI, P. G.: "Gaius el negro" en *La invención del derecho privado*: Universidad de los Andes, 2006.

OSSA GÓMEZ, J. E.: *Teoría general del seguro. El contrato*, 2ª ed., vol. 2, 1991.

PARRA BENÍTEZ, J.: "La constitucionalización del derecho privado en Colombia" en ARAMBURO CALLE, M. (ed.): *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, vol. 2, Dike, 2011.

ROSE, C. M.: "Property as storytelling: Perspectives from Game Theory, Narrative Theory, Feminist Theory", *Faculty Scholarship Series*, 1990.

SAMUEL, G.: "Derecho romano y capitalismo moderno" en S. D. HOMBRE, U. D. L. ANDES, & P. U. JAVERIANA (Eds.): *La invención del derecho privado*, Bogotá, 2006.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: "Constitución" en DÍAZ, E./ RUÍZ MIGUEL, A. (eds.): *Filosofía Política II Teoría del Estado*, 1996.

TRUBEK, D. M./ SANTOS, A.: *The new law and economic development: a critical appraisal*, Cambridge/ New York, Cambridge University Press, 2006.

VANEGAS FRANCO, A.: "Pasado, presente y futuro del derecho de seguros en Colombia" en VANEGAS FRANCO, A./ S. RODRÍGUEZ AZUERO, S./ LUCÍA, T. V. M. (eds.): *El sistema financiero del siglo XXI a partir de la Ley 45 de 1990*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2011.

VÉLEZ, F.: *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, 2ª ed., París-América ed., vol. 6, 1926.

EL CONTRATO DE SEGURO Y LA ACTIVIDAD ASEGURADORA EN CUBA*

INSURANCE CONTRACT LAW AND ACTIVITY INSURANCE IN CUBA.

ALEJANDRO VIGIL IDUATE
Profesor Auxiliar de Derecho Mercantil Universidad de la Habana
vigil@lex.uh.cu

RESUMEN: *El presente trabajo ofrece una visión panorámica de la normativa material y de ordenación de los seguros en Cuba. Abordando los aspectos en cuanto al control y regulación administrativa, se abordan los elementos estructurales más destacables del sistema con la finalidad de contribuir al conocimiento de este mercado. Con el mismo propósito, se ha realizado un breve análisis de la normativa materia básica contenida en la ley del contrato de seguro.*

PALABRAS CLAVE: Regulación de seguros, Cuba, seguros de daños, seguros de personas, supervisión de seguros.

ABSTRACT: *The present work offers a panoramic vision of the normative material and of ordination of the insurance in Cuba. Approaching the aspects as for the control and administrative regulation, the structural most prominent elements in the system are approached with the purpose of contributing to the knowledge of this market. With the same purpose, he has been carried out a brief analysis of the basic normative matter contained in the law of the contract of sure.*

KEY WORDS: *Regulation of insurance, Cuba, Damage Insurance; Life Insurance, Insurance Supervision.*

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación "Derecho de Seguros", desarrollado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.

SUMARIO: I. FUNCIÓN DEL SEGURO.- II. BASE LEGISLATIVA EN CUBA.- 1. Empresarialidad.- 2. Empresa de Seguros Nacionales, ESEN.- 3. Seguros Internacionales de Cuba, ESICUBA.- 4. Características esenciales de las aseguradoras.- III. LEGISLACIÓN, DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO.- 1 Clasificación de los seguros.- 2. Principios del seguro.- 2.1. La buena fe.- 2.2. La indemnización.- 2.3. El derecho de subrogación.- 2.4. La contribución o doble seguro.- 2.5. La causa próxima.- 2.6. El interés asegurable.- IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SEGURO.- 1. Nominado.- 2. Principal.- 3. Sinalagmático o bilateral.- 4. La equivalencia de las contraprestaciones.- 5. Oneroso.- 6. Aleatorio o conmutativo.- 7. Tracto sucesivo.- 8. ¿Consensual, solemne o formal?- 9. De adhesión.- 10. Intuitu personae.- 11. Canales de distribución.- V. ELEMENTOS DEL CONTRATO.- 1. Elementos personales.- 2. Asegurador.- 3. Tomador.- 4. Asegurado.- 5. Beneficiario.- 6. Tercero asegurado o protegido.- 7. Tercero perjudicado.- 8. Mediador.- 9. Agente de seguros.-10. Corredores de seguro.- 11. Auxiliares o Colaboradores - VI. ELEMENTOS REALES.- 1. El interés asegurable u objeto sobre el que recae el contrato de seguro.- 2. El riesgo. 3. El siniestro.- 4. La prima.- VII. ELEMENTOS FORMALES.- 1. La póliza.- 2. Condiciones particulares.- 3. Condiciones generales.- 4. Condiciones especiales.- VIII. PRINCIPALES DERECHOS, CARGAS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES DEL CONTRATO DE SEGURO.- 1. El asegurado.- 2. La prestación del asegurador.- IX. EL REASEGURO.

I. FUNCIÓN DEL SEGURO.

El seguro tiene como función satisfacer la necesidad de previsión frente a todo tipo de eventos dañosos, futuros e inciertos y, en principio, cualquiera sea la fuente que los origina[1], y así garantizar el interés el interés del asegurado, extendido al beneficiario, para reponerlo, financieramente, en una situación personal o patrimonial lo más próxima posible a la anterior de sufrir el siniestro reconocido en la póliza. Sí ello no fuera posible, garantiza ofrecer una compensación económica que atenúe los efectos del daño, sin constituirse en un negocio para quien lo solicita, ya que la naturaleza del seguro rechaza que de él pueda obtenerse beneficio, pues incentivaría el fraude. Diferenciado de los contratos de juego y apuesta, que transfieren las pérdidas de muchos a la ganancia de unos pocos, es económicamente valioso por sí mismo, pues sirve a la función social de proteger los patrimonios contra pérdidas fortuitas[2].

También se destacan la función resarcitoria, la de inversión y la preventiva del contrato. Por la función resarcitoria la aseguradora procede a indemnizar, hasta el límite de lo pactado, por los daños recibidos; la de inversión permite que las

[1] STIGLITZ, R.: *Derecho de seguros*, t.1, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p.13.
[2] CONTRERAS STRAUCH, O.: "El interés asegurable. Su relevancia en el seguro", *Revista chilena de Derecho de Seguros*, año 8, 2006, núm. 16, p. 51.

aseguradoras utilicen los recursos monetarios que reciben por concepto de prima y los inviertan en determinadas actividades, generalmente limitadas y controladas por el poder público, lo que facilita el aumento de la capacidad de cobertura de las aseguradoras y así los asegurados cuentan con mayor garantía de que se cumpla la función indemnizatoria; mientras, la función preventiva resulta del interés de las aseguradoras de que los riesgos se mantengan en límites permisibles, pues de incrementarse de manera extraordinaria, mayor será la prima a pagar y ello incidiría en una disminución de los asegurados, amenazándose así que se queden un gran número de riesgos sin protección.

II. BASE LEGISLATIVA EN CUBA.

El sustento legal de seguro en Cuba se encuentra en dos decreto-leyes, el No. 177, "Sobre el Ordenamiento del Seguro y sus Entidades"[3], en lo adelante DL 177, y el No. 263, "Del contrato de seguro"[4], en lo adelante DL 263, ambos con rango de ley, así como resoluciones emitidas por la Ministra de Finanzas y Precios y de la Superintendente de Seguros de Cuba, lo que constituye el entramado legal que sustenta la actividad aseguraticia actualmente.

1. Empresarialidad.

Para que exista el contrato de seguro se requiere de toda una organización económica y técnica capaz de ofrecer una auténtica y eficaz seguridad en la cobertura de los riesgos que a través del contrato se persigue, lo que presupone la existencia de una especialidad, bien por medio de la asociación de una pluralidad de personas que en común soportan y reparan, mediante su recíproca distribución, los efectos que produzcan los siniestros que puedan producirse sobre ellos (la sociedad mutualista); o por medio de una entidad que recibe de sus asegurados primas periódicas y determinadas por cada seguro estipulado, parte de cuyo importe se integra en reservas especiales destinadas a reparar o a cubrir los daños o las necesidades que los siniestros provocan en los asegurados (las empresas y sociedades de seguros).

La regulación cubana permite como entidades aseguradoras las sociedades anónimas, las empresas estatales y las mutualistas.

Se define por artículo 9 del DL 263 a la entidad de seguros como la persona jurídica, constituida conforme a las leyes de la República de Cuba, dedicada a la comercialización y ejecución de seguros, previamente autorizada por la

[3] Publicado en la Gaceta Oficial de la República, No. 30, Ordinaria, de 5 de septiembre de 1997.
[4] Publicado en la Gaceta Oficial de la República, No. 5, Extraordinaria, de 26 de enero de 2009.

Superintendencia de Seguros para ejercer como tal, de acuerdo con lo establecido legalmente a estos efectos (entendemos que es una reiteración innecesaria, pues si está autorizada por el organismo rector, es en base a lo establecido legalmente), y que cuente con patrimonio suficiente en el territorio nacional para responder por las obligaciones que asume.

La utilizada expresión "entidad de seguros", que continúa la tradición del legislador iniciada con el DL 177, y contraria al denominador común internacional, "asegurador", constituye un genérico que no incluye toda forma organizativa cubana que autorizada por la Superintendencia de Seguros se dedique a la comercialización y ejecución de seguros, por cuanto, el DL 177, reconoce como concepto genérico a las entidades aseguradoras, las que incluyen a dos figuras; las entidades de seguros, con dos subclasificaciones, las empresas estatales y las sociedades anónima; y las sociedades mutuas de seguros, con las subclasificaciones de mutuas de seguro a prima fija y mutuas de seguros a prima variable .

Por tanto, resulta posible organizarse en cuatro modalidades las entidades de seguros, pero en la práctica solo operan dos aseguradoras, y de dos formas organizativas diferentes.

2. Empresa de Seguros Nacionales, ESEN.

Organizada como empresa estatal, fue creada mediante resolución ministerial el 22 de diciembre de 1978. Opera fundamentalmente en seguros agropecuarios, automotor, y una modalidad de seguros personales, el seguro temporario de vida a un año, pues en el país no se comercializan seguros de vida a largo plazo, motivado por razones económicas por la imposibilidad de invertir reservas que impide crear la base económica para obligaciones a largo plazo. Igualmente ofrece seguros de gastos médicos para extranjeros que visitan el país y para cubanos que viajen al exterior. Las coberturas de responsabilidad civil se encuentran incorporadas a los seguiros de bienes.

Entre sus funciones está, además, desarrollar actividades preparatorias y complementarias al seguro, como la evaluación de riesgos y la tasación de daños, lo que le viene incorporado por mandato del gobierno para el caso de eventos catastróficos, con predominio para los huracanes. También le compete ofrecer servicios de inspección, tasación y ajustes de averías y prevención del riesgo en bienes asegurados en ambas monedas a los asegurados. Atiende tanto a personas naturales como jurídicas, con alcance para todo el país, para lo cual cuenta con oficinas provinciales, y utiliza como canal de venta fundamentalmente los agentes personas

naturales.

3. Seguros Internacionales de Cuba, ESICUBA.

Compañía organizada como sociedad mercantil siendo sus accionistas otras entidades del Grupo Caudal, fundada el 9 de abril de 1963, se especializa en seguros generales, reaseguro, recobro y salvamento, y su principal objetivo es asegurar el patrimonio estatal cubano en cualquier lugar del mundo y los intereses de los inversionistas extranjeros que llegan al país. Opera fundamentalmente seguros empresariales, marítimo, aéreo, mercancías, industrias, almacenes, petróleo y gas, turismo, así como responsabilidad civil. Es el agente colocador de los reaseguros, tanto de la ESEN como propios, para lo cual cuenta con una protección de primer nivel con compañías reconocidas en el mercado internacional, fundamentalmente europeas, es especial el mercado de Londres.

Ambas son empresas que funcionan con capital del estado cubano, manteniendo cada una su línea de trabajo diferenciada, por lo que no existe competencia entre ellas, y forman parte del Grupo Empresarial Caudal, adscripto al Ministerio de Finanzas y Precios.

4. Características esenciales de las aseguradoras.

Para desempañar la actividad de seguros es necesario que las empresas y sociedades cumplan con principios, obligaciones y requisitos legales que de manera general se entiende por la mayoría de los fueros nacionales. Esto es motivado por el interés estatal de evitar que una aseguradora arrastre a los asegurados las posibles dificultades financieras que podría tener.

Por ellos se entiende que las mismas deben dedicarse exclusivamente a negocios de seguros, estar sometidas a normas de vigilancia oficial, operar bajo el principio de operaciones en masa, crearse con un capital mínimo inicial dispuesto por ley y otorgar una garantía financiera para casos de insolvencia futura.

Se entiende por exclusividad de actuación que la aseguradora debe dedicarse con carácter exclusivo a la práctica de operaciones de seguro o de actividades con ella relacionadas o auxiliares, como el reaseguro y la inversión de su patrimonio.

El sometimiento a normas de vigilancia oficial está motivado por el carácter social o público de la actividad aseguradora y el sistema de adhesión con que se contratan las

pólizas de seguro (la adhesión existe desde el momento en que, generalmente, es la aseguradora la que establece los términos y condiciones que regirán las relaciones contractuales entre ella y el asegurado), lo que exige una vigilancia especial de dicha actividad, ejercida por organismos oficiales especializados[5], de modo que, en general, toda la actividad de la entidad aseguradora esté sometida a medidas de fiscalización y control técnico, económico y financiero por parte de instituciones estatales.

En los tiempos modernos no es posible que una aseguradora opere con un solo asegurado. Actúa mediante operaciones en masa, no solo por tendencia normal en las empresas, sino por propia exigencia técnica, pues las aseguradoras tratan de conseguir el mayor número posible de asegurados, esto es que cuantas más operaciones logren, tanto más amplia será la diversidad de riesgos alcanzada y mejor el servicio de compensación de riesgos a sus asociados.

Casi todas las legislaciones exigen a las entidades de seguros que tengan un capital mínimo que garantice el cumplimiento de los compromisos económicos por ellas asumidos. En el caso cubano se exige[6] tener un capital social suscrito, de acuerdo con los ramos de seguros que operen y la actividad de reaseguros, de dos millones de pesos para los seguros de vida (personales); un millón doscientos mil pesos para los seguros de bienes (daños); un millón de pesos para los seguros de crédito, caución y responsabilidad civil; quinientos mil pesos para los seguros de prestación de servicios; y tres millones doscientos mil pesos para la actividad reaseguradora exclusivamente.

Además del capital mínimo, se requieren otras garantías financieras, como depósitos iniciales de inscripción en valores que ofrezcan una especial seguridad, inversión de reservas técnicas en bienes de determinadas características, constitución de márgenes de solvencia y la regulación, en general, de sus inversiones. La ley[7] regula que las entidades de seguros y las sociedades mutuas depositarán desde su constitución, como garantía de funcionamiento, una cantidad equivalente al diez por ciento (10%) del capital social pagado o del fondo mutual, que deberá ser depositada en Banco, a la orden de la Superintendencia de Seguros.

III. LEGISLACIÓN, DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE SEGURO.

El DL 263 constituye la norma en materia de contrato de seguros en Cuba. En su Disposición Final derogó el Título VIII del Libro Segundo del Código de Comercio y el Título XVII del Libro Tercero del Código Civil, y cuantas más disposiciones legales se opongan a lo dispuesto en ella, quedando así una ley especial, única en la materia. El

[5] El Artículo 32 del DL 177 creó la Superintendencia de Seguros de Cuba, SSC, encargada de ejecutar el control, la regulación y la fiscalización de las entidades dedicadas a la actividad aseguradora y reaseguradora y, de los corredores, agentes y auxiliares del seguro.
[6] Artículo 10 del DL 177.
[7] Artículo 9 del DL 177.

Código Civil y el Decreto Ley No. 304, de la Contratación Económica operan de manera suplementaría en lo que no se dispongan en el DL 263.

La vía legislativa escogida continúa una línea iniciada en el siglo XIX en Bélgica y que numerosos países han continuado, aunque no debemos olvidar países que han mantenido el contrato de seguro dentro del marco civil, como Italia y Brasil, y los que defienden y mantienen su inclusión en la legislación mercantil, los países de América Central.

Valoramos positivo el camino escogido por el legislador cubano en el derecho de seguros, el que sigue la doctrina de la unificación de contratos, tan proclamada por muchos, pero mirada con recelo y poco o nulo respaldo por otros, dirigida a reformular y ampliar las regulaciones generales en materia de contratos, y definir en legislación especial los contratos que por su complejidad lo merecen, evitando las discusiones sobre la ubicación del contrato de seguro en el ámbito civil, administrativo, mercantil o económico.

Así, la definición legal del contrato de seguro, artículo 5 del DL 263, acoge la función social del seguro, con un sentido de protección y garantía, sobrepasando la noción anterior de indemnización. Un concepto atrevido y novedoso que supera la laguna de la ausencia de definición en el Código de Comercio, que solo declaró la mercantilidad del contrato de seguro en el artículo 380, y se aparta de los derogados artículos 448 del Código Civil y 31 del Decreto Ley 15. Se recoge la obligación de la aseguradora a garantizar el interés del asegurado, lo que constituye la principal obligación que presenta la aseguradora. El cobro de la prima no aparece como condición previa, lo que no obsta para que mantenga la condición de obligación del asegurado, solo que se sustrae del concepto para equilibrar y evitar las declaraciones de la aseguradora de sentirse obligado a indemnizar solo contra pago de prima, lo que lamentablemente se mantiene en la actualidad. Los límites del contrato reflejan hasta donde se obliga la aseguradora.

1. Clasificación de los seguros.

La doctrina internacional defiende diferentes especies o clasificaciones del seguro: los seguros de daños patrimoniales y de personas; los seguros comerciales y solidarios; seguros terrestres, marítimos y aéreos; sin olvidar los seguros privados y sociales. Varias de las clasificaciones tienen un carácter puramente comercial en relación con segmentos de mercado identificados, como los llamados seguros empresariales.

La clasificación legal en Cuba presentó contradicciones, pues apareció en varias normas contradictorias, hasta su ordenamiento recientemente. Hoy, el DL 263

reconoce los seguros personales, de bienes (al mismo se integran los seguros marítimos y aéreos), responsabilidad civil y una cuarta clasificación llamada otros seguros. La subclasificación de modalidades y productos de seguro que se incluyen en cada ramo queda a la discrecionalidad de la Superintendente de Seguros de Cuba.

2. Principios del seguro.

En el derecho continental o romano-francés los principios resultan de especial trascendencia para el sistema jurídico, de conjunto con las normas positivas, los conceptos, la naturaleza jurídica del contrato. Defiende Illescas que los principios del derecho "poseen una importancia capital a la hora de determinar el derecho aplicable a la resolución de cualquier conflicto o controversia"[8], ubicando en materia de contratos de seguros el principio de aleatoriedad gestionada, el principio de muy buena fe, el principio de tutela del contratante débil y el principio indemnizatorio del interés asegurado.

En la doctrina cubana se defienden seis principios básicos del seguro: la buena fe, la indemnización, el derecho de subrogación, la contribución o doble seguro, la causa próxima y el interés asegurable, los que conforman el sostén técnico del contrato.

2.1. La buena fe.

Aunque parece reiterativo pues es un principio general en materia de contratos, *bonam fidem in contractibus consideradi aequum est*, se considera oportuno detallar en los contratos de seguro la necesidad de ser basado su actuar en la buena fe, pues "el asegurador queda librado, en lo que respecta al estado de riesgo, a los informes del tomador[9]", lo que "justifica ampliamente el rigor con el que las leyes en materia de seguros castigan la previa, contractual y ulterior mala fe del tomador[10]". De tal manera es importante que aparece expreso en la ley cubana[11].

El seguro sienta sus bases en el principio de la buena fe, es decir, se presume la ausencia de una intención dolosa, o de un ánimo de defraudar, en él la significación de la buena fe es definitivamente más amplia y repercute de manera sustancial. Basta, para sustentar lo anterior, citar la posibilidad de retener la prima por parte del asegurador cuando se incumple por el asegurado, sobre el deber de mantener el

[8] ILLESCAS, R.: "Principios fundamentales del Contrato de Seguro", *Revista Española de Seguros*, 2014, núm. 157, p. 8.
[9] HALPERIN, I.: *Seguros*, t.1, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 351.
[10] DÍAZ BRAVO, A.: *Contratos mercantiles*, novena edición, IURE Editores, México, 2008, p. 254.
[11] DL 263, Artículo 4.- Se presume la buena fe en la concertación, cumplimiento y ejecución del contrato de seguro, salvo prueba en contrario.

estado de riesgo o informar sobre el mismo, en cuanto impone el deber al asegurado de evitar la propagación del siniestro, la obligación de dar noticia de los seguros coexistentes al momento del siniestro y la nulidad del contrato cuando se comprueba la intención de defraudar mediante una declaración excesiva frente al valor real del interés asegurado.

2.2. La indemnización.

Se interesa con el seguro colocar al asegurado en una posición financiera similar o cercana a la que el mismo tenía en el momento justo a la ocurrencia del siniestro que diera lugar a las pérdidas o daños recobrables del seguro. La indemnización es el importe máximo a que está obligado a pagar contractualmente la aseguradora en caso de producirse un siniestro causado por un riesgo cubierto por la póliza. Igualmente aparece de en el DL 263[12].

No obstante, este principio se rompe en los seguros personales, en especial, los seguros de vida, pues se legitima la posibilidad de existencia de varias pólizas sobre la vida, con la posibilidad de cobrarlas todas, de no mediar causales de exclusión.

2.3. El derecho de subrogación.

El asegurador sustituye al asegurado en el ejercicio de las acciones o derechos que tendría éste contra los terceros responsables del daño o pérdida, a fin de poder recuperar de ellos la cantidad por la que civilmente son responsables a consecuencia de los daños producidos y cuya indemnización, en virtud de la póliza de seguro, ha corrido inicialmente a cargo de los aseguradores. Este derecho requiere la actitud diligente del asegurado para su protección ante terceros responsables, dando inicio por tanto al proceso legal para la inculpación de dicha tercera parte.

2.4. La contribución o doble seguro.

Resulta un caso poco característico en el entorno cubano, pues la existencia de solo dos aseguradoras que mantienen segmentado cada una su mercado dificulta la coexistencia de dos o más pólizas que cubren el mismo interés, donde cada asegurador contribuye con los demás aseguradores al pago del siniestro en proporción al importe que sea responsable según la póliza, pero no obstante hoy es posible en contados

[12] DL 263, Artículo 8.- El seguro no podrá dar lugar a enriquecimiento indebido del asegurado o, en su caso, de sus herederos y del beneficiario.

espacios.

El derecho de contribución constituye el derecho de la aseguradora a recobrar de otros aseguradores del mismo interés asegurado en caso que dicha aseguradora haya pagado un importe superior al que debía haber pagado por su proporción en la póliza firmada, con relación a todos los contratos firmados para cubrir un mismo interés. Considerando que el objetivo del contrato de indemnización es colocar al asegurado en la misma posición financiera que mantenía antes del siniestro, si el asegurado recobrase su pérdida de dos pólizas o más por el mismo interés estaría lucrando.

2.5. La causa próxima.

Constituye la causa de mayor importancia y efectividad en la pérdida o daño. No se trata de ciencias exactas, por lo que no se puede ser categórico en que constituye el primer o último suceso en la cadena de hechos que provocaron el siniestro. En cualquier caso, si la causa próxima es uno de los riesgos cubiertos por la póliza, la aseguradora está obligada a indemnizar la pérdida o daño provocada al objeto asegurado siempre sujeto a cualquier deducible estipulado en el contrato.

Resulta importante al momento del siniestro, el análisis de los riesgos asegurados, excluidos y los no asegurados, así como la cadena de eventos y las causas concurrentes.

2.6. El interés asegurable.

Generalmente se asocia el interés con la propiedad de un bien, pero la propiedad en sí no es el interés asegurable, sino que es el objeto de seguro. El interés asegurable es el interés financiero que tiene el propietario en la propiedad – objeto del seguro – pues si la misma no se encuentra asegurada y se destruye o daña, éste sufriera un daño pues tuviera que pagar para reemplazarla o repararla.

El interés asegurado es el patrimonio activo y pasivo del asegurado, que se defiende como la relación económica existente entre un sujeto y un bien que se pretende proteger por un contrato de seguro, en tanto esa relación esté amenazada por un riesgo.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SEGURO.

1. Nominado.

Esta determinado y aparece expresamente en leyes especiales y generales, de manera específica y determinada, lo que le confiere carácter nominado amplio que resulta difícil cuestionar. En el caso cubano es el único contrato con una norma legal de rango de ley.

2. Principal.

También llamado sustantivo, el contrato de seguro tiene vida propia. Este carácter indica que el asegurador soporta las consecuencias económicas del riesgo, cumpliendo así su obligación contractual primera, en virtud de un pacto autónomo que debe ser distinto de cualquier otro negocio jurídico. No existiría, de este modo, seguro, entendido en un sentido estricto, si el contrato se tratase de una obligación legal o accesoria a otro contrato. Se trata de un contrato propio, considerado por la vieja doctrina mercantilista, dentro de los llamados contratos que vencen el obstáculo del riesgo, de carácter principal, independiente de cualquier otro"[13].

3. Sinalagmático o bilateral.

Por cuanto la obligación del asegurador entendida como cobertura del riesgo – de la que va a derivar la prestación del pago de la indemnización si se produce el siniestro - se corresponde con la del tomador del seguro del pago de la prima, de forma que nos encontramos ante un contrato bilateral.

4. La equivalencia de las contraprestaciones.

Sobre la equivalencia de las contraprestaciones se detiene Barrera Tapias[14], quien valora que "la contraprestación al pago de la prima no es solo la obligación de indemnizar el daño en caso de siniestro, sino que es en verdad la asunción del riesgo", criterio que en mucho refuerza el anterior.

5. Oneroso.

[13] PÉREZ-SERRABONA, J. L.: *El Contrato de Seguro. Interpretación de las Condiciones Generales*, Comares, Granada, 1993, p. 67.
[14] BARRERA TAPIAS, C. D.: *Los seguros y el derecho civil*, Colección profesores 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Publicaciones Pontificia Universidad Javeriana, 1991, p. 15.

Tanto para la teoría conmutativa, como para la aleatoria, existen prestaciones recíprocas, correlativas. El tomador se obliga al pago de una prima de seguro y la aseguradora que asume el riesgo, satisface una indemnización en caso de ocurrencia del siniestro, o asume la obligación de garantizar. Pero siempre hay una prima, como prestación esencial del asegurado, que constituye el precio de la prestación que recibe. Y el daño está previamente determinado su valor, o será determinado mediante inspección y avalúo. Y ello convierte el contrato en oneroso.

6. Aleatorio o conmutativo.

Para numerosos autores está presente el carácter aleatorio, y así se creó la teoría en el siglo XIX[15], pues las partes ignoran en el momento de su conclusión si se verificará el siniestro, o al menos cuándo se efectuará, y generalmente cuáles serán las prestaciones económicas de las partes, de manera que desconocen el beneficio que cada una de ellas podrá obtener del contrato. La prestación de la aseguradora va a depender de la ocurrencia de un evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. Es decir, de un acontecimiento futuro e incierto, incluso hechos que se conocen van a ocurrir, pero no se sabe exactamente cuándo; ni las consecuencias económicas de la materialización del siniestro.

Lehr[16] clasifica al contrato de seguro como aleatorio, similar criterio desarrolla Puig Peña[17], que así lo coloca junto al contrato de renta vitalicia, el juego y la apuesta, y la decisión por suerte. Por parte de Manresa y Navarro[18], al comentar el Código Civil español acepta la clasificación de aleatorio, mientras Castán Tobeñas[19] prefiere llamarlo "de suerte", en lugar de aleatorio. Comparten este criterio Sánchez Calero[20], Ponce Gómez y Ponce Castillo[21], Stiglitz[22] , Ripert y Boulanger[23], Halperin[24],

[15] "Los seguros son contratos aleatorios, porque la utilidad del asegurador depende de que la cosa asegurada se conserve", SANOJO, L.: *Instituciones de derecho civil venezolano*, tomo III, reimpresión de la primera edición, Imprenta Nacional, Caracas, 1973, p. 11.

[16] LEHR, M.: *Derecho Civil Germánico*, Berlín, 1910, p. 337, *cit pos* OJEDA RODRÍGUEZ, N.: "Clasificación de los contratos", en Colectivo de autores, *Derecho de Contratos I, Teoría General del contrato*, Félix Varela, La Habana, 2003, p. 99.

[17] PUIG PEÑA, F.: *Tratado de derecho civil español*, t. IV, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, p. 78.

[18] MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, quinta edición, Instituto editorial Reus, Madrid, 1951, p. 9.

[19] CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y floral*, sexta edición, revisada, Instituto editorial Reus, Madrid, 1944, p. 312.

[20] SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1994, p. 78.

[21] PONCE GÓMEZ, F. y CASTILLO, R. P.: *Nociones de Derecho Mercantil, Banca y Comercio*, reimpresión, México DF, 2004, p. 333.

[22] STIGLITZ, R.: *Derecho de Seguros*, II, tercera edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 28.

[23] RIPERT Y G. - BOULANGER, J.: *Tratado de Derecho Civil*, t. IV, La Ley, Buenos Aires, 1964,. 64.

[24] HALPERIN, I.: *Seguros*, cit., p. 35.

Vivante[25], Muñoz Paredes[26] Díaz Bravo[27], Bataller Grau[28], entre otros[29]. En la doctrina cubana, Segura y Cabrera[30], autor del primer libro conocido en materia de seguros, propugnó el carácter aleatorio del contrato de seguro, así como Rapa Álvarez[31].

Por nuestra parte, en un inicio defendimos el criterio aleatorio, atendiendo a la ocurrencia o no de los acontecimientos fortuitos que inciden en la correspondiente indemnización, lo que constituye opinión casi unánime en la escasa doctrina cubana. Sin embargo, hoy nuestra posición varía al concepto conmutativo, por cuanto es interés y necesidad defender la posición del asegurado, elemento más débil en la relación contractual, quien necesita y requiere una garantía de protección financiera, que se la otorga la aseguradora, que previamente ha realizado los cálculos actuariales que le definen que puede asegurar, garantizar, cobrar, y no perder al incorporar en la masa el contrato suscrito.

Hoy la legislación cubana permite un acercamiento más profundo, pues el DL 263 defiende la posición de "garantizar" y se aleja de "indemnizar"[32] lo que nos permite acercarnos a una moderna teoría, que se sustenta en la función social del seguro, de protección al consumidor o cliente, y no la individual que busca defender el negocio y la actividad aseguradora.

En numerosas ocasiones se nos pregunta que, si al concluir el período de vigencia del contrato de seguro, y no ha ocurrido ningún percance, se devuelve al pago del mismo, cuando conocemos que no, y alegamos, que no ha perdido dinero, pues estuvo protegido durante la vigencia del contrato. Pues entonces, si defendemos que el contrato de seguro es un mecanismo de protección financiera, ya su definición incorpora implícitamente la importancia de la garantía sobre la tesis de la indemnización. Más importante que recibir una futura indemnización, es sentirse

---

[25] VIVANTE, C.: *Derecho Comercial*, t. 14, vol. I, núm. 10, Ediar, Buenos Aires, 1952, p. 36.

[26] MUÑOZ PAREDES, J. M.: *El coaseguro*, Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 33.

[27] DÍAZ BRAVO, A.: *Contratos mercantiles*, cit., p. 303.

[28] BATALLER GRAU, J.: *Curso de Derecho Privado*, 7ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, p. 659.

[29] DONATI, A.: *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, Vol. II, Milano, 1952, p. 41; VIVANTE, C.: *Derecho*, cit., p. 36; HALPERIN, I.: *Seguros*, cit., p. 34; URÍA, R.: *El Seguro Marítimo*, Bosch, Barcelona, 1940, p. 560; RIPERT y G. - BOULANGER, J.: *Tratado de*, t. IV, cit., pp. 64 y ss.; FERNÁNDEZ, R. L.: *Código de Comercio Comentado*, t. II, Wolter, Buenos Aires, 1950, p. 399, quien lo admite como carácter jurídico del contrato, aunque sostiene lo contrario con relación a la empresa aseguradora, a la organización moderna del comercio del seguro en razón de que la gran cantidad de contratos que celebra una misma compañía aseguradora y los cálculos de probabilidad hacen que, en su conjunto, el negocio no sea aleatorio para ella; MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. IV, Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 478.

[30] SEGURA Y CABRERA, A.: *El Contrato de seguro de vida*, La Universal, La Habana, 1898.

[31] RAPA ÁLVAREZ, V.: *Manual de Obligaciones y Contratos*, t. I, Universidad de la Habana, La Habana, 1991, p. 169; *Manual de Obligaciones y Contratos*, t. II, segunda edic., Félix Varela, La Habana, 2003, p. 216.

[32] Artículo 448 del Código Civil, y artículo 31 del Decreto Ley 15.

protegido de circunstancias desagradables que puedan perjudicar económicamente al asegurado. Y ello refuerza el criterio conmutativo y aleja el razonamiento aleatorio.

A contrario *sensu,* aparece la idea de la conmutatividad, con sentidos o teorías diferentes que la sustentan. Una se detiene en la realización de estudios estadísticos y actuariales previos, otra se sustenta en el carácter de garantía y no indemnizatorio del seguro. Una tercera se sustenta en la equivalencia de las contraprestaciones. En la generalidad aparece Cervantes Ahumada[33], quien niega su carácter aleatorio.

Uno de los pioneros defensores de este planteamiento es el mexicano Rodríguez Rodríguez, quien desde 1952 le otorgaba carácter conmutativo al contrato de seguro, argumentando "que por su consideración en masa demuestra la regularidad de la producción del siniestro, el alea puede existir, si cada contrato se considera aisladamente, pero desaparece cuando se tiene en cuenta el conjunto de los realizados por la empresa"[34]. Otros autores, como Benítez De Lugo[35], Gomes[36], Ferreira y Franco, son defensores de tal concepto.

Con respecto a la teoría de la garantía, donde se argumenta este carácter y su función social para declarar su conmutatividad, exponentes importante son los brasileños Tzirulnik, Cavalcanti y Pimentel[37], los que argumentan que el asegurador, al contratar, asume no una obligación de indemnizar en caso de verificarse el siniestro, sino en conferir una garantía patrimonial al asegurado durante la vigencia del contrato, entendiendo que es más importante y necesario "estar garantizado", a "ser indemnizado", y por ende, se conmuta entre la prima (prestación) y la garantía (contraprestación). Similar posición sostienen los también brasileños Bodes[38], Ulloa Coelho[39] y el italiano Giappichelli[40].

Las aseguradoras desarrollan una depurada ejecutoria técnica en el manejo de los riesgos, asociada a cálculos de reserva, márgenes de solvencia y liquidez, mecanismos adicionales de transferencia de riesgos, inversión de fondos

---

[33] CERVANTES AHUMADA: *Derecho mercantil*, 4ª ed., Herrero, México, 1982, pp. 569 y 570, *cit pos* DÍAZ BRAVO, A.: *Contratos*, p. 303.

[34] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, vigesimosegunda edición, Porrúa, S.A., Méjico, DF, 1996, p.144.

[35] BENÍTEZ DE LUGO REYNALDO, L.: *Tratado de seguros*, vol. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, pp. 21-24.

[36] GOMES, O.: *Contratos*, Forence, Rio de Janeiro, 1959, p. 474 *cit pos*, ULHOA COELHO, F.: *Curso de direito comercial*, 7ª ed. revisada y actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2007, p. 156.

[37] TZIRULNIK, E./ QUERIOZ F. DE/ CAVALCANTI, B./ PIMENTEL, A.: *O contrato de seguro de acordo com o novo código civil brasileiro*, 2º ed. revisada, actualizada y ampliada, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, pp. 30-31.

[38] BODES, N.: *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 726.

[39] ULHOA COELHO, F.: *Curso de*, cit., pp. 156-157.

[40] GIAPPICHELLI, G.: *Diritto delle assicurazioni private*, Turín, 2001, pp. 14-15, cit. por TZIRULNIK, E./ QUERIOZ F. DE/ CAVALCANTI, B./ PIMENTEL, A.: *O contrato*, cit., p. 31.

temporalmente libres e incluso gestiones de gerencia de riesgos y prevención de pérdidas, por lo que los cálculos actuariales que realizan, sobre la base de estudios estadísticos y aplicando complejas fórmulas matemáticas basadas en la ley de los grandes números, les permiten prever con relativa certeza los resultados de las diferentes operaciones de cada cartera.

7. Tracto sucesivo.

Se entiende que el contrato de seguro es de ejecución continuada, aun cuando se subdivida en períodos. Su contenido no se agota con la realización de una prestación única, sino en prestaciones sucesivas. La protección financiera que se ofrece da lugar a una relación jurídica duradera que se mantiene durante el período de vigencia del contrato.

Puede celebrarse por períodos anuales o plurianuales. En caso de no reflejarse en la póliza se presume un año. También puede celebrase por período de tiempo indeterminado.

El contrato de seguro comienza formalmente con su celebración, materialmente con la asunción del riesgo por el asegurador y técnicamente con la percepción de la prima. "A los comienzos formal, material y técnico del seguro corresponden duraciones formal, material y técnica. La duración formal es el tiempo por el que existen las relaciones de seguro… La duración material es el plazo por el cual el asegurador soporta el riesgo, y depende de la convención de las partes. La duración técnica es el plazo para el que se debe imputar la prima pagada; se halla indisolublemente unida a la material, salvo en el caso de la póliza de vida saldada, en el cual la vigencia material se prolonga por un término mayor a la técnica, a su vez la duración material no puede exceder de la formal[41]".

8. ¿Consensual, solemne o formal?

Lo que parece ser una de las verdades más absolutas e irrebatibles en derecho, la aseveración del carácter consensual del contrato de seguro, deviene en realidad una de las más apasionadas discusiones y enfrentamientos doctrinales. Era criterio general y unánime la consensualidad, expresado que la forma escrita es solo un requisito *ad probationem*, y que con el mero acuerdo de voluntades, el consentimiento, se perfecciona el contrato. Pero hoy día la polémica es excitada, con posturas doctrinales opuestas, pues no deja de valorarse que la casi mayoría de las

[41] HALPERIN, I.,/ MORANDI, J.C.F.: *Seguros, Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 429.

legislaciones modernas sostienen que la póliza constituye el medio de prueba del contrato, y los jueces y tribunales exigen la presentación del documento (póliza) para poder exigir justicia, lo que irrevocablemente obliga a revisar conceptos, pues no es entendible que se proclame la liberal consensualidad por un lado, y se exija la póliza por otro. En España, y con sustento jurisprudencial[42], se defiende el criterio consensual.

En Argentina, la Ley de seguros es explícita en cuanto al carácter consensual en su artículo 4[43], pero igualmente le otorga carácter probatorio a la póliza, u otro medio escrito en el artículo 11[44], lo que hace defender el mencionado carácter consensual por parte de Zunino[45] y Halperin[46]. No obstante, a nuestro entender, el criterio de la prueba escrita, hace tambalear la consensualidad.

En Colombia a partir de la promulgación de la Ley 389 de 1997, se dio el cambio de la solemnidad a la consensualidad, con un especial recorte de la posibilidad probatoria, conforme a lo cual, el contrato de seguro solamente se puede probar mediante escrito o confesión, indicando, a nuestro juicio de manera injustificada, la improcedencia de los otros medio de prueba.

En Brasil, el artículo 758 del Código Civil del 2002[47] otorga carácter probatorio a la póliza (y aquí la limitación probatoria se aprecia a que el legislador solo consideró la póliza, el billete de seguro y el documento probatorio del pago de la prima, excluyendo otros documentos; como el certificado de seguro y las notas de cobertura) que sustentan la doctrina de un cambio de formal a consensual, "…pues se refiere a la póliza y demás documentos como prueba, y no para sustanciar el negocio"[48]. Excepción aparte tienen los contratos de seguros pactados con entes públicos, cuya forma escrita es indispensable, según el artículo 60 de la Ley 8.666 de 1993.

---

[42] Así las sentencias de 27 de noviembre de 1991 y la de 7 de enero de 1982, que hace alusión a sentencias dictadas el 3 de enero de 1948, el 6 de octubre de 1964 y el 9 de diciembre de 1965, todas del Tribunal Supremo de España interpretaron como consensual el contrato de seguro. De igual forma la sentencia de 7 de noviembre de 1995 reafirma la continuidad de esta postura que descansa en el Artículo 5 de la Ley de Contrato de Seguro: "El contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito. El asegurador está obligado a entregar al tomador del seguro la póliza o, al menos, el documento de cobertura provisional. En las modalidades de seguro en que por disposiciones especiales no se exija la emisión de la póliza el asegurador estará obligado a entregar el documento que en ellas se establezca".

[43] Artículo 4, Ley Nº 17.418, de 1967, "El contrato de seguro es consensual; los derechos y obligaciones recíprocos del asegurador y asegurado, empiezan desde que se ha celebrado la convención, aun antes de emitirse la póliza."

[44] Artículo 11 "El contrato de seguro sólo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito."

[45] ZUNINO, J. O.: *Régimen de seguros, Ley 17.418*, Astrea, Buenos Aires, s/f., p.72

[46] HALPERIN, I.: *Seguros*, cit., p. 30.

[47] Art. 758 "El contrato de seguro se probará con la exhibición de la póliza o el billete de seguro, y a falta de este, por el documento comprobatorio del pago de la prima".

[48] TZIRULNIK, E./ QUERIOZ F. DE/ CAVALCANTI, B./ PIMENTEL, A.: *O contrato*, cit., p.42.

Es criterio que tal modificación legislativa corresponde, en gran medida, a la necesidad de regular el proceder de las aseguradoras, y defender al tomador-asegurado ante la mala práctica de un sector de las aseguradoras, en relación con la ejecución del contrato de seguro. Amparadas en el requisito de la solemnidad, el contrato se promovió como si fuera de carácter consensual, con lo cual, el amparo se daba desde el momento mismo en que se otorgaba el consentimiento sobre los aspectos esenciales del contrato, sin importar que posteriormente se suscribiera la póliza. Así las cosas, mientras transcurría un lapso importante que dependía de la agilidad administrativa de cada empresa (un mes más o menos), si no se presentaba el siniestro, la póliza era expedida con efecto retroactivo a la fecha de la manifestación del consentimiento. Pero si, antes de la expedición de la póliza o de su entrega, se presentaba un siniestro y se formulaba la reclamación correspondiente, la aseguradora objetaba el pago de la indemnización, bajo el argumento de que, al no estar cumplida la solemnidad, el contrato no existía y, en consecuencia, no comprometía su responsabilidad.

En Cuba se ha defendido en varias tribunas y publicaciones el carácter consensual, en base a interpretación del articulado del código civil, pero ocurre en la práctica y con relativa frecuencia, que no se realizan actos preparatorios, y que, generalmente, hasta que no se paga no se acepta por el asegurador la suscripción del contrato de seguro, amén de que en la práctica judicial, la póliza constituye el elemento principal de prueba, y si no se aporta, el tribunal deniega la demanda, Su importancia es enorme, lo que se demuestra en la centenaria Sentencia No. 4 del Tribunal Supremo de Justicia, del 14 de enero de 1908, que señala "Los contratos de seguro habrán de regirse por los pactos lícitos contenidos en la póliza, y solo a falta de aquellos, por las disposiciones del Código de Comercio; por lo que, no pueden aplicarse a esa clase de contratos los preceptos del citado Código, cuando el caso o cuestión a que se pretenda aplicarse, esté expresa y específicamente previsto en las cláusulas de la póliza[49]".

Debemos, y tenemos, que avanzar al criterio y práctica reconocida internacionalmente de la consensualidad del contrato de seguro, pero ello requiere el aporte y contribución de todos; el asegurado que exija el cumplimiento de la ley y lo pactado inicialmente, el asegurador que cumpla con lo dispuesto y su palabra empeñada, la doctrina y el aula con los análisis de cada problemática.

Díaz Bravo resume la controversia en dos interrogantes, "¿Acaso es vergonzante el admitir que nuestro contrato es, en realidad, formal, puesto que el documento es el único medio al que pueden acudir las partes para acreditar sus obligaciones y derechos, con exclusión de cualquier otro?". ¿Qué sentido tiene el seguir sosteniendo, así legal como doctrinalmente, la consensualidad del contrato de

[49] ALEMÁN Y FORTÚN, J.: *Jurisprudencia administrativa sobre seguros en dos apéndices: el I, contentivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el II de un índice de la legislación vigente en materia de seguros y fianzas*, Lex, La Habana, 1943, p. 293.

seguro si, por el contrario, doctrinal y legalmente imponemos, como única prueba de su demostración, la documental?" [50].

9. De adhesión.

Considerando aquel contrato en los que su contenido, las cláusulas del contrato, son obra de una sola de las partes, por lo que el contratante no tiene sino la facultad de firmarlo, de adherirse a lo ya redactado previamente, aunque hay supuestos en los que esto no sucede, pues son los tomadores de seguros de gran potencia económica los que las imponen, o al menos se desarrolla un proceso de negociación importante, como sucede en los seguros llamados grandes riesgos (por ejemplo: industriales, aéreos).

Benítez de Lugo declara como requisitos del contrato de adhesión que; la oferta tiene un carácter general y permanente, dirigida a una persona indeterminada y siendo mantenida por tiempo indeterminado o por cierto tiempo; la oferta emana de un contratante que tiene a su favor un monopolio de hecho y de derecho; el objeto del contrato es la prestación de un servicio privado, pero de utilidad pública, pretendido en todo el mundo, y que solamente una persona determinada puede proporcionar; la oferta aparece bajo la forma de un tipo impreso, con numerosas cláusulas o condiciones que no son susceptibles de rectificación y solo de aceptación en bloque por los adherentes particulares; el contrato de adhesión comprende una serie de cláusulas establecidas todas ellas en función del exclusivo interés del oferente; el adherente se encuentra en la presión de aceptar el contrato tipo que se le ofrece por la presión de una manifiesta necesidad; y que el contrato de adhesión solamente contiene declaraciones imperativas a favor del oferente, sin que cuente para nada la voluntad del aceptante.

Díez-Picazo y Gullón[51] la característica más importante de estos contratos "... es que no van precedidos de una posible discusión sobre su contenido, sino que sus cláusulas han de ser aceptadas o rechazadas. Es la contratación por medio de modelos preestablecidos, muy frecuente en la práctica bancaria, seguros, transportes, etc." Asimismo Pérez – Serrabona González, apunta que: "dentro de la contratación en masa, y como uno de los más típicos contratos de adhesión, se sitúa el contrato de seguro por cuanto no se puede entender su existencia si no es en base a condiciones generales, previamente redactadas"[52].

El DL 263 dispones que las aseguradoras no podrán incluir cláusulas, so pena de que

[50] DÍAZ BRAVO, A.: "¿Consensualidad o formalidad?", en AA.VV., *I Forum de Derecho de Seguros, "José Sollero Filho," Anais, Estudio de Derecho de seguros*, (coordinado por el Instituto Brasileño de Derecho de Seguros – IBDS), Max Limonad, Sao Paulo, 2001, p. 84.
[51] DÍEZ-PICAZO, L./ GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 1995, p. 439.
[52] PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.: *El Contrato*, cit., p. 326.

sean declaradas nulas por la Superintendencia de Seguros o por el tribunal, que modifiquen, unilateralmente, las condiciones de contratación consignadas en las pólizas de seguro o modifiquen la prima; subordinen la efectividad del pago o del servicio a la aceptación de otras prestaciones o servicios complementarios; ni que impongan condiciones discriminatorias o lesivas para el asegurado, aspecto este último novedoso en el país en el momento que se promulgó, pues que se adelantó a lo hoy dispuesto para todos los contratos en el Decreto Ley No. 304, "De la contratación económica"[53].

10. Intuitu personae.

El contrato de seguro es considerado *intuitu personae*, debido a que las condiciones personales del solicitante, tales como el grado de educación, formación, siniestros acaecidos con anterioridad (si los hay), cultura y tradiciones de la persona, resultan determinantes para que una aseguradora acepte una solicitud de seguro. Esto constituye un elemento decisivo en la formación del consentimiento, sin llegar a extremos de exigir condiciones irrelevantes en la manifestación de voluntad al contratar con el proponente.

Frente a algunas clases de seguros esta característica se desvanece, y llegan a imponerse restricciones tales como las que operan en los seguros obligatorios, en el que la compañía aseguradora no puede resistirse a contratar, así como en los seguros de viajes, donde no se analiza, generalmente, la persona que lo compra.

También desde el punto de vista del asegurado puede afirmarse que la calidad, nombre, reputación y respaldo de la aseguradora, constituyen un factor que toma en consideración el cliente al momento de contratar.

11. Canales de distribución.

Resultan escasos los canales de distribución del seguro en Cuba. Los más utilizados resultan los agentes y la venta directa por las aseguradoras, quedando relegados los corredores, y la banca. La mayoría de los agentes son personas naturales, con beneficios fiscales para favorecer la actividad, vendiendo seguros personales, auto y agropecuario, aunque en este último ocupa un lugar importante en su comercialización lasa Cooperativas de Crédito y Servicios como agentes para la comercialización ene l territorio donde operan sus socios, y el resto de los productores agropecuarios de la zona. La relación banca-seguro, de extrema data e gran importancia, en Cuba solo se encuentra aplicada en los seguros agropecuarios,

[53] Gaceta Oficial de la República, No. 62, Ordinaria, de 27 de diciembre de 2012.

y constituye un reto su inclusión en los seguros personales vinculado a los créditos personales.

La escasa penetración de acceso a internet conspira con la venta por tal vía. La venta de seguros telefónicamente o a través de Internet no son canales específicos de distribución, sino instrumentos a disposición de cualquiera de los canales antes mencionados. Internacionalmente se promueve una nueva modalidad financiera en internet: la Compra Asegurada. Al comprar un producto vía web, el consumidor puede contratar el seguro, que garantiza el pago de las cuotas contratadas en el caso de desempleo, muerte accidental o invalidez. Incluso, existen seguros que se venden por las compañías telefónicas, solo enviando en mensaje desde el celular, y esto no se vende en Cuba.

V. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

No existe uniformidad conceptual cuando los autores se refieren a los elementos del contrato de seguro.

Para Halperin constituyen elementos esenciales el interés asegurable, el riesgo y la prima, así como los demás elementos comunes al resto de los contratos, mientras Benítez de Lugo refiere de requisitos en lugar de elementos, y señala el consentimiento, los sujetos, el objeto (el riesgo) y el interés asegurable (causa).

Broseta Pont identifica como elementos a la causa (riesgo e interés), el objeto (conjunto de obligaciones), el consentimiento y los elementos personales y reales (sujetos y póliza), y Garrone y Castro Sammartino[54] señalan como elementos esenciales y necesarios en la definición del contrato de seguro; el interés asegurable, el riesgo, la prima y la prestación del asegurador.

Los franceses Picard y Besson[55] entienden que son elementos esenciales y necesarios al contrato de seguro; el interés asegurable, el riesgo, la prima y la prestación del asegurador. Contreras Strauch[56] defiende que son esenciales el riesgo, la obligación de indemnizar y la prima.

1. Elementos personales.

Una parte de la doctrina interpreta como sujetos al asegurador y al asegurado, mientras que otra mantiene al asegurador y al tomador.

[54] GARRONE, J. A./ CASTRO SAMMARTINO, M. E.: *Ley de seguros. Comentario y jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 18.
[55] PICARD/ BESSON : *Les Assurances Terrestres en Droit Francais*, LDGJ, París, 1950, p. 50.
[56] CONTRERAS STRAUCH, O.: "*El interés*, cit., p. 71.

Para Garrone y Castro Sammartino[57], son aquellas personas sobre las cuales recaen los derechos y obligaciones del contrato, el asegurador y el asegurado. Para otros[58], las partes del contrato de seguro son el asegurado y el tomador, quedando el asegurado, cuando no coincide con el tomador, y el beneficiario, como intervinientes, al igual que el resto de los sujetos.

El artículo 9 del DL 263 establece que son partes del contrato de seguro la entidad de seguros y el asegurado, como persona titular del interés asegurado y, por consiguiente, aquella cuyos bienes, persona y responsabilidades están expuestas al riesgo y que ejerce los derechos y responde por las obligaciones de la relación contractual constituida, declarando en artículo siguiente que el tomador y el asegurado pueden ser o no la misma persona. Entendemos atrevida esta declaración, pues no siempre el asegurado es parte del contrato, y no siempre asume obligaciones, pues ocurre que el tomador contrata y se obliga al pago de la prima y demás obligaciones, sin obviar que el asegurado dispone del bien asegurado y debe protegerlo.

2. Asegurador.

Asume la obligación fundamental del pago de la indemnización, si se producen los elementos contemplados en el contrato. Estará obligado al pago de la prestación, salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado.

El asegurador, no importa la clase de seguros a que se dedique, debe hallarse siempre en disposición de cubrir la totalidad de las obligaciones vencidas, con el importe de las primas percibidas[59].

3. Tomador.

En ocasiones llamado contratante, es la persona natural o jurídica que contrata el seguro con la entidad aseguradora y que responde del cumplimiento de los deberes y obligaciones que derivan del contrato de seguro. En ocasiones se refiere solo al tomador y en otras al tomador y el asegurado.

4. Asegurado.

[57] GARRONE, J. A./CASTRO SAMMARTINO, M. E.: *Ley de*, cit., p. 16.
[58] CARVAJAL-GARCÍA, M.: "Asociaciones de protección e indemnización", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, núm. 18, pp. 33-34.
[59] BARRENA, S. L.: *Seguros*, Sociedad Colombista Panamericana, La Habana, 1956, p. 50.

Persona natural o jurídica titular del interés asegurado y por consiguiente aquella cuyos bienes, personas y responsabilidades, están expuestas al riesgo y que ejerce los derechos y responde de las obligaciones y deberes de la relación constituida. Por lo común "contratante del asegurador y titular de todos los derechos, obligaciones y cargas de la relación aseguradora"[60]. Según el art. 9.2 del DL 263, es la persona titular del interés asegurado y, por consiguiente, aquella cuyos bienes, persona y responsabilidades están expuestos al riesgo y que ejerce los derechos y responde por las obligaciones de la relación contractual constituida;

Su obligación principal es la del pago de la prima acordada por el seguro contratado. Ahora bien, el asegurado puede quedar sometido por la figura del tomador, el cual actuará por cuenta propia (en caso de duda se presume que actúa siempre de esta forma) o por cuenta ajena, procediéndose al cumplimiento y deberes de la persona del asegurado, sin que implique ello que el asegurado no puede realizar o cumplir dichas obligaciones. El tomador, en cuanto que no identifique al asegurado, lo indicará mediante la fórmula de "por cuenta de quien corresponda". Una vez realizado el riesgo, el asegurado saldrá del anonimato para exigir el cumplimiento del contrato al asegurador que había pactado con el tomador.

5. Beneficiario.

Persona natural o jurídica que no es ni el tomador ni el asegurado, por tanto no es parte del contrato de seguro, pero es titular de los beneficios nacidos en virtud de dicho contrato, y recibe la indemnización a la que se obliga al asegurado en virtud del contrato.

Generalmente se utiliza para referirse a la persona perceptora de la indemnización distinta del asegurado, normalmente en los contratos de seguro de vida, pero que también puede existir en ciertos contratos como son los que sirven para asegurar que, en caso de fallecimiento del deudor, el acreedor puede ser remunerado. El nombramiento del beneficiario puede modificarse, aunque en el último supuesto indicado (para pago de deuda) tiene carácter irrevocable dicha designación.

Igual se utiliza para los seguros de cargas en operaciones de importación (CIF), en los seguros de bienes bajos esquemas de leasing y de otras operaciones bajo financiamiento bancario, donde se nombra a la institución financiera como beneficiario.

Alejada de la práctica cubana actual, no puede olvidarse que esta figura es la utilizada en los seguros de bienes en prenda o hipotecados, donde se nombra beneficiario al

[60] GARRONE, J. A./CASTRO SAMMARTINO, M. E.: *Ley de*, cit., p. 17.

acreedor.

6. Tercero asegurado o protegido.

En algunos seguros se extiende la cobertura de la póliza a otras personas que no son el asegurado ni el tomador. En los seguros de autos se ampara al Conductor, considerado como cualquier persona que, con la debida autorización del Asegurado o el Tomador, y con la suficiente habilitación legal, lo conduzca o tenga bajo su custodia o responsabilidad en el momento del siniestro. En tal caso, se extiende la Cobertura de Responsabilidad Civil, y la aseguradora, al sólo efecto de lo estipulado para la Responsabilidad Civil, considerará, como si fuera el Asegurado, o cualquier otra persona que con conocimiento y consentimiento de aquél, esté conduciendo el vehículo asegurado, siempre que dicho conductor observe, cumpla y se sujete a los términos y condiciones de la Póliza y aunque le brinda el mismo tratamiento del asegurado, no es tal.

7. Tercero perjudicado.

Persona totalmente ajena al contrato, recibe un daño por parte del asegurado, teniendo la posibilidad de reclamar a la aseguradora, hasta el límite de la póliza.

8. Mediador.

Ejercerá la actividad de mediación entre los tomadores del seguro y asegurados, de una parte, y las entidades aseguradoras autorizadas para ejercer la actividad aseguradora, de otra. Igualmente comprenderá aquellas actividades llevadas a cabo por quienes realicen la mediación que consistirá en la promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguro y la posterior asistencia al tomador del seguro al asegurado o al beneficiario del seguro.

Habrá de reunir los requisitos exigidos por la Ley. Los mediadores de seguros ofrecerán información veraz y suficiente en la promoción, oferta y suscripción de las pólizas de seguro y, en general, en toda su actividad de asesoramiento se clasifican en agentes de seguros y corredores de seguro, y pueden ser personas naturales o jurídicas.

9. Agente de seguros.

De larga data en nuestro mercado, en el siglo XIX operaban en la Habana agentes de compañías españolas, inglesas y norteamericanas. En un momento que se atacó la figura y se pretendió vender solo por medio de oficinas propias, en fecha tan lejana como 1913, Domínguez Roldán defendió la necesidad del agente de seguros para que las aseguradoras puedan vender, alertando del peligro de que sin agentes las aseguradoras no pueden seguir vendiendo, y comenta sobre compañías alemanas, "… que, confiando en su crédito y en sus prestigios, se aventuraron a probar fortuna con este procedimiento no tardaron en sentir los efectos de su equivocación lamentable, porque se inició un descenso de su producción, descenso que, acentuándose rápidamente, las redujo a una situación verdaderamente insostenible"[61].

El DL 177 en su artículo 2 d) define al agente de seguros como toda persona natural o jurídica que expresamente autorizada y vinculada a una aseguradora mediante un contrato de mandato oneroso (agencia), se dedique de forma habitual y permanente a servir de mediadora entre ésta y los posibles tomadores, conservando una cartera de seguros reconocida.

Con el proceso de nacionalización quedó reducida su utilización a lo mínimo, revitalizándose con la creación de la ESEN, que en la década del 80 tramitó su autorización y comenzó su utilización a gran escala, teniendo hoy una presencia significativa, concentrando la gestión y cobro de los seguros personales y de transporte terrestre, fundamentalmente.

10. Corredores de seguro.

Se define en el DL 177, artículo 2 c) que el corredor de seguros es toda persona natural o jurídica que expresamente autorizada y sin que medie contrato de mandato (agencia) con aseguradora alguna, se dedique de forma habitual y permanente a servir de mediadora entre éstas y los posibles tomadores, ofreciendo asesoramiento profesional imparcial a quienes demandan la cobertura de los riesgos a que se encuentran expuestos sus personas, patrimonio, intereses o responsabilidades, conservando una cartera de seguros reconocida.

Los corredores de seguros no mantienen relación o vinculación contractual con las aseguradoras que suponga afección de ningún tipo con ellas, lo que garantiza su total independencia y su total imparcialidad a la hora de seleccionar para sus clientes las opciones que consideren más adecuadas a sus necesidades.

[61] *Revista de Seguros*, 1913, núm. 23, p. 14.

Solo opera una compañía con esta licencia, ASISTUR, aunque en realidad solo vende seguros de las dos aseguradoras, todos diferentes y sin constituirse en un verdadero especialista asesor en la materia.

11. Auxiliares o Colaboradores.

Son entidades de servicios auxiliares del seguro las personas jurídicas expresamente autorizadas para prestar de forma habitual y permanente servicios de: inspección, tasación y ajuste de averías, cálculos actuariales, evaluación y prevención de riesgos, lo que se encuentra recogido en el art. 2 e) del DL 177.

Los peritos dictaminan sobre las causas del siniestro, la valoración de los daños y las demás circunstancias que influyen en la determinación de la indemnización derivada de un contrato de seguro y formulan la propuesta de importe líquido de la indemnización.

El DL 263 es restrictivo, pues hay que disponer de una licencia otorgada por la SSC para actuar como tal, y como en realidad las pocas existentes solo ofrecen servicios a personas jurídicas y no a las naturales, los asegurados personas naturales no pueden nombrar peritos y tasadores, quedando como opción rebatir los dictámenes presentados para proceder a la liquidación e indemnización.

VI. ELEMENTOS REALES.

1. El interés asegurable u objeto sobre el que recae el contrato de seguro.

Resulta el interés del asegurado en el bien objeto expuesto al riesgo, uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, la relación que vincula al asegurado con el objeto de los riesgos que se aseguran, interés que debe ser lícito, so pena de nulidad, y susceptible de valoración económico. Es la relación entre el asegurado y un bien, susceptible de sufrir un daño valorable.

Se relaciona con el principio indemnizatorio, por cuanto la aplicación del interés asegurable relaciona a que el seguro es un contrato de mera indemnización y no puede dar origen a que el asegurado obtenga de él ganancia alguna.

El interés debe ser subjetivo, pues está relacionado con persona concreta, que es la interesada en mantener integro el patrimonio, salvo en el caso del seguro por cuenta de quien corresponda, con la consiguiente autorización para la trasmisión automática del seguro al comprador de la cosa asegurada, cuando se permite al asegurador analizar al nuevo titular del interés y decidir si mantenerlo como

asegurado o no, y en caso negativo se otorga un plazo para que el asegurado obtenga la aprobación de otro asegurador, manteniendo la cobertura en el intervalo de cambio de asegurador.

En los seguros personales, aunque la noción del interés se desprende de la idea exclusiva del perjuicio económico concreto, no basta esta, pues se acepta el interés de tipo moral, en el sentido de una relación de afecto que interese la vida y no la muerte del asegurado, con el riesgo que entraña cuando se aceptan pólizas sobre la vida de personas sobre las cuales no se tienen vínculos económicos o de afecto, que encubre un juego o apuesta, lo que se prohibió expresamente mediante la *Gaming Act* de 1774 dictada por el Parlamento Inglés.

Mientras para algunas legislaciones[62] se considera el interés asegurable un elemento esencial para la validez o la fuerza ejecutoria de todo tipo de contratos de seguros, para otras[63], solamente se exige como elemento de validez en los seguros de daños. El interés asegurable está presente en todo tipo de seguro, pues sin ese elemento se transformaría en una apuesta, pero, aún siendo el interés un elemento común a todo contrato de seguro, donde ciertamente adquiere una significación particular, es en el seguro contra daños.

2. El riesgo.

Resulta elemento esencial del contrato de seguro, la "posibilidad de ocurrencia de un evento predeterminado capaz de lesionar el interés garantizado[64]", convirtiéndose en su causa, y consiste en el hecho de que, al tiempo de la celebración del contrato, es incierto para cada una de las partes si le reportará una pérdida o una ventaja que sea proporcionada al sacrificio patrimonial a soportar. Resulta la posibilidad prevista en la póliza de que suceda un acontecimiento o suceso futuro e incierto, imprevisto, que provoque un menoscabo al asegurado, o una necesidad económica[65].

La Sentencia No. 62 del Tribunal Supremo de Justicia, de 30 de junio de 1909, expone que "el riesgo es en el contrato de seguro la condición esencial, y en atención a la clase del mismo y a la mayor probabilidad o proximidad del suceso aciago, es que los contrayentes estipulan las condiciones fundamentales del contrato[66]". Ya más cerca de nosotros, el Tribunal Supremo Popular dictó que para el seguro de vida, "…el riesgo está, sobre todo, en tener que pagar la suma

[62] Reino Unido, Estados Unidos, Canadá (salvo la Provincia de Quebec), Australia, Sudáfrica, Nueva Zelandia, Chile, Uruguay, Brasil y Colombia, entre otros.
[63] Francia, Alemania, Italia, España, Argentina, Paraguay.
[64] TZIRULNIK, E./ QUERIOZ F. DE/ CAVALCANTI, B./ PIMENTEL, A.: *O Contrato*, cit. p. 36.
[65] En los contratos de seguros de vida, el menoscabo económico no se da para el asegurado, lo que no implica que no se geste una necesidad económica con su muerte.
[66] ALEMÁN Y FORTÚN, J.: *Jurisprudencia de*, cit., p. 295.

convenida antes de haber percibido el asegurador el número de primas necesario para cubrir la muerte prematura del asegurado[67]"

El riesgo debe ser posible, fortuito (si se verifica el suceso), natural, no provocado ni agravado por el asegurado y real, o sea, que el riesgo exista al celebrarse el contrato y que aún no suceda, que los eventos o sucesos sean asegurables, es decir, que se excluyan como riesgos. Existe una diferencia entre la incertidumbre individual y el riesgo, por cuanto la incertidumbre es un sentimiento humano, y el riesgo es el estado social objetivo.

Asimismo, debe ser determinado en cuanto a que debe precisarse en el contrato y no puede comprender todos los eventos dañosos a que esté sujeto el asegurado. Igualmente, debe ser temporal, por un plazo que se estipule en el contrato.

Es la sombra que sigue al cuerpo de toda actividad económica del hombre, trazando sus éxitos en su ausencia y su fracaso con su presencia, y que esta sombra solo puede ser eliminada por la institución del seguro. Es un elemento imprescindible para la formación de la tasa a ser aplicada para el cálculo de la prima.

La posibilidad de ocurrencia del riesgo es un estado de incertidumbre intermedio entre la posibilidad y la certeza, posible de graduar. El grado de posibilidad de su realización puede tener mayores o menores probabilidades de que se produzca. La incertidumbre del riesgo puede recaer, indistinta o conjuntamente, sobre si el mismo se va a realizar –*incertus an*-, sobre cuándo va a suceder –*incertus quando*- o sobre la intensidad de sus consecuencias –*incertus quantum*-. Para ser asegurado, se valora las condiciones de dispersión, probabilidad e intensidad.

La normativa cubana lo reconoce como la posibilidad, contemplada en el contrato de seguro, de que ocurra un determinado evento, un acontecimiento o suceso futuro e incierto, imprevisto, dañoso en la persona, en sus responsabilidades o en sus bienes.

3. El siniestro.

El siniestro es la posibilidad que se prevé en el contrato de que tenga lugar, en el futuro, un suceso dañoso que podría ser el robo, incendio, terremoto, la muerte, la enfermedad o accidente, la obligación de hacer un pago en el caso de responsabilidad civil, de contribuir en el reaseguro, o la indemnización que deba cubrirse en virtud de otros contratos de seguros, entre otros. El contrato será nulo si en el momento de la celebración el riesgo hubiera desaparecido o el siniestro se hubiere realizado.

[67] Sentencia No. 10, de 10 de marzo de 1978, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, juez ponente, Cisneros Ponteau.

4. La prima.

Es la prestación esencial del asegurado, el precio de la garantía recibida, "el precio del seguro" [68]. En los seguros mutuales el precio se llama "cotización". Se exige su entrega bien en forma única o bien periódicamente y con carácter anticipado. Como es lógico en este tipo de contratos, la falta de entrega de la misma da lugar a que el contrato quede en suspenso o que incluso pueda rescindirse. Sobre el tomador del seguro pesa la obligación de pago de la prima en las condiciones establecidas en la póliza, y que dicho precio representa un requisito básico en la conmutatividad del convenio, es algo que no puede dudarse.

La prima pura (estadística, neta, teórica o de riesgo) es el equivalente matemático del riesgo, mientras la prima comercial (bruta, cargada o de tarifa) comprende la prima pura más los gastos administrativos de la aseguradora en su actividad, los impuestos y ganancias. Es el precio que el asegurador debe pagar y comúnmente se le denomina "premio".

Están obligados a pagarla el asegurado, en los seguros por cuenta propia, y el tomador en los seguros por cuenta ajena.

La consensualidad del contrato de seguro hace que la prima se deba desde el momento de su celebración, aunque no sea exigible hasta la entrega de la póliza.

VII. ELEMENTOS FORMALES.

1. La póliza.

Resulta el documento escrito donde consta el contrato de seguro. En él se formaliza el contrato, y recogerá las condiciones del contrato de seguro con las indicaciones necesarias. Deberá ser redactada en español y, si el tomador del seguro lo solicita, en otro idioma. En la ley cubano no se obliga a constar en documento público (ante notario).

Por el principio de consensualidad, con el consentimiento de las partes a través del acuerdo, comienzan los efectos del contrato. La póliza emitida por el asegurador presupone el perfeccionamiento del contrato y constituye un acto de ejecución del mismo. Pueden ser emitidas al portador, a la orden o nominativamente. Es usual en el mercado cubano operar con las condiciones particulares, generales y especiales, definiciones que recoge el artículo 8, numerales 7, 8 y 9, del DL 263.

[68] GARRONE, J. A./M. E. CASTRO SAMMARTINO, M.: *Ley de*, cit., p. 52.

2. Condiciones particulares.

Recoge los datos identificativos del asegurado, el tomador, el asegurador, el interés asegurado, la suma o valor asegurado, los riesgos cubiertos o el acontecimiento a los que está subordinada la indemnización o la prestación, la prima a pagar por el asegurado, con expresión de la fecha y lugar de pago, el día y la hora de comienzo y terminación del contrato, así como los demás pactos lícitos que hubieren convenido los contratantes.

3. Condiciones generales.

Las Condiciones Generales reflejan el conjunto de normas básicas que establece el asegurador para regular todos los contratos de seguro que comercialice en la misma modalidad de cobertura.

En tales condiciones se establecen normas relativas a la extensión y objeto del seguro, cobertura, forma de liquidación de los siniestros, pago de indemnizaciones, pago de la prima, obligaciones de las partes, sumisión, subrogación, etc.

4. Condiciones especiales.

Su función es matizar o perfilar el contenido de algunas normas recogidas en las primeras. Como ejemplo, la supresión de algunas exclusiones y la inclusión de otras nuevas, así como la inclusión de nuevos riesgos.

VIII. Principales derechos, cargas y obligaciones de las partes del contrato de seguro.

La principal obligación del asegurado resulta pagar la prima, mientras que un ejemplo de carga, es denunciar el siniestro. En principio, salvo pacto contractual o legal, las cargas pueden ser cumplidas eficazmente por terceros, y pueden ser de información o de conducta, consistiendo en una acción u omisión. Las de información son declaraciones de conocimiento, de ejecución instantánea, a cumplirse en el domicilio del asegurador. Las cargas de conducta son acciones u omisiones, generalmente de acción continuada, que deberán cumplirse en el lugar de ubicación de la cosa o ene domicilio del sujeto sobre el cual recaen, según se trate,

respectivamente, de seguros de intereses o de personas.

El incumplimiento de las cargas produce la caducidad de los derechos, o la suspensión de cobertura. La caducidad es definitiva y solo alcanza al siniestro sobre el cual no se cumplió la carga, manteniendo la cobertura del resto de los restantes riesgos ya producidos o que se produzcan. La suspensión de cobertura es provisoria y alcanza a todos los siniestros que se produzcan antes de la rehabilitación.

El asegurado tiene la carga de mantener el estado del riesgo y denunciar la agravación que sufra el estado del riesgo declarado. La agravación puede ser por acción u omisión, y ser subjetiva o voluntaria, u objetiva o involuntaria.

1. El asegurado.

Las obligaciones legales del asegurado son:

Declarar sinceramente en la solicitud del seguro, sobre los hechos y circunstancias que puedan influir en la aseguradora para valorar el riesgo. En realidad llenar la solicitud del seguro es un deber precontractual, condición para el negocio, pues sin ello no es posible negociar el contrato, y ser veraz es una obligación. Queda en el marco de la incertidumbre hasta donde debe o tiene que conocer el contratante de los hechos y circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, pues no es un especialista en la materia, lo es el asegurador.

Pagar la prima, lo que constituye, inobjetablemente, la principal obligación de quien contrata el seguro, que la ley impone como obligación al asegurado, pero que en realidad corresponde al tomador. Utilizar la denominación "prima" tiene el inconveniente de que en las sociedades de seguros mutuos a la prima se le denomina "cotización" a la contraprestación monetaria, sociedad que no se encontraba en la visión del legislador, pero que nuestra legislación si recoge, aunque no se acogen hoy por la administración aprobar su creación. En tal sentido, se reconoce como *nomen iuris* de la obligación principal del asegurado el "premio" como genérico que incluye la prima y la cotización[69].

Se obliga de manera imperiosa al asegurado a prevenir y evitar el siniestro, cuando prevenir, como sinónimo de precaver, es tomar precauciones para evitar un daño, y como protegerse, es prepararse para una cosa con anticipación. Mientras, evitar es impedir que ocurra un suceso desagradable, por lo que el asegurado no siempre encuentra a su alcance cumplir tal obligación. Puede tomar precauciones, pero impedir es más complejo.

[69] STIGLITZ, R. S.: *Ley de seguros anotada y comentada*, Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 2.

Notificar a la aseguradora los cambios en el riesgo cubierto, para lo cual cuenta con cinco (5) días para comunicarlo, por escrito. En este caso, la duda de razonamiento queda en que quien tiene el conocimiento para definir si un cambio de circunstancia incidiría en no haber suscrito el contrato o hacerlo más gravoso solo queda en el campo de la aseguradora, no del asegurado. La entidad especializada, la aseguradora, es quien puede determinar si el cambio de circunstancias es significativo o no.

Notificar el siniestro y exigir su pago, en lo que confunde la ley las obligaciones con derechos, pues notificar es una obligación y exigir el pago es un derecho, donde no se dispone cual es la forma y plazo (expresión que realmente corresponde en lugar de término), para notificar, cuando tal plazo debe ser regulado por ley.

Probar la ocurrencia del siniestro, en lo que constituye otra de las definidas obligaciones clásicas del asegurado, pues la carga de la prueba le corresponde a este, considerando que es quien reclama y sustenta en un acontecimiento que le ha sucedido y del que solo él tiene conocimiento. De tal manera, se recoge de manera imperativa por la ley.

Se obliga el asegurado a adoptar las medidas necesarias para salvar, recobrar lo asegurado o para conservar sus restos, en lo que constituye una obligación excesiva, sin límites en su alcance, lo que supone un desequilibrio hacia el asegurado. Acertado resultara que los gastos ocasionados en el salvamente se incluyera en la indemnización, pues ello incitaría financieramente al asegurado a obrar como un buen padre de familia.

Garantizar a la aseguradora el ejercicio de su derecho de subrogación; por lo que en los seguros de responsabilidad civil el asegurado no podrá reconocer su responsabilidad ni celebrar acuerdos con el tercero perjudicado sin el consentimiento de la aseguradora y, de hacerlo, esta última quedará liberada de sus obligaciones, en lo que sucede una obligación encubierta. Asimismo, el asegurado debe (en realidad "tiene" que) prestar la colaboración necesaria ante la defensa asumida por la aseguradora frente a la reclamación del perjudicado.

Por último, sin desmérito de las que se pacten en la póliza, el asegurado debe entregar cualquier documento relacionado con el proceso, civil o penal, en que se le hubiera demandado o acusado.

2. La prestación del asegurador.

En los seguros de daños el asegurador debe indemnizar el daño hasta el límite de la suma asegurada. Para determinar el alcance de la indemnización, se aplica la regla

proporcional.

La suma asegurada tiene varias funciones en el contrato de seguro, es la "base del cálculo de la prima, límite de la prestación del asegurador y parámetro de la aplicación de la regla proporcional cuando corresponda[70]".

El daño se adecúa en correspondencia al valor del bien al momento del siniestro. Podrá ser venal si su destino era la comercialización, o de su uso si esa era su única función.

El valor venal, objetivo o de cambio, es el valor de mercado del bien, y "se fija según el precio de venta si el asegurado era el productor; según el valor de adquisición si era comerciante; y según el valor de las materias primas, más los gastos, si era fabricante[71]".

El valor de uso está dado por la suma necesaria para reemplazar o reconstruir el bien, menos la depreciación por antigüedad. El principio de la indemnización del daño de acuerdo al valor del bien a la época del siniestro puede variarse a la clausula de valor a nuevo, para lo cual se pacta la reconstrucción o reposición de la cosa.

En los seguros de daños, denunciado el siniestro, el asegurador debe pronunciarse sobre el derecho del asegurado, en un plazo que la mayoría de las legislaciones imponen en defensa del asegurado, lo que no aparece en la ley cubana. El vencimiento del plazo sin pronunciamiento implica aceptación del siniestro con la extensión denunciada.

La función ejercida por el liquidador requiere de un profesional idóneo, donde no es excusable el error de la aseguradora en la cuantificación de los daños y el consecuente encuadre contractual de sus obligaciones, pues debiendo contar con personal técnico especializado en la liquidación de siniestros, el mismo solo puede atribuirse a impericia o negligencia en el proceso de valuación de daños.

El informe no es vinculante, salvo conformidad de ambas partes. En caso de disconformidad con la determinación del daño realizada por el liquidador, suele emplearse una revaluación pericial, si está pactado entre las partes. En todo caso se trata de una técnica pericial o juicio de peritos. Cuando no se alcanza un acuerdo amigable, o no están previstos mecanismos de valuación pericial, la estimación del *quantum* de la prestación a realizar por la aseguradora debe ser determinada por autoridad judicial.

[70] GARRONE, J. A./ CASTRO SAMMARTINO, M. E.: *Ley de*, cit., p. 84.
[71] GUSTAVO, R.: *Manual de seguros*, Deparma, Buenos Aires, 1998, p. 98.

IX. EL REASEGURO.

Constituye la transferencia de una parte de los peligros o riesgos que un asegurador directo asume frente a los asegurados, mediante contratos o por disposiciones legales, a un segundo asegurador, el reasegurador, que no tiene relación contractual directa con el asegurado. Igual se entiende que es asegurar de nuevo un riesgo ya asegurado. Resulta un contrato independiente de la indemnización y no un contrato accesorio de garantía[72], le es extraño el asegurado y no constituye su objeto el interés asegurado en la póliza que le dio origen, sino el riesgo del asegurador directo, que se obliga a compartir, en interés del mismo, que es el que paga la responsabilidad que asume, con una parte proporcional de las primas convenidas o con una prima especial.

Permite la compensación estadística necesaria, igualando u homogenizando cuantitativamente los riesgos que componen su cartera de bienes asegurados, mediante la cesión de parte de tales riesgos a otras entidades, sirviendo para distribuir entre otros aseguradores los excesos de riesgos de mayor volumen y permitiendo al asegurador directo operar sobre una masa de riesgos aproximadamente iguales. Facilita la explotación masiva del negocio del seguro, permitiendo a la aseguradora, asumir riesgos por encima de su capacidad económico-financiera.

Según el artículo 3 del DL 177, las operaciones de reaseguros y de mediación en los reaseguros quedan igualmente bajo la jurisdicción del control de la SSC. A tenor del DL 263, como contrato de reaseguro se entiende que el reasegurador se obliga a indemnizar, dentro de los límites establecidos en el contrato, los daños y las pérdidas que afectaran el patrimonio del reasegurado como consecuencia del cumplimiento de la obligación asumida por este como entidad de seguros en un contrato de seguro, señalando que constituye un contrato independiente del contrato de seguro y no origina beneficio alguno para el asegurado, que solo tendrá acción directa frente a su entidad de seguros por el importe de la prestación a que tuviera derecho en virtud del contrato de seguro.

La aseguradora, cumplida su obligación con el asegurado, podrá repetir frente al reasegurador en virtud del contrato de reaseguro, y se encuentra obligada a comunicar a su reasegurador, si así se estableciera en el contrato de reaseguro, en la forma y el término que acuerden, de las alteraciones o modificaciones de los riesgos, de los valores asegurados y, en general, de cualesquiera otras condiciones del contrato de seguro.

[72] SÁNCHEZ ROCA, M.: *Curso de Legislación Mercantil. (El Código de Comercio)*, Editorial Lex, La Habana, 1959, p. 331.

BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN Y FORTÚN, J.: *Jurisprudencia administrativa sobre seguros en dos apéndices: el I, contentivo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el II de un índice de la legislación vigente en materia de seguros y fianzas*, Lex, La Habana, 1943.

BARRENA, S. L.: *Seguros*, Sociedad Colombista Panamericana, La Habana, 1956.

BARRERA TAPIAS, C. D.: *Los seguros y el derecho civil*, Colección profesores 2, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Publicaciones Pontificia Universidad Javeriana, 1991.

BATALLER GRAU, J.: *Curso de Derecho Privado*, 7ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.

BENÍTEZ DE LUGO REYNALDO, L.: *Tratado de seguros*, vol. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955.

BODES, N.: *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

CARVAJAL-GARCÍA, M.: "Asociaciones de protección e indemnización", *Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros*, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, núm. 18.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y floral*, sexta edición, revisada, Instituto editorial Reus, Madrid, 1944.

CONTRERAS STRAUCH, O.: "El interés asegurable. Su relevancia en el seguro", *Revista chilena de Derecho de Seguros*, año 8, 2006, núm. 16.

DÍAZ BRAVO, A.: "¿Consensualidad o formalidad?", en AA.VV., *I Forum de Derecho de Seguros, "José Sollero Filho," Anais, Estudio de Derecho de seguros*, (coordinado por el Instituto Brasileño de Derecho de Seguros – IBDS), Max Limonad, Sao Paulo, 2001.

DÍAZ BRAVO, A.: *Contratos mercantiles*, novena edición, IURE Editores, México, 2008.

DÍEZ-PICAZO, L. y A. GULLÓN.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 1995.

DONATI, A., *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Prívate*, Vol. II, Milano, 1952.

FERNÁNDEZ, R. L., *Código de Comercio Comentado*, t. II, Wolter, Buenos Aires, 1950.

GARRONE, J. A./ CASTRO SAMMARTINO, M. E.: *Ley de seguros. Comentario y jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

GUSTAVO, R.: *Manual de seguros*, Deparma, Buenos Aires, 1998.

HALPERIN, I./ MORANDI, J.C.F.: *Seguros, Exposición Crítica de las Leyes 17.418 y 20.091*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1983.

HALPERIN, I.: *Seguros*, t.1, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1986.

ILLESCAS, R.: "Principios fundamentales del Contrato de Seguro", *Revista Española de Seguros*, 2014, núm. 157.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, quinta edición, Instituto editorial Reus, Madrid, 1951.

MESSINEO, F.: *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. IV, Ejea, Buenos Aires, 1971.

MUÑOZ PAREDES, J. M.: *El coaseguro*, Civitas, S.A., Madrid, 1996.

OJEDA RODRÍGUEZ, N.: "Clasificación de los contratos", en Colectivo de autores, *Derecho de Contratos I, Teoría General del contrato*, Félix Varela, La Habana, 2003.

PÉREZ-SERRABONA, J. L.: *El Contrato de Seguro. Interpretación de las Condiciones Generales*, Comares, Granada, 1993.

PICARD/ BESSON: *Les Assurances Terrestres en Droit Francais*, LDGJ, París, 1950.

PONCE GÓMEZ, F./ CASTILLO, R. P.: *Nociones de Derecho Mercantil, Banca y Comercio*, reimpresión, México DF, 2004.

PUIG PEÑA, F.: *Tratado de derecho civil español*, t. IV, vol. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951.

RAPA ÁLVAREZ, V.: *Manual de Obligaciones y Contratos*, t. I, Universidad de la Habana, La Habana, 1991.

RAPA ÁLVAREZ, V.: *Manual de Obligaciones y Contratos*, t. II, segunda edición, Félix Varela, La Habana, 2003.

RIPERT/ G.-BOULANGER, J.: *Tratado de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 1964.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, vigesimosegunda edición, Porrúa, S.A., Méjico, DF, 1996.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, Madrid, 1994.

SÁNCHEZ ROCA, M.: *Curso de Legislación Mercantil. (El Código de Comercio)*, Editorial Lex, La Habana, 1959.

SEGURA Y CABRERA, A.: *El Contrato de seguro de vida*, La Universal, La Habana, 1898.

STIGLITZ, R. S.: *Ley de seguros anotada y comentada*, Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2011.

STIGLITZ, R.: *Derecho de Seguros*, tercera edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

TZIRULNIK, E./ QUERIOZ F. de/ CAVALCANTI, B./ PIMENTEL, A.: *O contrato de seguro de acordo com o novo código civil brasileiro*, 2º ed. revisada, actualizada y ampliada, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

ULHOA COELHO, F.: *Curso de direito comercial*, 7ª ed. revisada y actualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

URÍA, R.: *El Seguro Marítimo*, Bosch, Barcelona, 1940.

VIVANTE, C.: *Derecho Comercial*, t. 14, vol. I, núm. 10, Ediar, Buenos Aires, 1952.

ZUNINO, J. O.: *Régimen de seguros, Ley 17.418*, Astrea, Buenos Aires, s/f.

LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO EN ESPAÑA. REFORMAS RECIENTES Y TODAVÍA PENDIENTES*

INSURANCE CONTRACT LAW IN SPAIN. RECENT AND STILL-PENDING LEGAL REFORMS

PABLO GIRGADO PERANDONES
Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)
pablo.girgado@urv.cat

RESUMEN: *El régimen jurídico de los contratos de seguros, contenido en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, ha sufrido varias modificaciones puntuales en los más de 35 años desde su aprobación, siendo una de las más recientes la promovida por la Ley de Ordenación, Solvencia y Supervisión de Entidades Aseguradoras. El presente trabajo analiza el significado de estos últimos cambios en consonancia con otras propuestas previas.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho de seguros, Contrato de seguro, Reformas legales*

ABSTRACT: *The legal regime of insurance contracts has changed several times since its adoption in 1980 (Law 50/1980 of 8 October 1980). Recently, the new Supervision of Insurance Companies Act has also brought in legislative changes. This paper analyzes the meaning of this reform in line with previous proposals.*

KEY WORDS: *Insurance Law, Insurance contract, Law Reform and Reform Proposals.*

*Este se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2014-59182, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (España) y de las actividades del Grupo "Derecho de seguros" 2014 SGR 1518, reconocido por la AGAUR.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. INTENTOS DE REFORMA Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.- III. REFORMANDO LA PARTE GENERAL.- 1. Cuestiones generales.- 2. La distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo, limitativas de los derechos del asegurado y abusivas.- 3. Novedades en materia de obligaciones de las partes; 3.1. Respecto del tomador.- 3.1.1. De la obligación de informar previamente sobre el riesgo.- 3.1.2. De la comunicación de la agravación o disminución del riesgo.- 3.1.3. De la obligación de salvamento.- 3.2. Respecto del asegurador.- 3.2.1. El deber de diligencia.- 3.2.2. El cálculo de la indemnización.- 3.2.3. La mora del asegurador.- 3.3. Plazos de prórroga del contrato.- 3.4. El derecho a la indemnización de los acreedores hipotecarios, pignoraticios y privilegiados.- IV. LOS SEGUROS DE DAÑOS: PROPUESTAS DE CAMBIO.- 1. La subrogación del asegurador.- 2. Simplificaciones en el coaseguro.- 3. El debate en torno al seguro de responsabilidad civil.- V. LOS SEGUROS DE PERSONAS: REFORMAS Y REGULACIÓN DE NUEVAS FIGURAS.- 1. Cambio de paradigma en el seguro de vida: del seguro de vida para casos de muerte al seguro de vida para casos de supervivencia.- 2. Las nuevas inclusiones: seguros de decesos y seguros de dependencia.- VI. LOS MEDIADORES DE SEGUROS Y SU NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO.

I. INTRODUCCIÓN.

El Derecho de los seguros en España está siendo objeto, actualmente, de una amplia reforma que afecta a las diversas partes que lo integran[1]. Por un lado, la ordenación pública de la actividad aseguradora ha sido objeto de una profunda transformación impulsada por las Directivas comunitarias en la materia, destacando por su significado la Directiva denominada "Solvencia II"[2]. Resultado de ello es un nuevo

[1] Para un estudio multidisciplinar, v. los números monográficos de la Fundación de Estudios Financieros, coordinados por BLANCO-MORALES LIMONES, P.: *Estudio sobre el sector asegurador en España* (Madrid, 2010) y, en codirección con GUILLÉN ESTANY, M.: *Estudio sobre el sector asegurador en España 2010. Los aspectos cualitativos de Solvencia II* (Madrid, 2010) y *El sector asegurador ante las transformaciones del estado del bienestar* (Madrid, 2013).

[2] Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, sobre el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II) (versión refundida). Desde la perspectiva contractual y a nivel comunitario, conviene tener en cuenta el impulso armonización que ha supuesto, primero, la elaboración de unos Principios de Derecho Europeo del contrato de seguro (PEDCS), en paralelo con los Principios de Derecho Contractual Europeo (v. la traducción al español por BATALLER GRAU, J./ RODAS PAREDES, P. en *RES*, 133-134, 2008, pp. 143 ss.). Y, en segundo lugar, la configuración de un Marco Común de Referencia para la contratación de seguros, que sirva como modelo opcional y alternativo a los derechos de cada Estado miembro para quienes pretendan concluir un seguro que eluda las dificultades inherentes a la contratación transfronteriza. Al respecto, en detalle, v. QUINTÁNS EIRAS, M. R.: "El contrato de seguro en el proyecto de armonización del derecho contractual europeo", *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 293 ss.; BASEDOW, J.: "¿Hacia una regulación europea del contrato de seguro?" en BATALLER GRAU, J./ QUINTÁNS EIRAS, M. R./ VEIGA COPO, A. B.: *La reforma del Derecho del seguro*, Cizur Menor, 2015, pp. 33 ss.

texto legislativo, la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (en adelante, LOSSEAR)[3]. Por otro lado, el régimen jurídico de los mediadores de seguros –tradicionalmente, caracterizados como corredores y agentes de seguros- aún está pendiente de armonizar la hasta ahora vigente Ley 26/2006, de 17 de julio, de Mediación de Seguros y Reaseguros Privados (LMSRP) a la recientemente aprobada Directiva comunitaria, que ha sustituido su anterior denominación por la más amplia de Distribución de Seguros[4]. Como se puede deducir de este nuevo título el régimen jurídico ensancha su ámbito subjetivo de aplicación, de los mediadores de seguros a cualquier operador económico que distribuya seguros en el mercado español y europeo[5].

La tercera pieza del entramado jurídico se corresponde con el régimen del contrato de seguro. El texto actualmente vigente –Ley 50/1980, de 8 de octubre, en adelante LCS- continúa vigente, entre otros motivos, por la calidad contrastada de su redacción, criterio unánimemente reconocido en nuestra doctrina[6]. No obstante, ello no implica que no haya habido intentos de reforma, de mayor o menor alcance. En la actualidad, el proceso de reforma parece más bien orientado a la reforma de algunos preceptos específicos y a la atención de algunas nuevas –y no tan nuevas- modalidades de seguros[7].

A este tercer bloque –el contractual- se dedica el presente artículo, sin menoscabo de las referencias puntuales que se puedan realizar a los otros apartados dada la clara conectividad entre ellos.

---

[3] Además, téngase en cuenta el Reglamento de desarrollo (R.D. 1060/2015, de 20 de noviembre). Sobre la citada regulación, recientemente, BATALLER, J./ PEÑAS, M. J. (Dirs.): *III Congreso nacional de ordenación, solvencia y supervisión en seguros privados. II Congreso internacional de Derecho de seguros*, Valencia, 2016, que se corresponde al citado Congreso celebrado en Valladolid los días 17 y 18 de noviembre del mismo año.

[4] Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo y del Consejo de 20 de enero de 2016 sobre la distribución de seguros (DOUE, L-26, de 2 de febrero de 2016, pp. 19 ss.), en adelante DDS-UE.

[5] Sobre el tema, v. QUINTÁNS EIRAS, M. R. (Dir.): *Estudios sobre mediación de seguros privados*, Cizur Menor, 2013.

[6] Para un análisis en detalle de la LCS, v. como obra de referencia imprescindible SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed., Cizur Menor, 2010. Como es reconocido en la doctrina, la citada Ley desempeña la función de norma general en la contratación de seguros, existiendo regulación especial en determinados ámbitos (TIRADO SUÁREZ, F. J.: "El seguro", cit., p. 37). Así, en el ámbito marítimo, y tras la derogación de su régimen previsto en el Libro III del Código de Comercio, los seguros se disciplinan en la reciente Ley 14/2014, de 24 de julio de Navegación Marítima (en adelante, LNM); y en el aéreo, el régimen de los seguros se contempla en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea. Por otro lado, también cabe destacar por su indudable importancia en el tráfico rodado y su numerosa casuística judicial, el R.D. Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (en adelante, LRCSCVM).

[7] Como se puede observar en las modificaciones introducidas en la LOSSEAR, que analizamos en los siguientes epígrafes.

II. INTENTOS DE REFORMA Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.

Como se acaba de señalar, en los últimos años la normativa contractual ha sufrido diversos intentos de reforma, entre los que cabe destacar, por un lado, el Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro de 2011[8] y, por otro, su incorporación como Título VIII en el Libro Quinto -"De los contratos mercantiles en particular"- del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil[9]. Ambos intentos han terminado en fracaso, pero no debe minusvalorarse su importancia y utilidad como "documento de referencia" para algunas reformas puntuales que se han producido últimamente. En concreto, nos referimos a los cambios introducidos en las disposiciones adicionales de la LOSSEAR, sobre los que volveremos más adelante. El primero de ellos –ALCS de 2011- fue objeto de serias críticas, lo que condujo a su abandono en paralelo con el cambio de signo político del gobierno[10]. En cuanto al segundo, aunque la elaboración de un nuevo Código mercantil se ha visto encallada en el Consejo de Estado[11], sin embargo, sí ha servido, como acabamos de señalar, para llevar a cabo ciertas modificaciones puntuales en la LCS vigente. Respecto de esta segunda iniciativa codificadora, cabe recordar su continuidad con la normativa actual en el mantenimiento de su naturaleza "inequívocamente" mercantil, en su contenido, en la concepción unitaria del contrato de seguro y en la sistemática, conservando la estructura de unas disposiciones generales para todos los contratos

[8] En adelante ALCS-2011, cuyo último borrador data de 30 de junio de 2011. El objetivo inicial se sustanciaba en una amplia reforma que condujera a una nueva LCS, iniciando los Ministerios de Justicia y de Economía y Hacienda un proceso de reflexión en el año 2005, concluido un año después con la aprobación de unas bases para la reforma, que sirvieron como eje para la propuesta de nueva LCS por la Comisión General de Codificación. No obstante, y a pesar del tiempo trascurrido, la iniciativa no llegó a término por la fuerte contestación en algunos de los sectores afectados, especialmente el de las entidades aseguradoras, por cuestiones tan espinosas como el de la generalización del régimen de la oferta motivada presente únicamente en los seguros obligatorios de automóvil. Sobre este último punto, v. críticamente MAYOR CIVIT, J. M.: "La reforma de la ley del contrato de seguro. Una visión general" en GIRGADO PERANDONES, P. (dir.): *El régimen jurídico de los seguros terrestres y marítimos y su reforma legislativa*, Granada, 2012, pp. 25 ss.

[9] La versión que hemos manejado está cerrada a fecha de 30 de mayo de 2014. Se puede consultar en la siguiente página web http://transparencia.gob.es. Al respecto, v. TAPIA HERMIDA, A.: "Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la Propuesta de Código Mercantil", *RDM* , núm. 292, 2014, pp. 23 ss.; MUÑOZ PAREDES, M. L.: "El contrato de seguro en la Propuesta de Código Mercantil", *RES*, núm. 155, 2013, pp. 337 ss.; VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: "Aspectos fundamentales de la reforma del Anteproyecto de Código Mercantil sobre la regulación del contrato de seguro", *RDM*, núm. 297, 2015, pp. 15 ss.; y de la misma autora, "Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro", *RES*, núm. 152, 2012, pp. 293 ss.

[10] Para un análisis pormenorizado del citado ALCS, v. los siguientes trabajos: el número monográfico dedicado en la *Revista Española de Seguros* (en adelante, *RES*), núms. 143-144, 2010; BATALLER GRAU, J.: "La reforma de la Ley de contrato de seguro", *RDM*, núm. 279, 2011, pp. 203 ss.; GIRGADO PERANDONES, P. (dir.): *El régimen jurídico*, cit.

[11] Críticamente, v. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "El nuevo Código mercantil", *RES*, nº 163-164, 2015, pp. 297 ss.

de seguros y unas específicas para los seguros de daños y otras para los de personas[12].

De ambos proyectos se puso de manifiesto su carácter continuista –especialmente el ACM- con la regulación de la LCS, sin menoscabo de algunas novedades destacadas[13]. En tal sentido, a pesar de lamentarse algunas cuestiones no atendidas en su elaboración, se subraya, además, la importancia de la prudencia en las modificaciones de materias tan sensibles como la correspondiente a la actividad aseguradora[14].

Antes de abordar la reciente reforma legislativa y las propuestas existentes, parece oportuno recordar la continuidad en los principios sobre los que gravita el contrato de seguro. Así, es común a todos los contratos de seguro su carácter consensual, bilateral, recíproco, aleatorio, oneroso, de máxima buena fe; de igual modo, cabe añadir otras notas, de concurrencia habitual a dicha figura contractual, como su carácter de contrato de adhesión y de tracto sucesivo[15].

III. REFORMANDO LA PARTE GENERAL.

1. Cuestiones generales.

Una de las primeras cuestiones que se debe poner de relieve es el reconocimiento del carácter consensual del contrato de seguro. Al igual que en la normativa vigente, la naturaleza consensual del contrato de seguro está destacada en los proyectos de reforma (cfr. arts. 581-1 y 581-5 ACM)[16]. En relación con ello, uno de los puntos en

[12] Esta división clásica ha sido objeto de crítica en la doctrina; entre muchos, v. MUÑOZ PAREDES, J. M.: "Presentación", *RES*, p. 436; y BATALLER GRAU, J.: "Los seguros de personas", cit., pp. 509-510; MUÑOZ PAREDES, M. L.: "El contrato de seguro", cit., p. 340.

[13] MUÑOZ PAREDES, M. L.: "El contrato de seguro", cit., p. 340; VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: "Reflexiones", cit., pp. 297 ss.

[14] Actitud del ACM que es calificada de "prudente" en la doctrina (TAPIA HERMIDA, A. J.: "Los contratos de seguro", cit., p. 25. Apostando por una atención a los "temas más conflictivos y litigiosos", v. TIRADO SUÁREZ, F. J.: "El seguro", cit., p. 38.

[15] V. ILLESCAS, R.: "Rasgos característicos del contrato de seguro en el futuro Código Mercantil", *RES*, núm. 163-164, 2015, pp. 319 ss. El autor señala como tales los siguientes principios: "aleatoriedad gestionada", "muy buena fe", "tutela del contratante débil" e "indemnizatorio del interés asegurado". Igualmente, resalta que el contrato se caracteriza por su "bilateralidad", "onerosidad", "mercantilidad", "consensualidad creciente" y "electronificación creciente". VEIGA COPO, A. B.: *Tratado*, cit., pp. 142 ss., apunta los de "aleatoriedad", "consensualidad", "bilateralidad", "onerosidad", "tracto sucesivo", "contrato de adhesión", "uberrimae bonae fidei".

[16] Recientemente, GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: "Formación, perfeccionamiento y eficacia del contrato de seguro, en el Anteproyecto de Código Mercantil", *RES*, núm. 163-164, 2015, p. 375-393. No obstante, en sentido contrario, TIRADO SUÁREZ, F. J.: "El seguro" en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J./ DÍAZ MORENO, A.: *Derecho mercantil. Volumen 9º. Los contratos de seguro*, 2ª ed., 2013, p. 51, siendo favorable a su formalidad a partir de una interpretación literal del art. 5 LCS.

los que las diversas propuestas pretende incidir se corresponde con la creciente contratación electrónica en el mercado de seguros. Y no sólo desde el punto de vista nacional sino también europeo, en aras a facilitar la articulación de un mercado europeo e interior de seguros[17]. Además, en este ámbito y con la difusión imparable de las nuevas tecnologías en los consumidores de seguros, han surgido nuevos operadores económicos, que han suscitado una cierta discusión sobre el régimen que les sea aplicable, especialmente entre los operadores tradicionales. Así, cabe poner de manifiesto el caso paradigmático de los comparadores de seguros, en los que, por la brevedad del trabajo no podemos detenernos[18].

No obstante su naturaleza consensual, la póliza de seguros cumple un papel muy relevante como instrumento probatorio[19]. Así, se pone de manifiesto en relación con la exigencia de identificar en la póliza cuál es el riesgo objeto de cobertura (art. 8, punto 3º LCS), objeto de reciente reforma (D.F. 1.1 LOSSEAR).

Por otro lado, y sin menoscabo del carácter imperativo de la normativa de seguros, elemento esencial y característico del régimen jurídico en los seguros terrestres[20], no se ha dejado de prestar atención a los llamados seguros de grandes riesgos. Si bien por su denominación parece referirse únicamente a los supuestos en los que el riesgo asumido representa una elevada cuantía, su categorización se fundamenta en

[17] Sobre la contratación electrónica de seguros, v. ILLESCAS ORTIZ, R.: "El comercio electrónico y su proyección en el seguro y reaseguro visión internacional", *RES*, núm. 111, 2002, pp. 385 ss. Recientemente, GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: "Formación", cit., pp. 428 ss.; MAS BADIA, M. D.: "La contratación del seguro en Internet" en BATALLER GRAU, J./ QUINTÁNS EIRAS, M. R./ VEIGA COPO, A. B.: *La reforma*, cit., pp. 179 ss.

[18] Más en detalle, LÓPEZ-BUSTABAD, J.: "Los comparadores de seguros ¿verdaderos mediadores o meros informadores?" en BATALLER GRAU, J./ QUINTÁNS-EIRAS, M. R./ VEIGA COPO, A. B. (Dirs.): *La reforma del Derecho del seguro*, cit., pp. 717 ss.; SÁNCHEZ SANTIAGO, J./ CID BLASCO, T., "La Propuesta de directiva de mediación de seguros y sus aspectos más controvertidos" en QUINTÁNS EIRAS, R. (Dir.), "Estudios sobre Mediación de seguros privados", cit.. pp. 169 ss.

[19] V. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Art. 5 LCS", cit., pp. 165 ss. Entre muchas, v. las SSTS 7 mayo 2009 (RAJ 2009, 2915), 27 marzo 2012 (RAJ 2012, 5584), 27 junio 2013 (RAJ 2013, 4985). Su contratación electrónica también exige tal documentación, que, con idénticos efectos, se puede sustanciar por tal vía (cfr. art. 23.3 Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico). Sobre el tema, v. ILLESCAS ORTIZ, R.: "El contrato de seguro y su oferta, perfección y prueba electrónica tras la ley 34/2003", *Revista de la contratación electrónica*, núm. 51, 2004, pp. 3 ss.

[20] Como es sabido, tanto los seguros marítimos como aéreos se caracterizan por su régimen dispositivo, sin menoscabo de sus excepciones legalmente previstas (v. GIRGADO PERANDONES, P.: "Contrato de seguro marítimo: disposiciones generales y disposiciones comunes a los distintos tipos de seguro marítimo" en EMPARANZA SOBEJANO, A./ MARTÍN OSANTE, J. M.: *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, 2015, pp. 629 ss.). La imperatividad se fundamenta en la protección jurídica que el legislador despliega a favor del asegurado, motivada por su papel como contratante débil. Sobre el tema, v. EMBID IRUJO, J. M.: "Aspectos institucionales y contractuales de la tutela del asegurado en el Derecho español", *RES*, núm. 91, 1997, pp. 7 ss. La protección de los asegurados como "principio informador de la LCS, v. CALZADA CONDE, M. A.: "La protección del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro" en BATALLER GRAU, J./ VEIGA COPO, A. B. (Dirs.): *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Madrid, 2014, p. 116.

la equivalencia –al menos, formal- entre las posiciones bilaterales de cada parte en el contrato, que permite reconocer un equilibrio en el poder negociador. La consecuencia en tales seguros se sustancia en la superación del carácter imperativo de la normativa y el reconocimiento de una plena autonomía privada en la elaboración del contrato de seguro. No obstante, conviene no olvidar que la voluntad negocial no puede implicar, en modo alguno, la alteración de principios esenciales del contrato de seguro.

Fruto de este interés es la reforma contemplada en la LOSSEAR (Disp. Derogatoria 2.a), conforme a la cual se traslada su conceptuación de la normativa contractual (antiguo art. 107.2 LCS) a la ordenadora de la actividad aseguradora (art. 11 LOSSEAR)[21]. Su nueva redacción no supone, sin embargo, cambios relevantes con respecto a su delimitación precedente, sino que el mérito reside en esta mejor ubicación en otra sede legislativa. Como es sabido, los seguros de grandes riesgos –al igual que los contratos de reaseguros- no están sometidos al mandato de imperatividad que recoge el art. 2 LCS para toda su normativa[22].

Un fenómeno similar –e igualmente justificado[23]- de desplazamiento regulatorio de la legislación contractual a la reciente ordenadora de la actividad aseguradora tiene lugar en dos puntos específicos: el art. 33.a -relativo al coaseguro comunitario- y el art. 75 que determina la obligatoriedad de concluir un seguro de RC en determinadas ocasiones (v. la Disp. Derogatoria a/ LOSSEAR). Respecto del coaseguro comunitario, aparte de la noción (art. 12), la LOSSEAR le dedica el capítulo IX del título II –correspondiente al acceso a la actividad aseguradora y reaseguradora-, en el que se reconoce su condición de seguro de grandes riesgos (art. 103) y, a continuación, establece una serie de provisiones específicas que debe de cumplir la entidad aseguradora española que se dedique a dicha actividad (art. 104).

En cambio, respecto al coaseguro, no se incorporan otras novedades presentes en el ACM (art. 582-9) y de las que sí se dan cumplida cuenta en el régimen dedicado a los seguros marítimos en la nueva LNM (en concreto, en su art. 416)[24]. Entre ellas, cabe destacar, por un lado, la mayor precisión técnica en la delimitación de su noción y, por otro, la falta de una clarificación equivalente de cuál sea el papel del

[21] Cuestión ya prevista en el ACM (v. art. 581-2, letra c).

[22] Sobre la cuestión, v. nuestro trabajo "Límites a la autonomía privada en los seguros de grandes riesgos, con especial atención a los seguros de transporte" en FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. *et al.* (Dirs.), *Liber amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, 2012, pp. 277 ss.

[23] Como ya reclamara, respecto del coaseguro comunitario, MUÑOZ PAREDES, J. M.: "Capítulo V. Coaseguro", *RES*, núms. 143-144, 2010, pp. 647-648. Del mismo autor, en detalle, v. *El coaseguro*, Madrid, 1996.

[24] V. nuestro trabajo "Contrato de seguro marítimo…", cit., p. 636. En el caso de la navegación marítima, la dificultad interpretativa era sustancialmente mayor a la vista de la redacción prevista en el Código de comercio.

abridor del coaseguro[25], que permita superar los inconvenientes interpretativos que la regulación vigente pueda suscitar.

Por otro lado, también acontece dicho traslado respecto de la obligatoriedad de contratar determinados seguros de responsabilidad civil (en adelante, RC) cuando así lo disponga el Gobierno. Antes se recogía en el art. 75 LCS y ahora se menciona en la D.A. 2ª LOSSEAR.

2. La distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo, limitativas de los derechos del asegurado y abusivas.

El régimen de las condiciones generales en el contrato de seguro desempeña un papel clave en la protección del asegurado[26]. Las propuestas normativas han prestado atención a esta materia con el fin de dotarla de claridad y sencillez y hacer frente a una muy abundante jurisprudencia, a veces, contradictoria[27]. El régimen

[25] Art. 582-9.2 ACM: "El asegurador que actúe como abridor del coaseguro estará legitimado, salvo pacto en contrario, tanto activa como pasivamente, judicial y extrajudicialmente, para la gestión del contrato y para adoptar cualquier decisión frente al asegurado en orden al siniestro y su liquidación, así como para efectuar las reclamaciones contra terceros responsables del daño o hacer frente a la de los terceros perjudicados en los seguros de responsabilidad civil, sin que tal actuación suponga solidaridad alguna entre los coaseguradores. Queda a salvo la responsabilidad del abridor frente a los coaseguradores en el supuesto de abuso de facultades".

[26] TAPIA HERMIDA, A.: "Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro", *RES*, núm. 155, 2013, pp. 313; CALZADA CONDE, M. A.: "La protección", cit., pp. 117 ss. La distinción entre cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado está en el centro de la polémica, puesto que las primeras no se someten al control exigido a las segundas (art. 3 LCS). Además, no queda suficientemente claro cuál es el mecanismo de control de estas últimas. Como indica PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transferencia en el contrato de seguro", *RES*, núms. 123-124, 2005, pp. 529-530. El autor propone, por un lado, prescindir de tal distinción y, por otro, privar de eficacia a aquellas cláusulas que, contrariamente al principio de transparencia, alteren de manera velada el equilibrio entre el riesgo asegurado y la prima pactada entre las partes. Dicho principio de transparencia se aplicaría tanto en la fase de control de incorporación al contrato de las condiciones generales como en la fase correspondiente a su interpretación y al control de su contenido (*ibidem*).

Por otro lado, conviene tener en cuenta la concepción amplia del "asegurado" – que, en determinadas ocasiones, será el beneficiario, el tercero perjudicado o sus causahabientes o también el propio tomador- cuando, al afirmarse la imperatividad de la norma en el art. 2 LCS, se expresa que: "[N]o obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado". Al respecto, v. TIRADO SUÁREZ, F. J.: "El seguro", cit., p. 41.

[27] La jurisprudencia es muy abundante en este punto; por ello, cabe analizar el exhaustivo análisis de LATORRE CHINER, N.: "Art. 3 Condiciones generales y particulares" en BATALLER GRAU, J./ BOQUERA MATARREDONA, J./ OLAVARRÍA IGLESIA, J.: *El contrato de seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)*, Valencia, 2013, pp. 45 ss.

actualmente vigente[28] es uno de las cuestiones objeto de atención en los diversos intentos de reforma objeto de nuestro análisis.

La propuesta normativa sobre las condiciones en el contrato de seguro contemplada en el ALCS suscitó numerosas críticas en la doctrina[29]. No obstante, también recibió valoraciones positivas, resaltando sus intentos de mejora de la normativa hasta entonces vigente[30].

A continuación, la propuesta articulada en el ACM persigue simplificar su tratamiento específico en sede de seguros y facilitar su remisión al régimen general sea o no un consumidor de seguros, en concreto a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (aprobada como Texto Refundido por el R. D. Lgvo 1/2007, de 16 de noviembre, en adelante LGDCU) y a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) (art. 581-3.2 ACM)[31].

A través de este mecanismo remisorio, se pretende, además de la mencionada simplificación legislativa, evitar la confusión que ha generado la distinción entre cláusulas lesivas y limitativas de los derechos del asegurado y las delimitadoras del riesgo. En tal caso, como es sabido, concurre una muy abundante jurisprudencia que tampoco ha ayudado a aclarar las dudas tan frecuentemente planteadas. Así, se

[28] El precepto clave, como es bien sabido, es el art. 3 LCS, que señala lo siguiente:
"Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.
Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.
Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas".
[29] MAYOR CIVIT, J. M.: "La reforma", cit., pp. 7 ss.; VEIGA COPO, A. B.: "Artículo 4. Condiciones del contrato de seguro", *RES*, núm. 143-144, 2010, pp. 495 ss.; BATALLER GRAU, J.: "La reforma", cit., pp. 213 ss.; TAPIA HERMIDA, A. J.: "Condiciones generales", cit., pp. 318 ss.
[30] En concreto, VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: "Reflexiones", cit., pp. 299-300; CALZADA CONDE, M. A.: "La protección", cit., p. 119.
[31] Tal remisión ya se indicaba en el ALCS (art. 4.2). Sobre el tratamiento de las condiciones en el ACM, v. los trabajos de ISERN SALVAT, M. R.: "Las condiciones generales del contrato de seguro", *RDM*, núm. 292, 2014, pp. 457 ss., quien se muestra crítica con la remisión normativa (*ibidem*, p. 471); TAPIA HERMIDA, A.: "Condiciones generales", pp. 311 ss.; del mismo autor, "Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la "Propuesta de Código Mercantil", *RDM* , núm., 292, 2014, pp. 27-28; MIRANDA SERRANO, L. M./ PAGADOR LÓPEZ, J.: "La regulación de las condiciones del contrato de seguro en el Anteproyecto de Código Mercantil", *RES*, núm. 163-164, 2015, pp. 331 ss.

afirma que nos encontramos ante uno de los temas claves y con una muy abundante presencia en los tribunales que requiere de un tratamiento específico en cada caso.

La normativa española –art. 3 LCS- exige que las cláusulas limitativas estén especialmente resaltadas y aceptadas por escrito[32]. En la propuesta de reforma (art. 581-3.4, 1º párr. ACM), no obstante, no se exige este mecanismo de doble firma, cuestión que es objeto de debate por las implicaciones que de tal exclusión se puedan derivar, si bien se suele poner el acento en el escaso interés del tomador por saber lo que realmente está firmando y en la necesidad de establecer otros mecanismos tuitivos que puedan resultar de mayor utilidad[33].

No es tarea sencilla deslindar entre las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y las delimitadoras del riesgo objeto de cobertura[34]. Con el fin de superar esta dificultad, algunos autores se ha mostrado favorable a una concepción amplia de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. De tal modo, tal calificativo no quedaría circunscrito en exclusiva a la limitación del riesgo objeto de cobertura, sino que extendería su ámbito de aplicación a la propia formalización del contrato y a los intentos de suprimir o restringir cualquiera de los derechos incardinados en la autonomía privada de las partes[35]. En cambio, quedarían al margen aquellas otras cláusulas que se incorporan al contrato y cumplen la función esencial de delimitar y concretar cuál es el riesgo objeto de cobertura perseguido por las partes[36].

Una peculiaridad de la propuesta del ACM es el reconocimiento de aceptación por el tomador de aquellas cláusulas, incluidas las limitativas, si, trascurridos dos meses desde el pago de la prima, el tomador no ha mostrado su voluntad de resolver el contrato (art. 581-3.4, 2º párr. ACM). Tal supuesto de aceptación de la cláusula –que no de perfección del contrato- por silencio del tomador tiene su fundamento en la ausencia de devolución de los ejemplares firmados por el tomador, cuando se les envía por correo electrónico, o en los costes derivados de la conservación de tal documentación para la entidad aseguradora. No obstante, es objeto de una crítica que compartimos, ya que, por un lado, la medida resolutoria del contrato es excesiva

[32] V. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Art. 3 LCS", cit., pp. 138-139.

[33] Se muestra favorable, ISERN SALVAT, M. R.: "Las condiciones generales", cit., p. 469.

[34] La delimitación entre ambas cláusulas no es tarea fácil, como se reconoce de la abundante jurisprudencia que ha generado y también por la doctrina (MUÑOZ PAREDES, M. L.: "El contrato", cit., p. 343, nota 15). Sobre la cuestión, más en detalle, ISERN SALVAT, M. R.: "Las condiciones generales", cit., pp. 462 ss. Entre la pluralidad de decisiones judiciales que se han adoptado en la materia, cabe destacar las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000, de 11 de septiembre de 2006, de 18 de octubre de 2007, de 13 de noviembre de 2008, de 7 de mayo y 12 de noviembre de 2009, de 20 de julio de 2011, de 5 de marzo y de 9 y de 19 de julio de 2012.

[35] ISERN SALVAT, M. R.: "Las condiciones generales", cit., p. 463. De tal modo, añade la autora, entre las cláusulas limitativas, se comprenden las "… de exclusión, o reducción de la cobertura o del riesgo, las de establecimiento de un período de carencia, la exclusión del pago de una indemnización siempre que pueda repararse o reemplazarse el objeto siniestrado, entre otras".

[36] V. las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006 y de 27 de junio de 2013.

cuando sólo se pretende rescindir determinada cláusula, y, por otro, la posición privilegiada en la que queda el asegurador ante una cláusula difícilmente justificable.

La reforma propuesta en el ACM establece, en primer lugar, la exigencia de contener en la póliza las condiciones, tanto generales como especiales y particulares, aplicables al contrato de seguro (art. 581-3). De tal modo, se pretende evitar el perjuicio para el tomador y asegurado que pueda suponer la falta de un conocimiento completo el contenido del contrato[37].

Y, en segundo lugar, la reforma trata de someter a las condiciones generales a un doble control[38]: de inclusión, exigiendo "…concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos o cláusulas y pactos no contenidos en la póliza" (art. 581-3.3.a ACM); y de contenido, "… estar ajustadas a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes" (art. 581-3.3.b ACM).

3. Novedades en materia de obligaciones de las partes.

3.1. Respecto del tomador.

3.1.1. De la obligación de informar previamente sobre el riesgo.

Con carácter preliminar, y derivado del principio de máxima buena fe que rige en el contrato de seguro, el ordenamiento español, con carácter previo a la conclusión del contrato, impone al tomador la carga de declarar al asegurador todas aquellas circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo (art. 10 LCS). Con una finalidad protectora del tomador se modificó el precepto en aras a establecer como referencia un cuestionario presentado por el asegurador y que servirá como medida de exoneración de tal deber[39]. En este sentido, el tomador se libera del mismo cuando no se le someta tal cuestionario o, en caso contrario, cuando no se comprenda en él aquellas circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo. Configurado como un "deber de respuesta" al cuestionario planteado por el asegurador. De tal modo, que, a falta de tal cuestionario, el tomador se libera de tal obligación precontractual.

[37] Como es bien sabido, el tomador del seguro, por regla general, no participa en la elaboración de las condiciones contractuales del seguro, sino que se adhiere al mismo. Esta situación y la "posición débil" en la que se encuentra, habitualmente, frente a la entidad aseguradora explica el carácter imperativo de la normativa analizada y la finalidad tuitiva de su contenido.

[38] V. MIRANDA SERRANO, L. M./ PAGADOR LÓPEZ, J.: "La regulación", cit., pp. 336 ss.

[39] La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados, modificó el citado precepto (art. 3).

La oportunidad del cuestionario se ha valorado positivamente. No obstante, se ha puesto también énfasis en que no sirva de excusa al tomador o al asegurado para supuestos de incumplimiento en caso de mala fe o culpa grave, que podría concurrir en circunstancias muy evidentes de circunstancias que influyen en la valoración del riesgo.

3.1.2. De la comunicación de la agravación o disminución del riesgo.

En relación con el anterior deber, el art. 11 LCS exige al tomador o al asegurado la comunicación, tan pronto como le sea posible, de la alteración de los factores y las circunstancias declaradas en el cuestionario previsto en el artículo 10 LCS que impliquen una agravación del riesgo. El grado y naturaleza de tal agravación viene determinado por la actuación del asegurador –no asegurar o hacerlo en condiciones más gravosas- en el supuesto de conocerlas al momento de concluir el contrato[40]. El citado precepto ha sido objeto de revisión por la LOSSEAR (D.F. 1.2), tanto en cuestiones formales como de contenido. Desde un punto de vista formal, se mejora la redacción del texto legislativo, precisando que tal deber será exigible "durante la vigencia del contrato" en lugar de "durante el curso del contrato", como se indicaba con anterioridad. Respecto del contenido, la reforma legal ha actuado en un doble plano: por un lado, no sólo se tiene en cuenta las circunstancias que agravan al riesgo sino también aquellos factores que lo alteren; por otro, la determinación de cuáles son tales factores y circunstancias se conecta con el cuestionario mencionado en el precedente art. 10 LCS.

En otro orden, cabe indicar que, entre las reformas mencionadas introducidas por la LOSSEAR, se ha añadido al art. 11 LCS un segundo apartado específico para los seguros de personas, cuyo análisis será objeto de atención mas adelante en el epígrafe correspondiente[41].

3.1.3. De la obligación de salvamento.

En caso de acaecimiento del siniestro, cabe también prestar atención a las cargas que se imponen al tomador o, en su caso, al asegurado de comunicar su producción y de informar sobre sus circunstancias y consecuencias (art. 16 LCS). Materia que también suscita propuesta de mejora, sin que tal intento haya sido objeto de atención en la modificación legislativa reciente. En la normativa vigente, la concurrencia de dolo o culpa grave en la violación del deber de información exime

[40] Sobre el citado precepto, v. LATORRE CHINER, N.: *La agravación del riesgo en el Derecho de seguros*, Granada, 2000.
[41] Al respecto, v. *infra* epígrafe V.

al asegurador de su cobertura (art. 16 párr. 3º *in fine* LCS), mientras que el incumplimiento o cumplimiento tardío del deber de comunicación no conduce a su liberación. En las propuestas de reforma[42], como el ACM, se aspira a superar tal diversidad de resultados, equiparándolos, y, en consecuencia, impidiendo -en ambos supuestos- al asegurador liberarse de la obligación de indemnizar (art. 581-15.2 ACM). Como se indica en la doctrina[43], cabe valorar positivamente la racionalidad de un criterio equivalente para supuestos semejantes y con un resultado final similar.

Otra cuestión no resuelta y conectada con el punto anterior se corresponde al deber de salvamento y, en concreto, a la determinación de cuáles son los límites cuantitativos derivados de tal actuación[44]. Conforme al art. 17 LCS la cobertura de tales gastos es competencia del asegurador, teniendo, no obstante, como límite la suma asegurada. El problema se plantea en si ese límite se introduce al margen o no de la propia prestación que tenga que realizar la entidad aseguradora al asegurado[45].

3.2. Respecto del asegurador.

3.2.1. El deber de diligencia.

En cuanto a los deberes del asegurador, el punto que ha planteado una mayor dificultad se corresponde con la determinación de la prestación y con la fijación de los intereses en caso de mora, que veremos en los epígrafes siguientes. No obstante, y antes de analizar dicha temática, conviene resaltar la novedad de la inclusión en las propuestas de reforma de un deber de diligencia exigible al asegurador en la cuantificación de daño y en la liquidación de la indemnización (art. 19 ALCS, art. 581-17.1 ACM)[46].

3.2.2. El cálculo de la indemnización.

Igualmente, el cálculo de la prestación se trata de una materia especialmente problemática en los seguros de daños. Ello explica que la redacción del art. 18 LCS,

[42] Sobre el tema, v. recientemente, MUÑOZ PAREDES, J.M.: "Comunicaciones entre partes, salvamento, liquidación del siniestro y pago de la indemnización", *RES*, núm. 163-164, 2015, pp. 359 ss.
[43] MUÑOZ PAREDES, J. M.: "Comunicaciones", cit., p. 361.
[44] SÁNCHEZ CALERO, F.: "Art. 17 LCS", cit., pp. 417 ss.
[45] Sobre el tema, v. DÍAZ LLAVONA, C.: "Alcance de los gastos de salvamento en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil", *RES*, núm. 163-164, 2015, pp. 621 ss.
[46] El precepto establece que: "El asegurador deberá observar, desde el momento en que conozca por cualquier medio la existencia del siniestro, una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización".

aunque dirigida a los seguros en general, presente una terminología más propia de aquellos que de los seguros de personas. Así, reconoce no sólo la obligación del asegurador de satisfacer la indemnización sino que, igualmente, establece el momento a partir del que ésta sea exigible con el fin de evitar un retraso en perjuicio del beneficiario (art. 18 LCS). En tal sentido, exige que la indemnización tenga lugar al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, los daños resultantes del mismo. En cualquier caso, el asegurador deberá efectuar el pago del importe mínimo según lo que pueda deber, conforme a las circunstancias por el conocidas, dentro de los cuarenta días desde el acaecimiento del siniestro (v. art. 38 LCS)[47].

Como se puede deducir de lo indicado en el párrafo precedente, el art. 18 LCS tiene una ubicación discutible, siendo, sistemáticamente, más adecuado reenviarlo a la parte general correspondiente a los seguros de daños, en concreto al régimen establecido en el art. 38 LCS. Lo mismo ocurre en las propuestas de reforma, como en el antes mencionado art. 581-17.1 ACM, su discurso se orienta con mayor claridad hacia los llamados seguros de daños que a los de personas. Por ello, en la doctrina se ha propuesto reducir el tratamiento en la parte general a los deberes de diligencia y de información de las entidades aseguradoras, remitiendo estas cuestiones sobre la indemnización al título correspondiente a los seguros de daños, para una mejor sistemática del texto legislativo propuesto[48].

En los seguros de daños, se establece un procedimiento de liquidación, ciertamente complejo y objeto de numerosas críticas (art. 38 LCS). Por ello, las propuestas de reforma van encaminadas a su revisión, sin que, hasta el momento, hayan conseguido una respuesta más favorable[49].

En cambio, la reforma incorporada por la LOSSEAR no ha pretendido revisar este procedimiento de una forma completa, sino sólo ha introducido un pequeño matiz, consistente en incorporar lo mecanismos previstos en la jurisdicción voluntaria para la designación del tercer perito en caso de discrepancia entre las partes. Así, el nuevo párrafo 6º del art. 38 LCS reconoce que, en tal supuesto, cualquiera de las partes dispone de la facultad de promover expediente conforme a la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria[50] o por la vía de la legislación notarial[51].

3.2.3. La mora del asegurador.

[47] Para un análisis pormenorizado del citado precepto, v. SÁNCHEZ CALERO, F., "Art. 38 LCS", cit., pp. 795 ss.
[48] MUÑOZ PAREDES, J. M.: "Comunicaciones", cit., pp. 364-365.
[49] MUÑOZ PAREDES, J. M.: "Comunicaciones", cit., pp. 366-367.
[50] Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV).
[51] El texto consolidado de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (en adelante, LN).

La cuestión relativa a la mora del asegurador, en especial la correspondiente a los intereses moratorios, se ha convertido en uno de los puntos clave en la reforma de la normativa vigente que con más ahínco reclama el sector asegurador (art. 20 LCS) [52]. Sin menoscabo de su complejidad, es cierto que requiere de una actualización a la fecha actual en que nos encontramos. Con tal fin, en los proyectos se ha tratado de revisar la redacción teniendo en cuenta otros criterios, y el resultado se articula en un texto más simplificado y que ha sido valorado positivamente en la doctrina[53]. Por un lado, el ALCS pretendía mantener su carácter disuasorio, si bien ajustando a la situación actual de los tipos de interés (v. art. 21 ALCS). Al respecto, conviene recordar que el texto vigente mantiene que, trascurrido un período de dos años desde el acaecimiento del siniestro, el interior no puede ser inferior al veinte por ciento. Cifra que, dependiendo de cuál sea el interés legal del dinero en cada momento, puede presentarse como ciertamente elevada[54].

Así, trascurridos tres meses desde la fecha de la declaración del siniestro si el asegurador no ha reparado o indemnizado por causa no justificada o que le sea imputable, la indemnización se incrementará con el interés moratorio. Dicho interés se distingue en dos tramos: conforme al primero, hasta los dos años, será el interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el cincuenta por ciento; conforme al segundo, trascurrido dicho período de tiempo, el interés a aplicar desde dicha fecha será el doble del interés legal del dinero, incrementado en el cincuenta por ciento.

El ACM expresa un mecanismo parecido al mencionado en el ALCS, incorporando algún detalle mayor en su redacción en el art. 581-19 ACM[55]. El citado precepto propone simplificar el vigente art. 20 LCS y, por lo que interesa especialmente a las entidades aseguradoras, añade dos puntos de interés en referencia al trascurso de los dos años desde que se encuentra en mora la entidad aseguradora (art. 581-19.2 ACM). Por un lado, aclara que el interés moratorio trascurrido dicho plazo no se aplica desde el siniestro sino desde la fecha de los dos años. Por otro, sustituye el

[52] El art. 20 LCS es un precepto difícil y complejo de interpretar, que se incorporó al texto vigente por la D.A. 6ª de la normativa ordenadora precedente (Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en adelante LOSSP). El intento perseguido por el legislador de resolver los problemas que ocasionaba la mora del asegurador condujo a generar otros nuevos problemas. Al respecto, v. Sánchez Calero, F.: "Art. 20 LCS", cit., pp. 473-474.

[53] V. MUÑOZ PAREDES, J. M.: "Comunicaciones", cit., p. 368.

[54] El interés legal del dinero era del cuatro por ciento al aprobarse la ley. En estos más de treinta años desde su aprobación, ha sufrido importantes variaciones, desde el once por ciento de 1985 hasta el tres por ciento del ya pasado 2016.

[55] Así, el precepto no sólo detalla que se incurre en mora en lo supuestos previstos en el art. 21 ALCS sino también cuando "…no hubiera procedido al pago o consignación del importe mínimo del siniestro" (punto 1); igualmente, concreta que la indemnización devenga desde dicha fecha "…hasta el momento del pago" (punto 1); el devengo tiene lugar por días "… desde la fecha de la declaración del siniestro" (punto 3); y, además del asegurado y el tercero perjudicado en el seguro de RC, también se aplican los intereses moratorios a favor del "…tomador del seguro cuando se ejercite el derecho de rescate" (punto 4).

gravoso interés del veinte por ciento por un más lógico incremento en un cincuenta por ciento. En tal caso, la mora doblaría el previo también del cincuenta por ciento (art. 581-19.1 ACM).

3.3. Plazos de prórroga del contrato.

La LOSSEAR también ha modificado el plazo que tienen las partes para oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita a la otra parte. En protección del tomador se reconoce un plazo de, al menos, un mes de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso; en cambio, se amplía ese plazo a dos meses respecto del asegurador.

3.4. El derecho a la indemnización de los acreedores hipotecarios, pignoraticios y privilegiados.

Otra cuestión necesitada de reforma se corresponde a los derechos sobre la indemnización que corresponda al propietario de los acreedores hipotecarios, pignoraticios o privilegiados sobre bienes especialmente afectos (art. 40 LCS). El ACM tiene en cuenta que no se puede reconocer tal derecho cuando el asegurado haya consentido en sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado. Lo lógico, es que la garantía se extienda sobre el nuevo reparado o repuesto. De igual modo, aunque no expresado en el citado precepto, sería importante extender tal derecho no sólo a los supuestos de restitución o reparación, sino a aquellos supuestos en los que concurra un siniestro parcial y el importe sea relativo, especialmente cuando la deuda garantizada se encuentra al corriente de pago[56].

IV. Los seguros de daños: propuestas de cambio.

1. La subrogación del asegurador.

Como es sabido, la subrogación del asegurador desempeña un papel clave en los seguros de daños (art. 43 LCS), careciendo de aplicación en los seguros de personas, salvo excepciones puntuales. De los intentos de reforma una de las cuestiones destacadas se corresponde con su carácter automático o facultativo del derecho de subrogación. Las propuestas normativas han tratado sobre ello como respuesta a las

[56] Como nos recuerda Muñoz Paredes, J. M.: "Comunicaciones", cit., pp. 369-370, señalando el caso frecuente de las pólizas multirriesgo.

dudas que viene suscitando la redacción literal contemplada en el art. 43 LCS (frente al "podrá" del texto vigente y del art. 582-18 ACM, el art 43 ALCS expresa que el asegurador "se subrogará")[57].

Otro aspecto relativo al derecho de subrogación del asegurador que había levantado también cierto debate en la doctrina se corresponde con la concurrencia de la acción del asegurador con la propia del asegurado frente al tercero responsable del siniestro. Al respecto, el último párrafo del art. 43 LCM establece que el reparto del recobro obtenido entre ambas partes se realizará en proporción a su respectivo interés. Pues bien, el problema se suscitaba cuando el patrimonio del tercero responsable no es suficiente para cubrir ambos intereses. El hecho de que se reparta en proporción entre asegurador y asegurado implica un perjuicio para el asegurado, porque veía disminuido su recobro en el reparto con el asegurador, contradiciendo el carácter indemnizatorio propio de esta modalidad de seguros. Por ello, el ACM propone la supresión de este último párrafo a fin de evitar que el asegurado se pueda ver perjudicado en el resarcimiento del daño sufrido, reconociendo una posición preferente a la del asegurador[58].

2. Simplificaciones en el coaseguro.

Antes de la LOSSEAR, la LCS recogía una breve referencia al contrato de coaseguro. En concreto, se determinaba las condiciones que debía reunir dicho contrato para ser calificado como "coaseguro comunitario" (art. 33.a.1)[59]. En tal caso, se reconocía -"paradójicamente"[60]- como un seguro de grandes riesgos (art. 107.2 LCS) y se establecía la aplicación de su régimen jurídico.

Con la nueva normativa, se reubica el citado precepto (D. Derogatoria a/) y se traslada a la nueva LOSSEAR (art. 12), con una redacción dotada de mayor claridad que su precedente en la LCS.

[57] Sobre el mismo, en general, v. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Art. 43 LCS", cit., pp. 954 ss. Desde la perspectiva de los seguros de transporte terrestre, v. ISERN SALVAT, M. R.: *El derecho de subrogación en el seguro de transporte terrestre de mercancías por carretera*, Madrid, 2013. En la doctrina, lo reconocen como facultad del asegurador, TATO PLAZA, A., "Art. 43. La subrogación del asegurador", *RES*, núm. 143-144, 2010, p. 717; MUÑOZ PAREDES, J.M.: "Comunicaciones", cit., pp. 370-371.

[58] Entre otros, v. TATO PLAZA, A., "Art. 43. La subrogación", cit., p. 719. MUÑOZ PAREDES, J.M.: "Comunicaciones", cit., p. 371.

[59] El precepto se incorporó en la D.A. 6.3 de la ya derogada Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP).

[60] Como advierte SÁNCHEZ CALERO, F., "Art. 33 LCS", cit., p. 728, nota 31, ya lo era como tal coaseguro en relación con los art. 33 y 44.2 LCS.

3. El debate en torno al seguro de responsabilidad civil.

En la doctrina[61], se propone la necesidad de una revisión de las normas sobre los seguros de responsabilidad civil en atención a dos aspectos de su regulación (Exp. de motivos ACM, ap. VI-120). Conforme al primero, se propone alcanzar una redacción más simplificada que la actualmente vigente a la hora de delimitar la cobertura de esta modalidad contractual. Al mismo tiempo, se propone que se atienda a las diferencias entre los seguros obligatorios y los voluntarios, la revisión del régimen de las 'claims made' en protección de los asegurados[62] y la creciente exigencia de responsabilidad civil a los operadores económicos en el mercado (entre muchos, el caso de los administradores concursales)[63]. Con respecto a este último punto, se resalta la importancia de analizar la delimitación del riesgo objeto de cobertura, cuestión que, como es sabido, conecta con el tema de las cláusulas delimitadoras del riesgo y las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado[64].

Conforme al segundo, y a la vista de la experiencia judicial desde la aprobación de la LCS[65], se postula incorporar una serie de novedades a la acción directa del tercero perjudicado contra la entidad aseguradora[66].

V. LOS SEGUROS DE PERSONAS: REFORMAS Y REGULACIÓN DE NUEVAS FIGURAS.

1. Cambio de paradigma en el seguro de vida: del seguro de vida para casos de muerte al seguro de vida para casos de supervivencia.

En la doctrina[67], se ha postulado reformular la clásica división entre seguros de daños y seguros de personas. Con tal fin, se propone clasificar los seguros en

[61] CALZADA CONDE, M. A.: "La protección", cit., pp. 133 ss., en concreto, p. 149. Además, sobre la reforma, v. VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: "Reflexiones", cit., pp. 309 ss.; y los trabajos de TAPIA HERMIDA, A. J.: "Los contratos de seguro", cit., pp. 31 ss.; ídem: "El proceso de reforma del régimen del seguro de responsabilidad civil: desde la vigente ley de contrato de seguro hasta el anteproyecto de ley de código mercantil. La delimitación objetiva de la cobertura ante la nueva regulación de las condiciones generales y las cláusulas limitativas", *RES*, núm. 158, 2014, pp. 143 ss.
[62] CALZADA CONDE, M. A.: "La protección", cit., p. 149.
[63] Como recuerda TAPIA HERMIDA, A. J.: "El proceso de reforma", cit., pp. 145-146, en referencia, además, a los mediadores concursales, a los árbitros, entre otros.
[64] V. *supra* epígrafe III.2. Recientemente sobre el tema, v. TAPIA HERMIDA, A. J.: "El proceso de reforma", cit., pp. 152 ss.
[65] Ello en sí es un motivo de revisión de la normativa, v. TAPIA HERMIDA, A. J.: "El proceso de reforma", cit., pp. 145-146.
[66] CALZADA CONDE, M. A.: "La protección", cit., pp. 147-148.
[67] TIRADO SUÁREZ, F. J.: "Experiencias en la aplicación de las normas relativas al seguro de personas", *RES*, núm. 123-124, 2005, p. 814; y del mismo autor, "El seguro", cit., pp. 44 y 275 ss.; BATALLER GRAU, J.: "Los seguros de personas en el Anteproyecto de Código Mercantil", *RES*, núm. 163-164, 2015, pp. 509-510; más, en detalle, del mismo autor, "Hacia una tercera clase de contrato de seguro: los seguros de prestación de servicios" en BATALLER GRAU, J./ QUINTÁNS

atención al modo en que se realiza la prestación del asegurador[68]. De este modo, se puede distinguir entre seguros de indemnización, seguros de sumas y seguros de servicios. En los primeros, la prestación consiste en la indemnización del daño efectivamente causado y se calcula *a posteriori* de la producción del siniestro; en los segundos, el cálculo de la prestación se estipula por las partes en el momento de conclusión del contrato; y en los terceros, la prestación consiste en un *hacer*, en –como se intitulan- la prestación de un servicio por la entidad aseguradora.

La normativa sobre seguros de personas comprende, al igual que en los seguros de daños, una parte general aplicable a dicha modalidad. No obstante, y a pesar de tal denominación, no puede calificarse como tal si atendemos a su brevedad –sólo tres artículos- y a su carácter más bien disperso[69]. La solución por la que se optó fue la aplicabilidad supletoria del régimen de los seguros de vida a los seguros de accidentes (art. 100 LCS) y la de estos últimos a los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria (art. 106 LCS)[70].

Los intentos de reforma se orientan hacia una mayor simplificación y mejora en la conceptualización de los seguros de vida (v. ap. III, últ. párr. Exp. de motivos ALCS y sus arts. 72 ss., ap. VI-121 Exp. de motivos ACM y sus art. 583-4 ss.). En tal sentido, la mejora sustancial en la esperanza de vida y el crecimiento paralelo de la importancia de los seguros de supervivencia implica un cambio en la atención del legislador hacía estos últimos. De tal modo, y sin menoscabo de la regulación prevista para los seguros de vida en casos de muerte, sería aconsejable dedicar una atención más detenida a los problemas que suscitan estos seguros en los que el riesgo objeto de cobertura sea la supervivencia del asegurado[71]. El incremento y mayor relevancia que, en los últimos años, asumen en la contratación de seguros

EIRAS, M. R./ VEIGA COPO, A.: *La reforma del Derecho del seguro*, Madrid, 2015, pp. 97 ss.; VEIGA COPO, A. B.: *Tratado*, I, cit., pp. 121 ss.

[68] Cabe resaltar que en la normativa ordenadora se distingue en dos ramos: el de los seguros distintos del de vida y riesgos accesorios y el de los seguros de vida y riesgos complementarios (Anexo LOSSEAR). Esta clasificación tiene su precedente en la normativa comunitaria, en concreto, la Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio.

[69] Esa brevedad y falta de sistemática es criticada en la doctrina, v. Bataller Grau, J.: "Los seguros de personas", cit., p. 515.

[70] SÁNCHEZ CALERO, F.: "Art. 80 LCS" en SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro*, cit., pp. 2032-2033; LATORRE CHINER, N.: "Seguros de personas (1)" en YZQUIERDO TOLSADA M. (Dir.): *Contratos*, t. VIII, Cizur Menor, 2014, pp. 958-959; y anteriormente de la misma autora *La agravación del riesgo en el Derecho de seguros*, Granada, 2000.

[71] Como ya ponía de manifiesto SÁNCHEZ CALERO, F.: "Caracteres generales de la Ley de Contrato de Seguro", *RES*, nº 123-124, 2005, pp. 394-395, quien resaltaba la importancia desde la perspectiva de los sistemas de jubilación y su necesaria conexión con los conocidos seguros colectivos o de grupo.

justifican un mayor detalle legislativo frente a la atención tradicional y casi en exclusiva a los seguros de vida en casos de muerte[72].

Como ya hemos indicado, la LCS ha sido objeto de reforma en algunos apartados por la LOSSEAR. Respecto de los seguros de personas, conviene resaltar algunos apartados.

En primer lugar, la variación en el estado de salud del asegurado no es considerado como agravación del riesgo y, por tanto, se exige la obligación del comunicación al asegurador, como señala ahora el reformado art. 11.2 LCS[73].

En segundo lugar, el tratamiento de los seguros de grupo se mantiene entre los seguros de personas, si bien su atención es continuista con la regulación vigente[74].

Sobre los avances tecnológicos y su repercusión en los llamados seguros de salud[75]. Es interesante el significado que tales avances puedan tener desde la perspectiva del deber de información precontractual del tomador y su reflejo en el cuestionario presentado por la entidad aseguradora (art. 10 LCS, regulación específica en los seguros de vida, cfr. art. 89 LCS)[76].

La práctica habitual de recurrir a un cuestionario se incorpora a la propia normativa con ocasión de la adaptación al Derecho español de la Directiva reforma 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados (Ley 21/1990, de 19 de diciembre,). La norma supone el establecimiento del cuestionario como instrumento

---

[72] Como pone de manifiesto el ACM (Exp. de motivos, ap. VI-121)

[73] Cfr. con la regulación prevista en el ACM (art. 581-10). Sobre la problemática que suscitaba la situación previa a la reforma legislativa, v. MUÑOZ PAREDES, M. L.: "La agravación del riesgo en el seguro de vida", *RES*, núm. 141, 2010, pp. 21 ss.; LATORRE CHINER, N.: "Seguros de personas (1)", cit., pp. 1014-1016.

[74] Ello es objeto de crítica, así BATALLER GRAU, J.: "Los seguros de personas …", cit., pp. 517-518, no sólo por la admisibilidad de supuestos de seguros de grupo entre los seguros de daños, sino también por la falta de atención a sus diversidad. Ya desde su aprobación, la noción de los seguros de grupo ha sido objeto de crítica por su insuficiencia (v. GIRÓN TENA, J.: "Seguros de personas. Disposiciones comunes y seguro sobre la vida" en VERDERA Y TUELLS, E. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, t. I, Madrid, 1982, p. 982). Sobre el *iter* legislativo del precepto, v. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Art. 81 LCS, cit., pp. 2058-2060.

[75] V. BENITO OSMA, F.: "El contrato de seguro ante los avances en medicina y tecnología sanitaria", *RES*, núm. 163-164, 2015, pp. 544 ss. Sobre el alcance de los seguros de salud, v. BENITO OSMA, F. (Dir.): *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de seguro*, Madrid, 2011.
Es interesante en este ámbito la influencia sobre los seguros de salud y su contratación que pueden tener los avances tecnológicos y los nuevos programas que de ello se deriven, como los de gamificación. Sobre el tema, recientemente, v. RODRÍGUEZ PARDO, J. M.: "Los seguros gamificados de vida y salud. Insurance telematics (Tendencias actuales y oportunidades en seguros de personas)", *RES*, nº 167, 2016, pp. 463 ss.

[76] Recientemente, v. MORILLAS JARILLO, M. J.: *La información previa en la contratación de los seguros de personas: transparencia, cuestionarios y modelos predictivos*, Madrid, 2016.

válido para reconocer determinados efectos al contrato de seguro, incluso en caso de falta de su presentación. Así, como señala el art. 10 LCS, el deber de declaración se sustancia a través de un cuestionario al que el asegurador somete al tomador del seguro a fin de declarar todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. La relevancia del cuestionario permite al tomador exonerarse del mencionado deber si no se le presenta el cuestionario o, en caso contrario, no se le formulen en él cuestiones relativas a circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo[77].

2. Las nuevas inclusiones: seguros de decesos y seguros de dependencia.

El incremento notable de determinadas modalidades de seguros ha implicado que el legislador se preocupe, al menos, por regular nuevas –y otras no tanto- modalidades de seguros. Así, ello explica que en la LOSSEAR se haya añadido una nueva sección –la quinta- al título dedicado a los seguros de personas en la LCS (en concreto, los arts. 106 *bis*, *ter* y *quáter*. En ella, el legislador se ocupa de los seguros de decesos y de dependencia. Si bien es cierto que la tipificación es, ciertamente, breve (sólo se incorporan tres nuevos preceptos) y se ocupa de definir cada uno de ellos[78]; también es constatable la importancia que se observa a ciertas cuestiones de mayor interés sobre ambas figuras.

Respecto del seguro de decesos[79], y al margen que desde la perspectiva de la ordenación se contempla en la LOSSEAR[80], la atención del legislador es breve y se

[77] V. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Art. 11 LCS", cit., pp. 314 ss. Esta materia tiene una rica casuística jurisprudencial, difícilmente abarcable. El problema se plantea vinculado al cuestionario y al deber de declaración del tomador (o del asegurado en las circunstancias que le corresponda asumir tal responsabilidad). Desde un punto de vista doctrinal, v. MUÑOZ PAREDES, M. L.: "Sobre la relación causal entre la circunstancia omitida y el siniestro en los seguros de personas con especial referencia al de vida", *RDM*, núm. 261, 2006, pp. 995 ss.; VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: "Sobre el deber de declaración del riesgo del tomador o del asegurado en el seguro de vida (A propósito de la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 1373/2008, de 4 de enero)", *RES*, núm. 142, 2010, pp. 397 ss.

[78] Art. 106 *bis*: "1. Por el seguro de decesos el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en este título y en el contrato, a prestar los servicios funerarios pactados en la póliza para el caso en que se produzca el fallecimiento del asegurado".
Art. 106*ter*: "1. Por el seguro de dependencia el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en este título y en el contrato, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación".

[79] LATORRE CHINER, N.: "Seguro de personas (1)", cit., pp. 1055 ss.; MARCOS, F./ SÁNCHEZ GRAELLS, A.: "Insuficiencia en la regulación del seguro de decesos", *RDM*, núm. 263, 2008, pp. 207 ss; LÓPEZ ORTEGA, R.: "Estudio de los distintos elementos del seguro de decesos a propósito del nuevo régimen legal", *RES*, núm. 168, 2016, pp. 549 ss.

[80] V. LÓPEZ ORTEGA, R.: "Estudio", cit., pp. 550-552.

limita a dar una noción del mismo. De ella, se puede deducir, por un lado, que el riesgo objeto de cobertura es el fallecimiento del asegurado durante el período de duración del contrato de seguro[81]. Ello conduce a incorporarlo en la categoría de los seguros de personas.

Por otro lado, el alcance de la prestación del asegurador dependerá de la redacción de la póliza. Esto último no sólo porque señale, a semejanza del art. 1 LCS, que el asegurador se obliga dentro los límites establecidos en el contrato, sino porque lo reitera en la noción. Conforme a la misma, se resalta que el asegurador se compromete "a prestar los servicios funerarios pactados en la póliza". La caracterización como prestación de un servicio ha llevado a asimilarlo con los seguros de asistencia sanitaria[82]. Dicha prestación puede determinarse *a posteriori*, diferenciándolo de los seguros de vida, en los que tal cálculo y acercando, no sin matices, a la categoría de los seguros de daño o de indemnización efectiva. En tal sentido, podemos entender que le es igualmente aplicable el principio indemnizatorio y, por tanto, no puede ser ocasión de enriquecimiento injustificado por el asegurado (en este caso, sus causantes). Por ello, y como en los seguros de la asistencia sanitaria, este seguro de decesos se puede ubicar en esa zona de "permeabilidad" entre los seguros de daños y los de personas[83], que ya hemos puesto de manifiesto en obviar que esa prestación puede cuantificarse económicamente

Respecto del seguro de dependencia[84], el legislador ha evitado dar una noción de qué se entiende por tal situación y se ha remitido, acertadamente, al tratamiento de tal figura por las Administraciones Públicas[85]. Por otro lado, ha establecido una pluralidad de mecanismos de articular la prestación que permite adecuar a las necesidades específicas de una realidad tan compleja. Así, la prestación podrá consistir en el abono de un capital o de una renta convenida, en el reembolso al propio asegurado de los gastos derivados de la prestación asistencial o, alternativamente, garantizar al asegurado la prestación de los servicios asistenciales y

---

[81] La pérdida de la vida del asegurador –su fallecimiento- es presupuesto necesario de este seguro. Ello lleva a algunos autores (LÓPEZ ORTEGA, R.: "Estudio", cit., p. 555) a ubicarlo entre los seguros de personas, comprendiendo –como señala el art. 80 LCS- "… los riesgos que puedan afectar a la existencia … del asegurado".

[82] V. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P.: "El seguro privado de asistencia sanitaria", Madrid, 2002, pp. 27 ss.

[83] Cuestión que ya hemos analizado en otro trabajo, al que nos remitimos, GIRGADO PERANDONES, P.: *El principio indemnizatorio en los seguros de daños. Una aproximación a su significado*, Granada, 2003. Al margen de ello, cabe también plantearse si ello lleva implícito el reconocimiento del derecho de subrogación de la entidad aseguradora contra el tercero causante del siniestro.

[84] V. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P.: "El seguro de dependencia: régimen jurídico", p. 550; VEIGA COPO, A.: *Tratado*, cit., t. II, pp. 1188 ss.

[85] Recomendación de conexión entre ambas normativas que ya era reclamada por la doctrina, VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: "Experiencias", cit., p. 810. De tal modo, se evita conflictos interpretativos innecesarios, sobre todo, si se tiene en cuenta la organización autonómica de la administración española y el régimen de distribución de competencias existente en la materia.

su realización, asumiendo directamente su coste la entidad aseguradora (art. 106*ter*.3 LCS).

Igualmente, y con el de fin de evitar los posibles perjuicios que una prestación costosa pueda suponer, se limita –al igual que ocurre con el seguro de decesos (art. 106*bis*.5 LCS)- la legitimación para oponerse a la prórroga de este contrato de seguro únicamente al tomador (art. 106*ter*.4 LCS).

VI. LOS MEDIADORES DE SEGUROS Y SU NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO.

Como conclusión al trabajo, conviene realizar una breve referencia es al correspondiente a la intervención de un mediador –agente o corredor- en el contrato de seguro. Tal participación ya está presente en algunos preceptos del propio texto legislativo (en concreto, v. los arts. 8, nº 9, 21) e incluso en la propuesta de un nuevo Código mercantil se planteaba su tratamiento a continuación del propio régimen contractual[86].

En este proceso de reforma, igualmente, es imprescindible tener en cuenta el proceso de reforma que hace ya cierto tiempo se ha iniciado y que afecta al régimen jurídico de la mediación impulsado por las directrices comunitarias[87]. El alcance de la reforma es, ciertamente, amplio, no sólo porque comprende a todos los distribuidores de seguros, sino también por la profundización en los deberes que éstos han de cumplir, en especial respecto de la información que les corresponde facilitar a sus clientes[88].

BIBLIOGRAFÍA

BASEDOW, J.: "¿Hacia una regulación europea del contrato de seguro?" en BATALLER GRAU, J./ QUINTÁNS EIRAS, M. R./ VEIGA COPO, A. B. (Dirs.): *La reforma del Derecho del seguro*, Cizur Menor, 2015.

[86] El Título VIII se denomina "De los contratos de seguros y de mediación de seguros", dedicando su capítulo cuarto a la mediación en la contratación de seguros. No obstante, la atención legislativa se limita a la noción de los contratos de agencia de seguros (art. 584-1 ACM) y de correduría de seguros (art. 584-5 ACM).

[87] Actualmente, se encuentra en proceso de transposición a los ordenamientos nacionales, la Directiva (UE) 2017/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (versión refundida).

[88] Al respecto, v. nuestro trabajo.

BATALLER GRAU, J.: "Hacia una tercera clase de contrato de seguro: los seguros de prestación de servicios" en BATALLER GRAU, J./ QUINTÁNS EIRAS, M. R./ VEIGA COPO, A. (Dirs.): *La reforma del Derecho del seguro*, Cizur Menor, 2015.

BATALLER GRAU, J.: "La reforma de la Ley de contrato de seguro", *RDM*, núm. 279, 2011.

BATALLER GRAU, J.: "Los seguros de personas en el Anteproyecto de Código Mercantil", *RES*, núm. 163-164, 2015.

BATALLER, J./ PEÑAS, M. J. (Dirs.): *III Congreso nacional de ordenación, solvencia y supervisión en seguros privados. II Congreso internacional de Derecho de seguros*, Valencia, 2016.

BENITO OSMA, F. (Dir.): *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de seguro*, Madrid, 2011.

BENITO OSMA, F.: "El contrato de seguro ante los avances en medicina y tecnología sanitaria", *RES*, núm. 163-164, 2015.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "El nuevo Código mercantil", *RES*, nº 163-164, 2015.

BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Dir.): *Estudio sobre el sector asegurador en España*, Madrid, 2010.

BLANCO-MORALES LIMONES, P./ GUILLÉN ESTANY, M. (Dirs.): *El sector asegurador ante las transformaciones del estado del bienestar*, Madrid, 2013.

BLANCO-MORALES LIMONES, P./ GUILLÉN ESTANY, M. (Dirs.): *Estudio sobre el sector asegurador en España 2010. Los aspectos cualitativos de Solvencia II*, Madrid, 2010.

CALZADA CONDE, M. A.: "La protección del asegurador en la Ley de Contrato de Seguro" en BATALLER GRAU, J./ VEIGA COPO, A. B. (Dirs.): *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Madrid, 2014.

DÍAZ LLAVONA, C.: "Alcance de los gastos de salvamento en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil", *RES*, núm. 163-164, 2015.

AA. VV.: *Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro* en *RES* (número monográfico), núms. 143-144, 2010.

EMBID IRUJO, J. M.: "Aspectos institucionales y contractuales de la tutela del

asegurado en el Derecho español", *RES*, núm. 91, 1997.

GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L.: "Formación, perfeccionamiento y eficacia del contrato de seguro, en el Anteproyecto de Código Mercantil", *RES*, núm. 163-164, 2015.

GIRGADO PERANDONES, P.: "Contrato de seguro marítimo: disposiciones generales y disposiciones comunes a los distintos tipos de seguro marítimo" en EMPARANZA SOBEJANO, A./ MARTÍN OSANTE, J. M. (Dirs.): *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, 2015.

GIRGADO PERANDONES, P.: "Límites a la autonomía privada en los seguros de grandes riesgos, con especial atención a los seguros de transporte" en Fernández de la Gándara, L. *et al.* (Dirs.), *Liber amicorum Prof. José María Gondra Romero*, Madrid, 2012.

GIRÓN TENA, J.: "Seguros de personas. Disposiciones comunes y seguro sobre la vida" en VERDERA Y TUELLS, E. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, t. I, Madrid, 1982.

ILLESCAS ORTIZ, R.: "El comercio electrónico y su proyección en el seguro y reaseguro visión internacional", *RES*, núm. 111, 2002.

ILLESCAS, R.: "Rasgos característicos del contrato de seguro en el futuro Código Mercantil", *RES*, núm. 163-164, 2015.

ISERN SALVAT, M. R.: "Las condiciones generales del contrato de seguro", *RDM*, núm. 292, 2014.

LATORRE CHINER, N.: "Art. 3 Condiciones generales y particulares" en BATALLER GRAU, J./ BOQUERA MATARREDONA, J./ OLAVARRÍA IGLESIA, J.: *El contrato de seguro en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-2012)*, Valencia, 2013.

LATORRE CHINER, N.: "Seguros de personas (1)" en YZQUIERDO TOLSADA M. (Dir.): *Contratos*, t. VIII, Cizur Menor, 2014

LATORRE CHINER, N.: *La agravación del riesgo en el Derecho de seguros*, Granada, 2000.

López Ortega, R.: "Estudio de los distintos elementos del seguro de decesos a propósito del nuevo régimen legal", *RES*, núm. 168, 2016.

MARCOS, F./ SÁNCHEZ GRAELLS, A.: "Insuficiencia en la regulación del seguro de

decesos", *RDM*, núm. 263, 2008, pp. 207 ss.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P.: "El seguro de dependencia: régimen jurídico".

MAS BADIA, M. D.: "La contratación del seguro en Internet" en BATALLER GRAU, J./ QUINTÁNS EIRAS, M. R./ VEIGA COPO, A. B.: *La reforma*, cit.

MAYOR CIVIT, J. M.: "La reforma de la ley del contrato de seguro. Una visión general" en GIRGADO PERANDONES, P. (dir.): *El régimen jurídico de los seguros terrestres y marítimos y su reforma legislativa*, Granada, 2012, pp. 25 ss.

MIRANDA SERRANO, L. M./ PAGADOR LÓPEZ, J.: "La regulación de las condiciones del contrato de seguro en el Anteproyecto de Código Mercantil", *RES*, núm. 163-164, 2015.

MORILLAS JARILLO, M. J.: *La información previa en la contratación de los seguros de personas: transparencia, cuestionarios y modelos predictivos*, Madrid, 2016.

MUÑOZ PAREDES, J. M.: "Capítulo V. Coaseguro", *RES*, núms. 143-144, 2010.

MUÑOZ PAREDES, J. M.: "Comunicaciones entre partes, salvamento, liquidación del siniestro y pago de la indemnización", *RES*, núm. 163-164, 2015, pp. 359 ss.

MUÑOZ PAREDES, J. M.: *El coaseguro*, Madrid, 1996.

MUÑOZ PAREDES, M. L.: "El contrato de seguro en la Propuesta de Código Mercantil", *RES*, núm. 155, 2013.

MUÑOZ PAREDES, M. L.: "La agravación del riesgo en el seguro de vida", *RES*, núm. 141, 2010, pp. 21 ss.

MUÑOZ PAREDES, M. L.: "Sobre la relación causal entre la circunstancia omitida y el siniestro en los seguros de personas con especial referencia al de vida", *RDM*, núm. 261, 2006.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.: "Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transferencia en el contrato de seguro", *RES*, núms. 123-124, 2005.

QUINTÁNS EIRAS, M. R. (Dir.): *Estudios sobre mediación de seguros privados*, Cizur Menor, 2013.

QUINTÁNS EIRAS, M. R.: "El contrato de seguro en el proyecto de armonización del

derecho contractual europeo", *RDM*, núm. 290, 2013, pp. 293 ss.

RODRÍGUEZ PARDO, J. M.: "Los seguros gamificados de vida y salud. Insurance telematics (Tendencias actuales y oportunidades sen seguros de personas)", *RES*, nº 167, 2016

SÁNCHEZ CALERO, F. (Dir.): *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed., Cizur Menor, 2010.

SÁNCHEZ CALERO, F.: "Caracteres generales de la Ley de Contrato de Seguro", *RES*, nº 123-124, 2005.

TAPIA HERMIDA, A.: "Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro", *RES*, núm. 155, 2013.

TAPIA HERMIDA, A.: "Los contratos de seguro y de mediación de seguros en la Propuesta de Código Mercantil", *RDM* , núm. 292, 2014, pp. 23 ss.

TIRADO SUÁREZ, F. J.: "El seguro" en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J./ DÍAZ MORENO, A.: *Derecho mercantil. Volumen 9º. Los contratos de seguro*, 2ª ed., 2013.

TIRADO SUÁREZ, F. J.: "Experiencias en la aplicación de las normas relativas al seguro de personas", *RES*, núm. 123-124, 2005.

VEIGA COPO, A. B.: "Artículo 4. Condiciones del contrato de seguro", *RES*, núm. 143-144, 2010.

VEIGA COPO, A. B.: *Tratado del contrato de seguro*, 4ª ed., 2 tomos, Cizur Menor, 2016.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: "Aspectos fundamentales de la reforma del Anteproyecto de Código Mercantil sobre la regulación del contrato de seguro", *RDM*, núm. 297, 2015.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: "Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley de Contrato de Seguro", *RES*, núm. 152, 2012.

VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: "Sobre el deber de declaración del riesgo del tomador o del asegurado en el seguro de vida (A propósito de la sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 1373/2008, de 4 de enero)", *RES*, núm. 142, 2010.

LA DISCIPLINA DEL CONTRATTO ASSICURAZIONE IN ITALIA: PROFILI DI ATTUALITÀ

THE DISCIPLINE OF THE INSURANCE CONTRACT IN ITALY: THE NEW PROBLEMS

GIOVANNI BERTI DE MARINIS
Ricercatore di Diritto Privato presso l'Università degli Studi di Perugia
giovanni.bertidemarinis@unipg.it

RESUMEN: *Il lavoro si propone di analizzare l'evoluzione della disciplina del contratto di assicurazione all'interno del panorama normativo italiano cercando di individuare le origini che hanno portato all'attuale assetto regolatorio. Contestualmente si evidenzia la tendenza sempre più marcata all'interno dell'ordinamento italiano ad assegnare al contratto di assicurazione non solo la realizzazione di interessi personali facenti capo ai contraenti, ma anche di interessi collettivi. Tutto ciò si manifesta all'interno delle assicurazioni obbligatorie con le quali si tenta evitare che attività particolarmente rischiose possano generare danni non risarcibili a terzi.*

PALABRAS CLAVE: *Contratto di assicurazione, Evoluzione storico-normativa, Disciplina attuale, Assicurazioni obbligatorie.*

ABSTRACT: *The paper aims to analyze the evolution of the discipline of the insurance contract within the Italian regulatory landscape trying to identify the sources that led to the current regulatory framework. At the same time, it highlights the growing trend in order to assign to Italian insurance contract not only the realization of personal interests belonging to the contractors, but also of collective interests. All of this occurs within the compulsory insurance with which you try to avoid that particularly risky activities could generate damages to third parties not compensable.*

KEY WORDS: *Insurance contract; Historical and legislative evolution; Current discipline; Compulsory insurance.*

SUMARIO: I. EVOLUZIONE STORICA DEL FENOMENO.– II. IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE NELLE DISPOSIZIONI NORMATIVE.– III. IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE NEL CODICE CIVILE E NELLE NORME DI SETTORE ATTUALI.– IV. L'EVOLUZIONE DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE QUALE STRUMENTO DI REALIZZAZIONE DI FUNZIONI SOCIALMENTE RILEVANTI: IL PARTICOLARE CASO DELLE ASSICURAZIONI OBBLIGATORIE PROFESSIONALI.– V. SPUNTI DI RIFLESSIONE IN TEMA DI ETEROCONFORMAZIONE DELLE POLIZZE ASSICURATIVE PER LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEGLI AVVOCATI.– VI. CONSIDERAZIONI CRITICHE SUL D.M. 22 SETTEMBRE 2016.– VII. CONCLUSIONI.- BIBLIOGRAFIA.

I. EVOLUZIONE STORICA DEL FENOMENO.

Appare evidente ai più il fatto che le moderne società siano con sempre maggior incisività caratterizzate dalla presenza di rischi. La complessità degli attuali sistemi economici espone tutti i soggetti alla probabilità di subire gli effetti di un evento futuro ed incerto che ha il potere di incidere sulla nostra vita[1].

Non è un caso che il mercato dei rischi nasca proprio in concomitanza con il crescente dinamismo del mercato e dei traffici commerciali[2]. Il principio per cui il rischio necessariamente ricade su colui che lo corre in prima persona, è regola che espone i soggetti ad un livello di incertezza in grado di rendere difficile la programmazione degli affari e, di conseguenza, il buon esito degli stessi. Da qui parte, quindi, l'esigenza di negoziare il rischio trasferendolo, dietro corrispettivo (il premio)[3], ad un soggetto terzo che grazie alla sua struttura patrimoniale ed organizzativa, sia in grado di metabolizzare lo stesso.

La nascita dell'assicurazione, che sostituisce forme negoziali arcaiche rappresentanti le prime embrionali figure di negoziazione di rischi[4], si fa comunemente risalire al

[1] Sull'evoluzione storica del fenomeno assicurativo, v. GASPERONI, N.: "Assicurazione (in generale), en AA. VV.: Nuovo digesto, I, UTET, Torino, 1957, pp. 354 ss.; DONATI, A.: Trattato del diritto delle assicurazioni private, I, Giuffré, Milano, 1952, pp. 53 ss.; CASSANDRO, G.: "Assicurazioni (storia)", en AA. VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1958, pp. 420 ss.; SCALFI. G.: "Assicurazione (Contratto di)", en AA. VV.: *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione commerciale, I, UTET, Torino, 1987, pp. 333 ss.

[2] Diffusamente, sul punto, TRIDICO, G.: "Art. 1882", en AA. VV.: *Commentario teorico-pratico al codice civile* (dir. da V. DE MARTINO), Edizioni Pem, Novara, 1976, pp. 110 – 119.

[3] L'operazione assicurativa, in estrema sintesi, si concretizza nella conversione di un ingente rischio futuro ed incerto in un costo immediato, certo ma molto più limitato nel suo ammontare. Cfr., GAMBINO, A.: *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Giuffré, Milano, 1964, p. 378; ANGELICI, C.: "Aggravamento e altre modifiche del rischio", *Assicurazioni*, 1985, pp. 543-544.

[4] Si pensi al *fenus nauticum* di epoca romana. Si pensi, ancora, alle forme mutualistiche più embrionali con le quali si ripartiva all'interno di una certa comunità il danno subito da un membro della stessa. Sul punto, si veda DI GIANDOMENICO, G.: "La qualificazione giuridica del contratto di

XIV sec. epoca in cui i traffici si fanno sempre più intensi e rischiosi e ci si rende conto che il rischio, come qualunque altro bene giuridicamente rilevante, può essere esso stesso oggetto di scambi, di affari e di lucro. È poi la nascita di imprese assicurative che professionalmente si occupano di assumere rischi che determina lo stabilizzarsi di modelli negoziali sempre più elaborati che, progressivamente, fuoriescono dal settore delle incertezze connesse ai possibili danni derivanti da attività economiche per abbracciare anche tipologie di rischi non professionali, facenti capo a soggetti estranei all'attività di produzione di beni o servizi e riconnessi ai normali eventi della vita siano essi positivi o negativi[5].

In questo senso, non bisogna ritenere che necessariamente il "rischio" dedotto all'interno di un contratto di assicurazione riguardi un evento della vita sicuramente negativo ma potrà avere ad oggetto tutte quelle eventualità future che, ponendo il contraente di fronte ad una nuova realtà, impongono allo stesso di modificare le proprie abitudini. Si pensi, ad esempio, al contratto di assicurazione sulla vita per il caso di sopravvivenza che obbliga l'impresa di assicurazione a pagare un capitale o una rendita nell'ipotesi in cui l'assicurato sopravviva ad una certa data. L'evento futuro è, in questo caso, la sopravvivenza dell'individuo che, pur essendo una eventualità auspicabile e tutt'altro che negativa, espone però il contraente a nuove sfide (la vecchiaia, le malattie connesse all'invecchiamento, i minori introiti derivanti dalla cessazione dell'attività lavorativa, la maggiore disponibilità di tempo libero ecc.) che rendono opportuno il fatto di scaricare tale "rischio" su un soggetto terzo.

II. IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE NELLE DISPOSIZIONI NORMATIVE.

L'evoluzione storica sommariamente sopra riportata, spiega le ragioni dell'evoluzione normativa che la disciplina del contratto di assicurazione ha avuto in Italia.

La prima compiuta regolamentazione "moderna" del contratti di assicurazione la si rinviene, infatti, nel Codice del commercio del 1865 che, agli artt. 466 ss. disciplinava tale figura negoziale tenendola però in considerazione ancora sotto l'esclusivo profilo dell'assicurazione contro i danni tarandola, peraltro, sulle problematiche attinenti i rischi inerenti il commercio marittimo che, in quell'epoca, rappresentava il mezzo principale di distribuzione di beni.

Tale aspetto lascia emergere un dato di interesse attinente la natura del contratto di

assicurazione", DI GIANDOMENICO, G. e RICCIO, D.: *I Contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 49-52, nonché l'ampia ricostruzione svolta da ROSSETTI, M.: *Il diritto delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 2011, pp. 1-40.

[5] Cfr., le riflessioni svolte già da VIVANTE, C.: *Trattato di diritto commerciale*, IV, Piccin, Milano, 1916, pp. 418 ss.; PORRI, V.: "Lo sviluppo delle imprese assicuratrici in Italia nei rami elementari", en AA. VV.: *Lo sviluppo e il regime delle assicurazioni in Italia*, UTET, Torino, 1928, pp. 70.

assicurazione qualificabile come contratto di impresa. Questa affermazione si giustifica non solo per la collocazione della sua disciplina all'interno del Codice del commercio, ma anche per la tipologia di rischi assicurabili direttamente connessi all'esigenza di mantenere indenne il patrimonio dell'imprenditore avverso i possibili danni emergenti dall'esercizio delle attività di impresa.

Tale sistema subisce una sua prima evoluzione nel passaggio dal Codice di commercio del 1865 a quello successivo del 1882 nel quale, agli artt. 417 ss. pur permanendo una prevalente attenzione per la disciplina del contratto di assicurazione del ramo danni, compare una prima regolamentazione delle assicurazioni del ramo vita (artt. 449 – 453) segnando, per tal via, un progressivo avvicinamento del contratto di assicurazione anche alle esigenze di natura non esclusivamente commerciale.

La stessa assicurazione sul ramo danni, che nel Codice di commercio del 1865 era strutturata integralmente sulle esigenze del commercio, inizia con maggior forza ad aprirsi alla copertura di rischi propri di qualunque soggetto attribuendo all'impresa di assicurazione un ruolo diverso e più ampio.

Parallelamente alla legislazione commerciale, il Codice civile del 1865 allora vigente conosceva il contratto di assicurazione menzionandolo all'art. 1102 quale esempio di contratto aleatorio[6] esimendosi, però, dal prevederne una pur minima disciplina che rimaneva integralmente contenuta, come detto, nel coevo Codice del commercio[7].

L'evoluzione sopra decritta culmina con l'unificazione del Codice del commercio e del Codice civile in un unico corpo normativo[8]. Il "nuovo" codice civile, emanato nel 1942, determina infatti un importante passaggio normativo che porta l'intero sistema delle norme di diritto commerciale nel seno del codice civile[9]. Mentre le norme sull'impresa e sul lavoro andarono a confluire all'interno del Libro V, la disciplina di alcuni dei contratti prima disciplinati dal Codice di commercio andarono ad integrare il Libro IV del codice civile italiano. Tale è la sorte che toccò al contratto di assicurazione il quale trova la sua attuale disciplina proprio nel Codice civile agli artt. 1882 ss.

---

[6] L'articolo poco sopra menzionato così recita: "1. È contratto di sorte o aleatorio, quando per ambidue i contraenti o per l'uno di essi il vantaggio dipende da un avvenimento incerto. 2. Tali sono il contratto di assicurazione, il prestito a tutto rischio, il giuoco, la scommessa e il contratto vitalizio".

[7] Su tale profilo, DAMIANI, E.: *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 133 ss.; GAMBINO, A.: *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, cit., pp. 14 ss.

[8] Va tuttavia segnalato che disposizioni speciali in tema di contratto di assicurazione permangono tutt'ora all'interno del codice della navigazione.

[9] Nota la diatriba fra cultori del diritto commerciale e cultori del diritto civile: mentre i primi parlavano di una "commercializzazione" del diritto civile, i secondi facevano riferimento ad una "civilizzazione" del diritto commerciale.

III. IL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE NEL CODICE CIVILE E NELLE NORME DI SETTORE ATTUALI.

Come anticipato al paragrafo precedente, l'evoluzione normativa relativa al contratto di assicurazione lo ha portato a collocarsi nell'ambito delle leggi civili che, allo stato attuale, affiancano ad una disciplina generale di tale forma negoziale astrattamente riferibile tanto alle assicurazioni del ramo danni quanto a quelle del ramo vita (artt. 1882 – 1903), sezioni specificamente dedicate alla regolamentazione delle polizze danni (artt. 1904 – 1918) e di quelle vita (artt. 1919 – 1927).

Ciò che spicca all'attenzione dell'interprete è, nonostante la successiva ripartizione in rami assicurativi, la definizione unitaria di contratto di assicurazione[10] che l'art. 1882 c.c. qualifica come "il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana"[11]. Una unitarietà della definizione che si riflette sull'altrettanto inscindibile collegamento fra contratto di assicurazione ed attività assicurativa tale che il primo non può assolutamente essere letto in maniera disgiunta rispetto alla complessiva operazione posta in essere da parte dell'assicuratore e volta a neutralizzare il rischio[12].

Quello che emerge dalle disposizioni codicistiche che, in generale, si occupano di contratto di assicurazione è, dunque, l'immagine di una fattispecie aleatoria causalmente unitaria – pur se articolata in assicurazioni appartenenti al ramo vita ed assicurazioni rientranti nel ramo danni – attraverso la quale l'assicurato paga un premio per acquistare la sicurezza di annullare o ridurre un rischio futuro ed

[10] In questo senso, fra gli altri, BUTTARO, L.: "Assicurazione in generale", en AA. VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1958, pp. 345 ss.; ID.: "Assicurazione sulla vita", en AA. VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1958, pp. 611 ss.; ASCARELLI, T.: "Sul concetto unitario del contratto di assicurazione", in ID.: *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, pp. 408 ss. Sul punto si veda, di recente, LANDINI, S.: "Art. 1882", en AA. VV.: *Dei singoli contratti* (a cura di D. VALENTINO), V, UTET, Torino, 2011, pp. 39, la quale, pur evidenziando le differenze sussistenti fra assicurazioni del ramo vita ed assicurazioni del ramo danni afferma come "anche tenuto conto dell'evoluzione dell'assicurazione sulla vita, sembra però difficile negare unitarietà, dal punto di vista causale, al fenomeno dell'assicurazione considerato come pure nell'assicurazione sulla vita vi sia comunque l'assunzione di un rischio demografico da parte dell'assicuratore". Cfr, però, FANELLI, G.: *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Giuffré, Milano, 1973, pp. 467 ss.

[11] Su cui v., diffusamente, PECCENINI, F.: *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 2011, pp. 1-13.

[12] V., sul punto, GIAMPAOLINO, C. F.: *Le assicurazioni*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 169, il quale evidenzia come "il contratto di assicurazione è stipulato solo in collegamento con l'attività assicurativa. (...) Su tale piano, il rapporto viene infatti in considerazione non singolarmente, ma nel collegamento con la complessiva operazione realizzata dall'assicuratore attraverso l'utilizzazione di un particolare procedimento tecnico fondato sull'applicazione del calcolo delle probabilità".

incerto[13].

Va tuttavia segnalato come dal punto di vista normativo la disciplina del contratto di assicurazione sembra ormai essere cristallizzata nelle disposizioni codicistiche non rinvenendosi interventi organici volti ad attualizzare il diritto delle assicurazioni sul piano squisitamente negoziale.

Unico momento di possibile rottura di tale situazione di stasi si rinvenne nella prima bozza del Codice delle assicurazioni private[14] del 2003 che prevedeva -oltre al riordino delle disposizioni relative all'impresa di assicurazione, alla vigilanza in ambito assicurativo e all'intermediazione assicurativa-, la espunzione delle disposizioni contenute nel codice civile relative al contratto di assicurazione per trasporle nel nuovo testo normativo. L'idea di fondo del legislatore del 2003 era, quindi, quella di creare un corpo normativo completo nel quale rintracciare l'intera regolamentazione del fenomeno assicurativo sia per quanto concerne la disciplina del mercato che quella più marcatamente privatistica[15].

Tale tentativo, soprattutto per le critiche provenienti da una parte della dottrina[16], è però naufragato portando all'emanazione del d.lg. 7 settembre 2005, n. 209 (il c.d. codice delle assicurazioni private)[17] che reca in sé quasi esclusivamente la disciplina del mercato assicurativo (requisiti patrimoniali, strutturali, di *governance*) e dell'intermediazione[18].

---

[13] Così, BRACCIODIETA, A.: *Il contratto di assicurazione (Disposizioni generali)*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Giuffré, Milano, 2012, pp. 23-25.

[14] Tale codice doveva sostituire tutte le disposizioni precedenti che, al di fuori del codice civile, si occupavano principalmente della disciplina dell'impresa assicurativa. Va ricordato, infatti, la prima normativa sul punto risale al r.d.l. 29 aprile 1923, núm. 966 convertito con l. 17 aprile 1925, n. 473 (su cui v. ASQUINI, A.: "Diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento delle assicurazioni", in ID.: *Scritti giuridici*, I, Cedam, Padova, 1936, pp. 119 ss.) poi sostituito dal testo unico delle assicurazioni private (d.P.R. 13 febbraio 1959, n. 49). Su tali precedenti normative, v. COTTINO, G.: "L'assicurazione tra passato e presente", en AA. VV.: *L'assicurazione, l'impresa e il contratto*, Cedam, Padova, 2001, p. 7.

[15] LANDINI, S: "Art. 1882", cit., p. 37.

[16] In questo senso, GAMBINO, A.: "Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private", *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1035 ss.; BIN, M.: "Artt. 1 e 2", *Commentario al codice delle assicurazioni* (coord. da M. BIN), CEDAM, Padova, 2006, pp. 12 s.

[17] Su tali profili, CANDIAN, A.D.: "Il nuovo codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e "resistenze", *Contr. impr.*, 2006, p. 1289-1313. Sulla complessità di norme che disciplinano il contratto di assicurazione, v. CORRIAS, P.: "La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo", *Resp. civ. prev.*, 2007, pp. 1749-1774.

[18] Per i primi commenti, SERINO, A.: "Il nuovo codice delle assicurazioni private e il sistema sanzionatorio", *Temi romana*, 2005, pp. 6-17; AMOROSINO, S.: "I profili pubblicistici del nuovo Codice delle assicurazioni: disciplina di settore e potere di regulation dell'ISVAP", *Gior. dir. amm.*, 2005, pp. 1249-1254; ROSSETTI, M.: "Prime riflessioni sul nuovo codice delle assicurazioni", *Foro it.*, 2006, V, c. 108-116; FARENGA, L.: "L'impresa nel codice delle assicurazioni private", *Dir. econ.*

Quanto poco sopra affermato non deve però far pensare che il diritto delle assicurazioni sia materia poco dinamica. Dal punto di vista legislativo, soprattutto attraverso l'impulso del legislatore comunitario, numerose sono le recenti riforme di sistema già attuate dal nostro ordinamento o da attuare in tempi molto prossimi. Tali novità normative – che, come accennato, non riguardano il contratto – hanno invece ad oggetto, in primo luogo, il mercato assicurativo attraverso il recepimento della direttiva 2009/138/CE (c.d. *Solvency* II) con d.lg. 12 maggio 2015, n. 74 che ha profondamente innovato il codice delle assicurazioni in relazione alla disciplina dell'impresa assicurativa e dei controlli pubblici sulla stessa[19]. In secondo luogo, anche la disciplina dell'intermediazione assicurativa appare oggetto di una prossima e profonda riscrittura a causa del recepimento della direttiva UE/2016/97 (c.d. IDD2) e che determinerà un intervento legislativo profondo sul codice delle assicurazioni che contiene l'attuale disciplina della distribuzione dei prodotti assicurativi[20].

Sotto il profilo più squisitamente negoziale, poi, non mancano interventi normativi che, pur non avendo il requisito dell'organicità e della sistematicità, si occupano – come detto - di specifici profili di particolare attualità proponendo all'interprete nuove problematiche da risolvere. Ciò su cui ci si intende, pur se brevemente, soffermare è la tendenza ormai evidente ad assegnare al sistema assicurativo non più esclusivamente la realizzazione di interessi individuali quanto, piuttosto, di esigenze di carattere generale connesse alla necessità di garantire il giusto ristoro a soggetti che, usufruendo di servizi o beni necessari ma particolarmente rischiosi, si trovino esposti al rischio di subire ingenti danni patrimoniali.

ass., 2006, pp. 71-83; ROMA, M.: "Codice delle assicurazioni. Novità e prospettive in tema di tutela dell'assicurato-consumatore", *Dir. econ. ass.*, 2007, pp. 107-120.

[19] Il tema è particolarmente ampio e complesso ma estraneo all'oggetto del presente contributo che vuole invece focalizzarsi sulle novità inerenti il contratto di assicurazione. Per la dottrina più recente in tema di Solvency II, v. FRIGESSI DI RATTALMA, M.: "Controlli e Solvency II: il rischio frondoe assicurativa fra disciplina nazionale ed europea", *Resp. civ. prev.*, 2013, pp. 646-755; JUVARA, N. e ALTOMANI, P.: "I requisiti di governo societario introdotti in Italia in attuazione della direttiva Solvency II", *www.dirittobancario.it*, 2015, pp. 1-10; MARINO, D.M. e COSTA, S.: "L'attuazione in Italia della direttiva Solvency II: un quadro di sintesi", *www.dirittobancario.it*, 2015, pp. 1-11; ROSSI, A.: "Vigilanza finanziaria e obblighi di trasparenza alla luce della direttiva solvency II: guida introduttiva al c.d. terzo pilastro", *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 1443-1456; FEBBI, S. e BOBBO, D.: "L'evoluzione del sistema dei controlli interni delle imprese di assicurazione nel recepimento di Solvency II", *www.dirittobancario.it*, 2016, pp. 1-14.

[20] Va segnalato che anche l'attuale disciplina degli intermediari assicurativi è il frutto del recepimento della direttiva 2002/92/CE. Sulle novità introdotte dalla IDD2 v., senza pretesa di esaustività MARINO, D.M. e PANTALEO, A.: "La nuova direttiva sulla distribuzione assicurativa – Uno sguardo d'insieme e primi spunti di riflessione", *www.dirittobancario.it*, 2016, pp. 1-7.

IV. L'EVOLUZIONE DEL CONTRATTO DI ASSICURAZIONE QUALE STRUMENTO DI REALIZZAZIONE DI FUNZIONI SOCIALMENTE RILEVANTI: IL PARTICOLARE CASO DELLE ASSICURAZIONI OBBLIGATORIE PROFESSIONALI.

Tale mutamento di paradigma genera, però, importanti conseguenze poiché se è ormai dato consolidato il fatto che al centro dell'interesse dell'ordinamento nell'ambito delle assicurazioni volontarie vi sia la tutela del cliente assicurato, non altrettanto si può dire quando si passi a valutare i concreti e specifici interessi perseguiti nell'ambito delle assicurazioni obbligatorie.

Se nelle assicurazioni volontarie –intendendo per tali quelle nelle quali l'assicurando sceglie liberamente se concludere o meno e, nel caso, a quali condizioni– tutto il sistema normativo si incentra sulla protezione del contraente debole[21] imponendo al distributore del prodotto assicurativo una valutazione dell'adeguatezza dello stesso alle esigenze di protezione manifestate del cliente[22], all'interno di quei segmenti di mercato nei quali si impone la conclusione di un contratto al fine di veder tutelate e non compromesse le esigenze di tutela dei terzi più che dell'assicurato, sarà proprio l'ordinamento ad assumere un ruolo determinante al fine di prevedere le caratteristiche specifiche che tali contratti di assicurazione devono possedere.

Tale fenomeno appare estremamente visibile, in Italia, nell'ambito delle assicurazioni per la responsabilità civile dei professionisti e, in particolare, nella specifica regolamentazione delle polizze assicurative degli avvocati.

In Italia, un generico obbligo per tutti i professionisti di dotarsi di una idonea copertura assicurativa per i rischi derivanti dall'attività professionale svolta è stato introdotto con l'art. 3, comma 5, lett. e) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con l. 14 settembre 2011, n. 148[23]. Se la disposizione poco sopra menzionata rappresenta un generico obbligo per tutte le professioni, per quella forense l'obbligo di assicurarsi per la responsabilità civile deriva dall'art. 12 della l. 31 dicembre 2012,

---

[21] Su tali profili, diffusamente, CAVAZZONI, G., DI NELLA, L., MEZZASOMA, L. e RIZZO, F.: *La tutela del consumatore assicurato fra codice civile e legislazione speciale*, ESI, Napoli, 2012, *passim*.

[22] MOLITERNI, F., "Art. 120", en AA. VV.: *Il codice delle assicurazioni private* (coord. por F. CAPRIGLIONE), II, Cedam, Padova, 2007, pp. 167; ARENA, M.R.: "Adeguatezza dell'offerta assicurativa nei rami danni", *Dir. econ. ass.*, 2007, pp. 433 ss.; VOLPE PUTZOLU, G.: "La valutazione dell'adeguatezza del contratto di assicurazione offerto", en AA. VV.: *La responsabilità civile nell'intermediazione assicurativa*, Giuffré, Milano, 2011, pp. 31 ss.; PANETTI, F.: "Conflitto di interessi e adeguatezza del prodotto nella disciplina degli intermediari assicurativi: il problema dei rimedi", *Diritto ed econ. ass.*, 2011, p. 462-469; NATOLI, U.: *Il contratto «adeguato». La prestazione del cliente nei servizi di credito, investimento e assicurazione*, Giuffré, Milano, 2012, pp. 173 ss.; MERGATI, M.: "La responsabilità civile nell'intermediazione assicurativa. La valutazione di adeguatezza e/o appropriatezza del contratto di assicurazione", *Nuovo not. giur.*, 2012, pp. 117 ss.; CANDIAN, A., "Art. 120", en AA. VV.: *Codice delle assicurazioni private* (coord. por. A. CANDIAN e G. CARRIERO), ESI, Napoli, 2014, pp. 455 ss.

[23] Su tali interventi normativi, GARONNA, P.: L'assicurazione della responsabilità professionale: problemi e prospettive", *Assicurazioni*, 2012, pp. 621 ss.

n. 247 la cui efficacia è però subordinata all'emanazione da parte del Ministero della Giustizia, e sentito il Consiglio Nazionale Forense (CNF)[24], di un Decreto ministeriale che fissi le condizioni essenziali di polizza[25]. Tale regolamentazione delegata è stata di recente emanata con D.M. 22 settembre 2016 recante "Condizioni essenziali e massimali minimi delle polizze assicurative a copertura della responsabilità civile e degli infortuni derivanti dall'esercizio della professione di avvocato".

L'assicurazione obbligatoria dell'avvocato, quindi, si pone in un più vasto panorama assicurativo che vede il legislatore particolarmente sensibile verso l'esigenza di evitare che l'esercizio di professioni particolarmente complesse possa risolversi nella causazione di danni ai destinatari delle stesse. In caso di produzione di un danno, infatti, questi potrebbero non trovare soddisfazione nel patrimonio del professionista danneggiante.

In tali circostanze, come sembra evidente, l'ordinamento ritiene necessario frapporre fra la responsabilità di un professionista e l'azione risarcitoria eventualmente intentata dal danneggiato, un soggetto (la compagnia di assicurazione) che strutturalmente e patrimonialmente è in grado di metabolizzare il rischio attraverso il proprio patrimonio. Una necessità che, però, non è frutto di un mero capriccio ma risponde alla centrale esigenza di veder realizzati –o non veder compromessi– interessi che il sistema ritiene di dover necessariamente tutelare. Anziché socializzare un eventuale rischio, si chiede aiuto al mercato assicurativo imponendo al possibile danneggiante di dotarsi di una idonea copertura assicurativa.

Ma se così stanno le cose, è evidente come nell'ambito delle assicurazioni obbligatorie si registri un sostanziale mutamento di paradigma poiché mentre al centro dell'attenzione del mercato assicurativo "comune" vi è l'interesse dell'assicurato a realizzare integralmente le proprie esigenze assicurative[26], all'interno delle assicurazioni obbligatorie acquistano invece centralità interessi altri ed ulteriori normalmente riconnessi alla tutela dei terzi eventualmente danneggiati. L'interesse dell'assicurato, pur presente, è di regola meramente recessivo. Il problema che si pone l'ordinamento, cioè, non è tanto quello di salvaguardare il patrimonio del professionista assicurato quanto, piuttosto, garantire la certezza del risarcimento agli

[24] Il C.N.F. ha fornito il proprio Parere in data 15 luglio 2016, in http://www.consiglionazionaleforense.it.

[25] In questo senso, art. 12, comma 5 della l. n. 247 del 2012.

[26] V. FERRARI, *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, cit., p. 208, il quale evidenzia come «nonostante le assicurazioni obbligatorie rientrino nella categoria generale delle assicurazioni della responsabilità civile, deve considerarsi come in realtà i destinatari della tutela indennitaria vengano ad essere – oltre all'assicurato-danneggiante rispetto alla pretesa indennitaria subita – anche i danneggiati, che possono riporre sicuro affidamento in ordine al soddisfacimento delle proprie ragioni risarcitorie. [...] I lineamenti generali di disciplina appena esposti mettono immediatamente in primo piano la funzione sociale svolta dalle assicurazioni obbligatorie, strumentale all'attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione».

eventuali terzi danneggiati.

È proprio in funzione di tali diversi interessi che si giustifica una sostanziale compressione dell'autonomia negoziale che si concretizza non solo sul *se* stipulare una polizza assicurativa, ma anche sul *come* questa deve essere strutturata.

Ma se così stanno le cose appare evidente come il concetto di adeguatezza e di equilibrio contrattuale riferito ai contratti di assicurazione rientranti nell'ambito dei settori obbligatori debbano necessariamente ricevere una consistenza del tutto distinta e, di fatto, estremamente attenuata.

Se gli interessi da perseguire non sono più quelli singolari appartenenti ad uno specifico cliente che è parte di una infinita varietà di contraenti ma, al contrario, sono quelli generali individuati dall'ordinamento, è evidente che la valutazione di adeguatezza di una polizza venga sottratta al singolo distributore per essere assolta – *erga omnes* ed in astratto– da parte del regolatore.

Sarà l'ordinamento che, valutato l'interesse da perseguire e calato lo stesso nelle peculiari caratteristiche della professione considerata, imporrà la conclusione di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile e detterà le caratteristiche che lo stesso deve avere affinché possa materialmente realizzare le finalità prospettate[27].

In altre parole, la valutazione di adeguatezza del prodotto verrà individuata dall'alto: sarà il legislatore a conformare il contratto di assicurazione oggettivizzando ogni valutazione ed imponendola alla massa dei professionisti.

Ben inteso che, in tutto ciò, non vi è nulla di male né risulta rintracciabile, in astratto, alcun pericolo. Il concetto dell'autonomia privata quale dogma inattaccabile è ormai tramontato da tempo[28] in favore di concezioni dell'autonomia contrattuale che, vedendo nella stessa uno strumento di realizzazione degli interessi, ammettono che il volere dei privati, in funzione di particolari esigenze ed interessi, venga eteroregolamentato[29].

---

[27] Va da sé che il rispetto di tali condizioni minime non precluda l'inclusione di ulteriori elementi contrattuali negoziati direttamente fra le parti i quali, purché compatibili con le condizioni minime, dovranno comunque essere oggetto di valutazione di adeguatezza da parte del distributore del prodotto. Una adeguatezza che, stando alle peculiarità che caratterizzano le assicurazioni obbligatorie, dovrebbe chiamare la controparte professionale a valutare l'inclusione di elementi aggiuntivi non solo in relazione alle esigenze dell'assicurato, ma anche a quelle che l'ordinamento si prefiggeva di realizzare.

[28] Senza pretesa di esaustività PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, ESI, Napoli 1975, p. 70; ID.: *Profili del diritto civile*, ESI, Napoli 1994, p. 242; ID.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006, pp. 334 ss.

[29] Con specifico riferimento alle limitazioni all'autonomia privata imposte nell'àmbito delle assicurazioni obbligatorie, si veda V. FERRARI: *I contratti di assicurazione contro i danni e sulla vita*, cit., pp. 209 s., il quale, evidenziando tale profilo, afferma come «siffatte limitazioni sono perfettamente

Il problema, però, è chiedersi se tale eteroregolamentazione determini, nel caso di specie, una valutazione positiva in termini di adeguatezza del prodotto assicurativo eteroconformato e di equilibrata allocazione dei diritti e dei doveri reciproci.

È chiaro che qui non si possa richiedere al legislatore –che per definizione opera attraverso disposizioni generali ed astratte– una valutazione "sartoriale" delle polizze ma, questo forse sì, che quanto meno non inciampi nella logica delle "taglie uniche".

Non bisogna infatti dimenticare da un lato che comunque permane, seppur assumendo contorni recessivi, l'interesse ad ottenere una adeguata copertura da parte del professionista assicurato e, dall'altro, che tali polizze devono comunque essere calate all'interno del sistema e con lo stesso devono risultare compatibili.

Sotto tale profilo, il D. M. 22 settembre 2016, come a breve si vedrà, desta qualche dubbio. Non nel senso che tutto quanto in esso previsto sia carente o errato[30], ma per il fatto che alcune disposizioni dallo stesso imposte possono risultare eccessive, sovrabbondanti, inadeguate e, per certi aspetti, anche invalide.

V. Spunti di riflessione in tema di eteroconformazione delle polizze assicurative per la responsabilità civile degli avvocati.

Il profilo che si intende in questa sede trattare, pur se brevemente, è quello attinente la necessaria retroattività illimitata della polizza. L'art. 2 del D.M. 22 settembre 2016, infatti, impone che tutte le polizze professionali debbano "prevedere, anche in favore degli eredi, una retroattività illimitata"[31].

Una tale previsione negoziale, come pare evidente, allontana le assicurazioni sulla responsabilità civile degli avvocati dallo schema negoziale classico previsto dall'art. 1917, comma 1 del codice civile italiano per le assicurazioni contro i danni. Il dettato codicistico, infatti, prevede che in tali tipologie di assicurazioni "l'assicuratore è

legittime, anche sotto un profilo costituzionale, poiché, se è vero che l'autonomia privata gode di tutela costituzionale all'art. 41 Cost., è altrettanto indiscutibile che questa stessa norma pone quale limite all'iniziativa economica privata, la sua compatibilità con la libertà, la sicurezza e la dignità della persona. È, quindi, evidente che la funzione sociale delle assicurazioni obbligatorie, essendo orientata a finalità di tutela tanto degli assicurati che dei danneggiati, consenta e legittimi delle restrizioni all'autonomia negoziale».

[30] Positiva appare la necessità che l'assicurazione copra ogni tipo di danno sia esso patrimoniale che non patrimoniale (art. 1, comma 1 del D. M. 22 settembre 2016); che assicuri il professionista anche in caso di colpa grave (art. 1, comma 3); che preveda l'obbligo di una garanzia decennale postuma in caso di cessazione dell'attività (art. 2, comma 1); la previsione del divieto di recesso da parte delle assicurazioni in caso di sinistro o di condanna al risarcimento del danno (art. 2, comma 2); la fissazione di adeguati massimali (art. 3)

[31] Cfr., preliminarmente, le considerazioni di Bosa, S.: "Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, pp. 272 ss.

obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo"[32]. Stando alla lettera del codice civile, quindi, solo i danni derivanti da sinistri accaduti durante la vigenza del contratto di assicurazione possono essere oggetto di indennizzo da parte dell'assicuratore così, almeno apparentemente, escludendo che lo stesso possa essere chiamato ad indennizzare danni causalmente derivanti da sinistri accaduti precedentemente alla conclusione del contratto.

L'antecedente logico/normativo alla disposizione da ultimo menzionata viene comunemente rintracciato nell'art. 1895 del codice civile che sancisce la nullità del contratto di assicurazione "se il rischio non è mai esistito o se ha cessato di esistere prima della conclusione del contratto". Dall'interpretazione rigida delle disposizioni codicistiche sopra menzionate si ricavava, in estrema sintesi, la non assicurabilità di danni derivanti da sinistri antecedenti la conclusione del contratto in quanto, in tutte quelle circostanze, il rischio – inteso come produzione di un danno quale conseguenza di una condotta –, essendosi già realizzato prima della conclusione del contratto di assicurazione aveva cessato di essere "rischio" tramutandosi in "certezza" dell'obbligo risarcitorio.

La prassi negoziale prima[33], e la giurisprudenza poi, hanno però fortemente innovato tali rigidi orientamenti con l'introduzione delle c.dd. clausole *claims made* che, per lo meno nella loro formulazione pura, garantiscono la copertura di rischi derivanti da sinistri già verificatisi prima della conclusione del contratto così introducendo una sostanziale retroattività della copertura[34].

Attraverso tali clausole, infatti, saranno oggetto di indennizzo anche i danni prodotti

[32] V., sul punto, le considerazioni di VOLPE PUTZOLU, G.: "La clausola «*claims made*». Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.", *Assicurazioni*, 2006, p. 10.

[33] V., sul punto, le ricostruzioni di CARASSALE, U.: "La clausola *claims made* nelle polizze di responsabilità civile professionale", *Danno resp.*, 2006, p. 600; CESARANI, F.: "Origine e sviluppi della clausola *claims made* nei mercati internazionali", *Diritto ed econ. ass.*, 2007, pp. 799 ss.

[34] Cfr., senza pretesa di esaustività, MONTI, A.: "In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile", *Dir. economia ass.*, 2005, pp. 531 ss.; DE STROBEL, D.: "La vicenda delle «claims made»", *ivi*, 2006, p. 531 ss.; AMENDOLAGINE, V.: "Clausola "claims made", alea contrattuale e copertura assicurativa per la responsabilità civile", *Contratti*, 2014, pp. 532 ss.; ID.: "Clausola "claims made" e responsabilità dell'assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà", *Giur. it.*, 2012, pp. 2559 ss.; MAGNI, F. A.: "Gli incerti limiti di validità della "clausola claims made" nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile", *Corr. mer.*, 2013, pp. 1164 ss.; GAZZARA, M.: "Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza", *Contratti*, 2013, pp. 887 ss.; MONTICELLI, S.: "La clausola "claims made" tra abuso del diritto e immeritevolezza", *Danno e resp.*, 2013, pp. 701 ss.; NARDO, D. e TASSONE, B.: "Le clausole "claims made" di nuovo in Cassazione: atto quarto o semplice bis?", *Danno e resp.*, 2016, pp. 187 ss.; LOCATELLI, L.: "Clausole claims made e giudizio di vessatorietà", *Resp. civ. e prev.*, 2016, pp. 529 ss.; DE LUCA, N.: ""Act committed", loss occurence, claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?", *Banca, borsa, titoli cred.*, 2015, pp. 721 ss.; PAGNI, C.: "Le claims made e le Sezioni Unite: spunti operativi tra questioni risolte e questioni aperte", *dirittobancario.it*, 2016, pp. 1 ss.

da condotte precedenti alla conclusione del contratto per i quali, però, la richiesta di indennizzo venga formulata nel periodo di vigenza del contratto. Tutto ciò a condizione che il fatto generatore del danno sia avvenuto entro il termine di retroattività della polizza e che il sinistro non era conosciuto né conoscibile da parte dell'assicurato al momento della conclusione del contratto.

Il profilo della validità di tali clausole è stato al centro di un fervente dibattito dottrinale e giurisprudenziale che qui sembra eccessivo riprodurre[35]. Basti solo far menzione, ai fini della presente trattazione, come sul punto si siano recentemente pronunciate le Sezioni Unite della Corte di cassazione[36] decretando la sostanziale ammissibilità delle clausole *claims made* –pur se richiamando l'interprete ad un generale obbligo di valutazione caso per caso della meritevolezza delle stesse– sdoganando, così, la possibilità di garantire retroattività alla copertura assicurativa.

Tale posizione si giustifica attraverso una interpretazione, sicuramente persuasiva, secondo la quale il "rischio" che viene ad essere preso in considerazione all'interno di tali clausole non è tanto il rischio che venga posta in essere una condotta generatrice di un danno, quanto il rischio che quel danno si sia effettivamente prodotto e che venga denunciato durante l'arco di efficacia del contratto di assicurazione. Il "rischio", cioè, non cessa per il solo fatto che la condotta dannosa si sia già esaurita ma, al contrario, persiste ove ricorrano due condizioni: da un lato che l'assicurato non sia a conoscenza del sinistro o, legittimamente, non lo percepiva come tale e, dall'altro, che il danneggiato proceda a reclamare il risarcimento per la prima volta solo dopo la conclusione del contratto di assicurazione.

VI. Considerazioni critiche sul D. M. 22 settembre 2016.

Date queste brevi ed approssimative premesse, va però valutato se nel panorama professionale nel quale ci troviamo ad operare, tale generica e tassativa imposizione della retroattività, vada a conformare adeguatamente i prodotti assicurativi o, detto in altre parole, se vada a creare regolamenti negoziali equilibrati[37].

[35] Sia concesso rinviare, per ogni opportuno riferimento a GAGGERO, P.: "Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made", *Contr. impr.*, 2013, pp. 403 ss.

[36] Si tratta di Cass., Sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *giustizia civile.com*, 2016, con nota di BIZZARRI, G.: "Le Sezioni Unite sulle clausole claims made: un'indagine approfondita in tema di meritevolezza, liceità, vessatorietà e rimedi", a cui si rinvia per una compiuta trattazione delle problematiche connesse al tema. Sul punto v., pure, MAZZOLA M., "Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»", *Riv. dir. bancario*, 2016, 5, pp. 1 ss.; SPADAFORA, N. e SCARPA, D.: "Clausola claims made e disciplina del consumo (commento a margine della sentenza Cass. 6 maggio 2016, n. 9140)", in *dirittobancario.it*, 2016, pp. 1 ss.

[37] Pur se riflettendo in termini maggiormente generali, si preoccupa di verificare le problematiche poste da tali clausole all'interno delle assicurazioni c.dd. obbligatorie, GAZZARRA, M.: "Il difficile

Se è vero che con il D.M. 22 settembre 2016 il regolatore ha inteso intervenire, correndo ai ripari, all'interno di un sistema composto da una molteplicità di professionisti che, per lungo tempo ed in assenza di alcun obbligo assicurativo, hanno svolto la professione di avvocato, è pur vero che il Decreto in parola è destinato ad operare anche nel futuro che è fatto –e lo sarà sempre di più– da soggetti che iniziano ad esercitare la professione in costanza dell'obbligo assicurativo.

Ma se i danni assicurati sono, ai sensi dell'art. 1 del D.M. 22 settembre 2016, quelli derivanti dall'esercizio della professione appare evidente come imporre una copertura retroattiva –ed una conseguente ultrattività decennale– anche a quegli avvocati che si iscrivono all'Albo sotto la vigenza dell'obbligo assicurativo e che contestualmente, essendone obbligati, stipulano una polizza assicurativa sulla responsabilità civile professionale, sia una previsione che non realizza alcun vantaggio pratico ma che, anzi, appare foriera di trattamenti ingiustificatamente deteriori. La retroattività, come pure l'ultrattività, hanno un costo che si giustifica solo se lo stesso sia necessario al raggiungimento di finalità meritevoli[38].

Appare invece evidente come, nei casi ipotizzati, la tipologia di polizza maggiormente adeguata ed equilibrata agli interessi perseguiti dal legislatore dovrebbe essere proprio quella descritta dall'art. 1917 del codice civile che, coprendo i danni derivanti da sinistri verificatisi durante il periodo di vigenza della polizza, permette all'assicurato e ai terzi di essere pienamente tutelati; scongiura l'eventualità di dover prevedere una garanzia postuma[39]; renderebbe più agevole

rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale", *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, pp. 1213 ss.

[38] Così, BOSA, S.: "Il contratto di assicurazione", cit., pp. 275-276, dove afferma che "appare più che discutibile, ad esempio, che una copertura claims made, con clausola di retroattività, possa considerarsi «adeguata» per un giovane professionista che inizia l'attività lavorativa in concomitanza con l'entrata in vigore dell'obbligo assicurativo (visto che non vi è alcun interesse a una copertura per i rischi pregressi".

[39] Giova sul punto segnalare come la garanzia postuma decennale prevede che il professionista che riceva una domanda risarcitoria entro dieci anni dalla cessazione dell'attività dovrà essere mantenuto indenne da parte dell'assicurazione. In un àmbito caratterizzato da danni lungolatenti, però, una garanzia postuma decennale potrebbe risultare insufficiente. La regola generale in termini di prescrizione prevede, infatti, che il termine inizi a decorrere dal momento in cui il diritto (nel caso di specie l'azione per l'accertamento di una responsabilità contrattuale) possa essere fatto valere da parte del suo titolare. Questo significa che il danno subito dal cliente del professionista ormai inattivo potrebbe emergere anche molti anni dopo la cessazione dell'attività professionale ed è da quel momento, quindi, che inizierà a decorrere il termine decennale di prescrizione. Stando cosí le cose, l'eventuale richiesta risarcitoria potrà legittimamente pervenire anche dopo lo spirare della garanzia decennale postuma determinando il legittimo rifiuto dell'assicurazione di mantenere indenne il professionista. Cosí facendo, però, si rischia non solo e non tanto di vulnerare l'interesse del professionista a mantenere integro il proprio patrimonio -interesse questo che, come detto, appare recessivo all'interno di tali assicurazioni obbligatorie-, ma di porre in pericolo il diritto del danneggiato ad ottenere il ristoro del danno subito che, al contrario, è interesse centrale del legislatore.

cambiare assicuratore stimolando, così, una più forte concorrenza[40] e, da ultimo, non creerebbe problemi in caso di sospensione momentanea dell'attività professionale[41].

Il generico obbligo di polizza retroattiva, necessario sicuramente ove applicato a soggetti che già esercitano l'attività professionale, si rivela in tutti gli altri casi una imposizione abnorme, non giustificata e, come si vedrà a breve, che desta anche dubbi di validità.

Come ricordato al paragrafo precedente, infatti, la validità della clausole *claims made* viene ancorata al fatto che, in tali circostanze, il "rischio non ha cessato di esistere" ai sensi dell'art. 1895 del codice civile poiché lo stesso viene contrattualmente individuato nell'incertezza derivante dal fatto che un precedente sinistro abbia generato un danno del quale si chiede per la prima volta il risarcimento durante il periodo di efficacia della polizza.

Ma è evidente che perché questo "rischio" –per come contrattualmente delineato– materialmente "esista" è però necessario che, per lo meno astrattamente, il sinistro foriero di un danno indennizzabile ai sensi della polizza si sia potuto verificare. Se i danni indennizzabili sono però quelli derivanti dall'esercizio della professione forense e se questa professione viene ad essere intrapresa contestualmente alla stipula di un contratto di assicurazione per la responsabilità civile professionale, è evidente che non ricorra l'astratta possibilità che un sinistro foriero di un danno indennizzabile si sia verificato in passato. La retroattività, in tali circostanze, assicurerebbe un rischio che "non è mai esistito" circostanza che, sempre ai sensi dell'art. 1895 del codice civile, pone seri problemi di validità del contratto (*rectius*:

[40] Va infatti segnalato come l'inclusione di una clausola *claims made* illimitatamente retroattiva all'interno di una polizza per la responsabilità professionale determina una conseguenza sostanziale di estremo rilievo che si concretizza nel fatto che, in caso di passaggio ad altre imprese di assicurazione, l'ultima di queste assumerà su di sé tutti i rischi pregressi e, in caso di cessazione di attività, anche quelli connessi al periodo decennale di ultrattività. Le imprese che in precedenza avevano assicurato il professionista, al contrario, non potranno essere chiamate ad indennizzare alcun danno fatta eccezione per quelli eventualmente già denunciati in costanza della polizza dalle stesse sottoscritta. Appare però evidente che, verosimilmente, sarà molto difficile trovare imprese di assicurazione disposte ad assumere un rischio cosí elevato dietro il pagamento di poche annualità di premio o, ove lo fossero, dovranno prevedere premi molto piú elevati rispetto a quelli normalmente praticati e, sostanzialmente, fuori mercato. In tali casi, infatti, il rischio è estremamente elevato. Ciò significa che vi sarà un limite temporale nella carriera di un professionista oltre il quale sarà del tutto antieconomico cambiare impresa di assicurazione imponendo di fatto allo stesso di permanere con la medesima impresa e limitando per tal via il gioco della concorrenza fra gli operatori di mercato.

[41] Appare evidente che, nel caso in cui un avvocato sospenda momentaneamente la propria professione per dedicarsi ad attività incompatibili o per le piú disparate esigenze della vita si troverà, da un lato, a dover continuare a pagare l'assicurazione (pur non esercitando in quel periodo la professione) per scongiurare il rischio di rimanere privo di copertura nel caso in cui la domanda risarcitoria del cliente pervenga durante il periodo di sospensione dell'attività e, dall'altro, di assicurare retroattivamente anche il periodo di sospensione all'interno del quale, non avendo agito quale avvocato, non ha sicuramente generato danni coperti dalla polizza professionale.

della clausola *claims made*).

Oltre a tale profilo, ulteriori problematiche in punto di adeguatezza del prodotto sembrano potersi rintracciare nell'art. 5, comma 3 del D.M. 22 settembre 2016 che, chiudendo il quadro, impone l'obbligo di adeguare le polizze stipulate prima dell'entrata in vigore dello stesso D.M. alle disposizioni in esso contenute.

Tale disposizione, riferita sempre allo specifico obbligo di prevedere la retroattività della copertura, appare ingiustificata e pregiudizievole se applicata a tutti quei professionisti che, anche in assenza di un obbligo assicurativo, abbiano comunque ritenuto opportuno assicurarsi magari concludendo una polizza sulla responsabilità ai sensi dell'art. 1917 del codice civile. Ove tale rapporto assicurativo si sia mantenuto per un periodo superiore al termine decennale di prescrizione per far valere un eventuale diritto risarcitorio da parte di terzi, è evidente l'inutilità di imporre –una volta entrato in vigore il D. M. 22 settembre 2016– la conclusione di una nuova polizza assicurativa retroattiva e con garanzia postuma risultando maggiormente adeguato prevedere la prosecuzione di un rapporto negoziale basato sullo schema *loss occurrence*. Basti qui solo segnalare che, in tale ultima circostanza, per i danni eventualmente prodotti dall'assicurato attraverso condotte che si siano svolte in costanza della polizza *loss occurence* ma denunciati nel periodo di vigenza della polizza *claims made* che ha sostituito la prima, l'avvocato sarebbe coperto per il medesimo danno da due distinte polizze.

Nulla di invalido in questo caso dal momento che l'eventualità che uno stesso danno sia assicurato presso diversi assicuratori è fattispecie tipizzata dallo stesso codice civile all'art. 1910[42], ma appare evidente l'inutilità pratica di imporre ad un professionista di pagarsi una doppia copertura sottoponendolo per il futuro ad un regime assicurativo che, per altro, risulta deteriore rispetto a quello fino ad allora goduto.

VII. CONCLUSIONI.

In conclusione, l'obbligo di retroattività della copertura, sicuramente adeguato se previsto come mera disposizione transitoria alla quale assegnare l'esclusiva finalità di traghettare la professione forense verso l'entrata a pieno regime dell'obbligo assicurativo, si dimostra invece del tutto inadeguato come disciplina ordinaria e non va trascurato che, come accennato, la "categoria" degli avvocati che già esercitano la professione è destinata inevitabilmente ad esaurirsi in favore della massa dei neoiscritti agli Albi che andranno ad accedere alla professione in costanza

[42] L'articolo, prevede però degli specifici oneri per l'assicurato che si determini ad assicurare il medesimo danno con più assicuratori il cui mancato ottemperamento può anche determinare il legittimo rifiuto dell'assicurazione di pagare l'indennizzo.

dell'obbligo assicurativo sostituendo progressivamente i propri colleghi.

Imporre a tali soggetti una polizza retroattiva appare inadeguato e foriero anche di incertezze in grado di porre in serio rischio il sistema assicurativo. Se infatti tali clausole, dopo essere state introdotte in maniera indistinta all'interno di tutti i contratti di assicurazione dovessero essere in futuro considerate nulle si porrà il problema di verificare quale sia il modello assicurativo cui risponderanno le polizze decurtate delle clausole *claims made*. Stando almeno ai piú recenti arresti della giurisprudenza , nelle ipotesi in parola si dovrebbe applicare la disciplina codicistica delle assicurazioni contro i danni e quindi, per quello che qui interessa, il modello *loss occurence* di cui all'art. 1917 c.c. Una tale eventualità, però, appare tutt'altro che neutra per le imprese di assicurazione che fondano la propria attività proprio sulla valutazione dei rischi assicurati i quali, raggruppati omogeneamente, permettono all'impresa una valutazione statistico-attuariale degli stessi e, quindi, l'accantonamento di adeguate riserve tecniche. Appare però evidente che il rischio varia in funzione della tipologia di contratto che vincola l'assicurazione ed è evidente che una modifica giudiziaria tanto profonda della polizza inciderà in maniera sostanziale sul rischio assunto da parte dell'impresa e sull'adeguatezza della conformazione strutturale e patrimoniale che la stessa si era data. In altre parole, le imprese di assicurazione si troverebbero a scoprire di aver assicurato un rischio diverso rispetto a quello previsto dalle polizze originariamente concluse con ripercussioni sicuramente non positive in termini di stabilità del sistema che dovrebbe riorganizzarsi sulla scorta della nuova realtà imposta.

Sarebbe stato forse piú adeguato, allora, prevedere il regime di retroattività di cui all'art. 2 del D.M. 22 settembre 2016 esclusivamente per i professionisti già iscritti – magari con una retroattività che decorra dal giorno di iscrizione all'Albo– e, al contrario, prevedere per i neoiscritti l'obbligo di stipulare polizze di diritto comune secondo lo schema dell'art. 1917 c.c.

È vero che il mercato si dimostra sempre impermeabile a contratti che non rispondano alle aspettative degli operatori dello stesso e che -stando almeno alla prassi negoziale ormai consolidata la quale tende in tale settore a stipulare polizze con clausole *claims made*-, il modello codicistico di cui all'art. 1917 c.c. non sembra trovare il favore degli operatori ma, allo stesso modo, non sembra una scelta opportuna quella di imporre soluzioni prive di proporzionalità ed adeguatezza le quali, peraltro, aprono la porta a problematiche destabilizzanti.

Se è vero che il contratto deve fare i conti con il mercato nel quale lo stesso deve essere calato, è pur vero che verrà un tempo nel quale il mercato dovrà necessariamente fare i conti con il diritto.

BIBLIOGRAFIA

AMENDOLAGINE, V.: "Clausola "claims made" e responsabilità dell'assicuratore: quando ricorre il carattere della vessatorietà", *Giur. it.*, 2012.

AMENDOLAGINE, V.: "Clausola "claims made", alea contrattuale e copertura assicurativa per la responsabilità civile", *Contratti*, 2014.

AMOROSINO, S.: "I profili pubblicistici del nuovo Codice delle assicurazioni: disciplina di settore e potere di regulation dell'ISVAP", *Gior. dir. amm.*, 2005.

ANGELICI, C.: "Aggravamento e altre modifiche del rischio", *Assicurazioni*, 1985.

ARENA, M.R.: "Adeguatezza dell'offerta assicurativa nei rami danni", *Dir. econ. ass.*, 2007.

ASCARELLI, T.: "Sul concetto unitario del contratto di assicurazione", in ID.: *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949.

ASQUINI, A.: "Diritto pubblico e diritto privato nell'ordinamento delle assicurazioni", in ID.: *Scritti giuridici*, I, Cedam, Padova, 1936.

BIN, M.: "Artt. 1 e 2", *Commentario al codice delle assicurazioni* (coord. da M. BIN), CEDAM, Padova, 2006.

BIZZARRI, G.: "Le Sezioni Unite sulle clausole claims made: un'indagine approfondita in tema di meritevolezza, liceità, vessatorietà e rimedi", in *giustizia civile.com*, 2016.

BOSA, S.: "Il contratto di assicurazione professionale tra mercato e recenti normative", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015.

BRACCIODIETA, A.: *Il contratto di assicurazione (Disposizioni generali)*, in *Cod. civ. Commentario* Schlesinger, Giuffré, Milano, 2012.

BUTTARO, L.: "Assicurazione in generale", in AA. VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1958.

BUTTARO, L.: "Assicurazione sulla vita", in AA. VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1958.

CANDIAN, A., "Art. 120", en AA. VV.: *Codice delle assicurazioni private* (coord. por. A.

CANDIAN e G. CARRIERO), ESI, Napoli, 2014.

CANDIAN, A.D.: "Il nuovo codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e "resistenze"", *Contr. impr.*, 2006.

CARASSALE, U.: "La clausola *claims made* nelle polizze di responsabilità civile professionale", *Danno resp.*, 2006.

CASSANDRO, G.: "Assicurazioni (storia)", in AA. VV.: *Enciclopedia del diritto*, Giuffré, Milano, 1958.

CAVAZZONI, G./ DI NELLA, L./ MEZZASOMA, L./ RIZZO, F.: *La tutela del consumatore assicurato fra codice civile e legislazione speciale*, ESI, Napoli, 2012.

CESARANI, F.: "Origine e sviluppi della clausola *claims made* nei mercati internazionali", *Diritto ed econ. ass.*, 2007.

CORRIAS, P.: "La disciplina del contratto di assicurazione tra codice civile, codice delle assicurazioni e codice del consumo", *Resp. civ. prev.*, 2007.

COTTINO, G.: "L'assicurazione tra passato e presente", in AA. VV.: *L'assicurazione, l'impresa e il contratto*, Cedam, Padova, 2001.

DAMIANI, E.: *Contratto di assicurazione e prestazione di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 2008.

DE LUCA, N.: ""Act committed", loss occurence, claims made nelle assicurazioni dei rischi professionali. Anche la Cassazione è giudice monocratico?", *Banca*, *borsa*, *titoli cred.*, 2015.

DE STROBEL, D.: "La vicenda delle «claims made»", *Dir. economia ass.*, 2006.

DI GIANDOMENICO, G.: "La qualificazione giuridica del contratto di assicurazione", DI GIANDOMENICO, G./ RICCIO, D.: *I Contratti speciali. I contratti aleatori*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Giappichelli, Torino, 2005.

DONATI, A.: Trattato del diritto delle assicurazioni private, I, Giuffré, Milano, 1952.

FANELLI, G.: *Le assicurazioni*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Giuffré, Milano, 1973.

FARENGA, L.: "L'impresa nel codice delle assicurazioni private", *Dir. econ. ass.*, 2006.

FEBBI, S./ BOBBO, D.: "L'evoluzione del sistema dei controlli interni delle imprese

di assicurazione nel recepimento di Solvency II", *www.dirittobancario.it*, 2016.

FRIGESSI DI RATTALMA, M.: "Controlli e Solvency II: il rischio frondoe assicurativa fra disciplina nazionale ed europea", *Resp. civ. prev.*, 2013.

GAGGERO, P.: "Validità ed efficacia dell'assicurazione della responsabilità civile claims made", *Contr. impr.*, 2013.

GAMBINO, A.: "Note critiche sulla bozza del codice delle assicurazioni private", *Giur. comm.*, I, 2004.

GAMBINO, A.: *L'assicurazione nella teoria dei contratti aleatori*, Giuffré, Milano, 1964.

GARONNA, P.: L'assicurazione della responsabilità professionale: problemi e prospettive", *Assicurazioni*, 2012.

GASPERONI, N.: "Assicurazione (in generale), in AA. VV.: Nuovo digesto, I, UTET, Torino, 1957.

GAZZARA, M.: "Annullamento del contratto di assicurazione per reticenza", *Contratti*, 2013.

GAZZARRA, M.: "Il difficile rapporto tra clausola claims made e assicurazione obbligatoria della responsabilità professionale", *Nuove leggi civ. comm.*, 2012.

GIAMPAOLINO, C.F.: *Le assicurazioni*, Giappichelli, Torino, 2011.

JUVARA, N. e ALTOMANI, P.: "I requisiti di governo societario introdotti in Italia in attuazione della direttiva Solvency II", *www.dirittobancario.it*, 2015.

LANDINI, S.: "Art. 1882", in AA. VV.: *Dei singoli contratti* (a cura di D. VALENTINO), V, UTET, Torino, 2011.

LOCATELLI, L.: "Clausole claims made e giudizio di vessatorietà", *Resp. civ. e prev.*, 2016.

MAGNI, F. A.: "Gli incerti limiti di validità della "clausola claims made" nei contratti di assicurazione per la responsabilità civile", *Corr. mer.*, 2013.

MARINO, D.M. e COSTA, S.: "L'attuazione in Italia della direttiva Solvency II: un quadro di sintesi", *www.dirittobancario.it*, 2015.

MARINO, D.M. e PANTALEO, A.: "La nuova direttiva sulla distribuzione assicurativa

– Uno sguardo d'insieme e primi spunti di riflessione", *www.dirittobancario.it*, 2016.

MAZZOLA M., "Le polizze claims made al vaglio delle Sezioni Unite: osservazioni «a margine»", *Riv. dir. bancario*, 5, 2016.

MERGATI, M.: "La responsabilità civile nell'intermediazione assicurativa. La valutazione di adeguatezza e/o appropriatezza del contratto di assicurazione", *Nuovo not. giur.*, 2012.

MOLITERNI, F., "Art. 120", en AA. VV.: *Il codice delle assicurazioni private* (coord. por F. CAPRIGLIONE), II, Cedam, Padova, 2007.

MONTI, A.: "In tema di liceità della clausola claims made nel contratto di assicurazione della responsabilità civile", *Dir. economia ass.*, 2005.

MONTICELLI, S.: "La clausola "claims made" tra abuso del diritto e immeritevolezza", *Danno e resp.*, 2013.

NARDO, D. e TASSONE, B.: "Le clausole "claims made" di nuovo in Cassazione: atto quarto o semplice bis?", *Danno e resp.*, 2016.

NATOLI, U.: *Il contratto «adeguato». La prestazione del cliente nei servizi di credito, investimento e assicurazione*, Giuffré, Milano, 2012.

PAGNI, C.: "Le claims made e le Sezioni Unite: spunti operativi tra questioni risolte e questioni aperte", *dirittobancario.it*, 2016.

PANETTI, F.: "Conflitto di interessi e adeguatezza del prodotto nella disciplina degli intermediari assicurativi: il problema dei rimedi", *Diritto ed econ. ass.*, 2011.

PECCENINI, F.: *Dell'assicurazione*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 2011.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P.: *Profili del diritto civile*, ESI, Napoli 1994.

PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, ESI, Napoli 1975.

PORRI, V.: "Lo sviluppo delle imprese assicuratrici in Italia nei rami elementari", in AA. VV.: *Lo sviluppo e il regime delle assicurazioni in Italia*, UTET, Torino, 1928.

ROMA, M.: "Codice delle assicurazioni. Novità e prospettive in tema di tutela dell'assicurato-consumatore", *Dir. econ. ass.*, 2007.

ROSSETTI, M.: "Prime riflessioni sul nuovo codice delle assicurazioni", *Foro it.*, V, 2006.

ROSSETTI, M.: *Il diritto delle assicurazioni*, CEDAM, Padova, 2011.

ROSSI, A.: "Vigilanza finanziaria e obblighi di trasparenza alla luce della direttiva solvency II: guida introduttiva al c.d. terzo pilastro", *Resp. civ. prev.*, 2016.

SCALFI. G.: "Assicurazione (Contratto di)", in AA. VV.: *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione commerciale, I, UTET, Torino, 1987.

SERINO, A.: "Il nuovo codice delle assicurazioni private e il sistema sanzionatorio", *Temi romana*, 2005.

SPADAFORA, N. e SCARPA, D.: "Clausola claims made e disciplina del consumo (commento a margine della sentenza Cass. 6 maggio 2016, n. 9140)", in *dirittobancario.it*, 2016.

TRIDICO, G.: "Art. 1882", in AA. VV.: *Commentario teorico-pratico al codice civile* (dir. da V. DE MARTINO), Edizioni Pem, Novara, 1976.

VIVANTE, C.: *Trattato di diritto commerciale*, IV, Piccin, Milano, 1916.

VOLPE PUTZOLU, G.: "La clausola «*claims made*». Rischio e sinistro nell'assicurazione r.c.", *Assicurazioni*, 2006.

VOLPE PUTZOLU, G.: "La valutazione dell'adeguatezza del contratto di assicurazione offerto", en AA. VV.: *La responsabilità civile nell'intermediazione assicurativa*, Giuffré, Milano, 2011.

REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE SEGURO EM PORTUGAL

INSURANCE CONTRACT LAW IN PORTUGAL

MARIA INÊS DE OLIVEIRA MARTINS
Assistente da Universidade de Coimbra
mi.oliveiramartins@gmail.com

RESUMEN: O presente artigo dá conta do regime geral do contrato de seguro que vale em Portugal, à luz das normas do RJCS e da interpretação que delas faz a doutrina e jurisprudência.

PALABRAS CLAVE: CONTRATO DE SEGURO, REGIME JURÍDICO DO CONTRATO DE SEGURO EM PORTUGAL

ABSTRACT: This article describes the Portuguese regulation of the insurance contract, set out by the Portuguese Insurance Contract Act, as it is construed by courts and scholarship.

KEY WORDS: Insurance contract, Portuguese Insurance Contract Act

SUMARIO: I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.- 1. Advertências gerais e plano da exposição.- 2. O RJCS e as suas coordenadas gerais.- II. NORMAS COMUNS À GENERALIDADE DOS CONTRATOS DE SEGURO.- 1. Proibição da discriminação.- 2. Conclusão do contrato.- 2.1. Deveres de informação do segurador.- 2.2. Deveres de informação do segurado: a declaração inicial do risco.- 2.3. Conclusão do contrato e início da produção dos seus efeitos.- 3. Execução do contrato.- 3.1. Deveres a cargo do segurado.- 3.2. Deveres a cargo do segurador.- III. CESSAÇÃO DO CONTRATO.- IV. SEGUROS DE DANOS.- V. QUESTÕES SELECCIONADAS QUANTO AO SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL.- VI. SEGUROS DE PESSOAS.

I. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.

1. Advertências gerais e plano da exposição.

Começamos por deixar algumas advertências terminológicas e metodológicas quanto à presente exposição. Por razões de simplificação, em primeiro lugar, face à possível dispersão por vários sujeitos das posições jurídicas opostas à do segurador –tomador, segurado, pessoa segura, beneficiário–, assumiremos que tais posições se encontram concentradas na mesma pessoa, fazendo simplesmente referência a um segurado que será, neste caso, também tomador e pessoa segura. Só assim não será quando especificamente se queira tratar as questões levantadas por tal dispersão de posições jurídicas. Em segundo lugar, pelas mesmas razões, usaremos o termo "dever" em sentido amplo, para designar a generalidade das posições jurídicas passivas que se centrem em exigências de conduta (não entraremos, pois, no debate que tira consequências das especificidades a reconhecer a certas posições jurídicas pertencentes sobretudo ao segurado). Em sede metodológica, basear-nos-emos nos textos legais, de acordo com a interpretação que deles fazem a jurisprudência e a doutrina[1].

Objectivo da exposição é dar conta do regime geral do contrato de seguro que vale em Portugal. Começar-se-á por dar conta da sistemática legal e das características principais da relação jurídica de seguro que a lei pressupõe e regula. Seguidamente, abordaremos questões centrais da parte geral do diploma e depois questões relativas aos regimes especiais que regem uma categoria (seguros de danos; seguros de pessoas) ou um certo tipo de seguros (seguro de responsabilidade civil; seguro de vida). Respeitando a economia da exposição e limites de espaço, a abordagem será selectiva, dando conta das questões regulatórias mais nodulares.

[1] Note-se que, no sistema jurídico português, a jurisprudência tende, para efeitos de desoneração argumentativa, a mobilizar as posições da doutrina, que influencia assim visivelmente a "law in action".

2. O RJCS e as suas coordenadas gerais.

Até 2009, o contrato de seguro era regulado pelas disposições constantes do Código Comercial de 1888. Com a aprovação do Decreto-lei n.º 72/2008, de 16 de Abril, passou a ter regulação em diploma autónomo, que aprovou o regime jurídico do contrato de seguro (adiante, RJCS), com entrada em vigor a 1 de Janeiro de 2009[2]. Este é o diploma central na regulação do contrato de seguro. Conquanto alguns seguros encontrem regulação especial em leis próprias – é o caso do seguro de responsabilidade civil automóvel, do seguro de acidentes de trabalho ou dos seguros marítimos[3] –, em relação a estes, o RJCS vale ainda, como Direito subsidiário (art. 2.º).

O RJCS assenta sobre uma base de liberdade contratual, sendo as suas disposições em regra supletivas (art. 11.º). Porém, este ponto de partida é relativizado pela existência de normas absolutamente imperativas (art. 12.º), que são uma clara minoria, como pela existência de normas relativamente imperativas, atinentes a uma ordem pública de protecção da parte mais fraca, que consentem alteração a favor desta (art. 13.º). A parte contratual mais fraca é aqui, na senda da legislação europeia, configurada como o segurado nos seguros de massa[4], pelo que apenas em relação a estes existem normas com força relativamente imperativa. Relativamente à protecção da parte contratual mais fraca, deve acrescentar-se que o RJCS não afasta a aplicação das normas de Direito do consumidor, ou das normas sobre contratos de adesão (art. 3.º do RJCS), podendo nesses casos o segurado prevalecer-se do regime que lhe for em concreto mais favorável.

Em termos de sistemática legal, o RJCS dispõe de uma parte geral, com normas comuns a todos os tipos de seguros, e de duas partes especiais em que são tratados os seguros de danos (arts. 123.º e ss.) e depois os seguros de pessoas (arts. 175.º). Trata-se de uma sistematização pouco rigorosa, já que as duas categorias são recortadas por apelo a critérios diferentes (modo de determinação da prestação do segurador versus bem jurídico atingido pelo evento aleatório), que se podem cruzar entre si. Como tal, daremos a propósito dos seguros de danos nota das questões que afectam os seguros de pessoas que confiram o direito a prestações de natureza indemnizatória, e não predeterminada.

---

[2] Salvo indicação expressa em contrário, serão do RJCS as disposições legais citadas.

[3] O primeiro está regulado no Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21 de Agosto, que aprova o aprova o regime do sistema do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel; o seguro de acidentes de trabalho dos trabalhadores dependentes encontra parte da sua regulação na Lei n.º 98/2009, de 4 de Setembro, que estabelece o regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais para efeitos do Código de Trabalho, tendo nesta sede também especial importância as cláusulas da apólice uniforme aprovada pela Autoridade de Supervisão de Seguros e Fundos de Pensões (adiante, ASF); os seguros marítimos são ainda regulados pelo Código comercial de 1888.

[4] Estes são recortados por contraposição face aos seguros de grandes riscos – cfr. art. 2.º, n.ºs 3, 4 e 6 do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril, que aprovou o regime de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora no território da União Europeia (adiante, RGAS).

Nos termos do art. 1.º do RJCS, por efeito do contrato de seguro, o segurador cobre um risco determinado do tomador do seguro ou de outrem, obrigando-se a realizar a prestação convencionada em caso de ocorrência do evento aleatório previsto no contrato, e o tomador do seguro obriga-se a pagar o prémio correspondente. Trata-se aqui de uma descrição dos traços típicos do contrato de seguro, que, ao mesmo tempo que fornece um argumento legal para a compreensão unitária do tipo contratual, não tem a pretensão de ser exaustiva.

Com efeito, é ainda central a referência do contrato a um interesse. Nos termos do art. 43.º, n.º 1, o segurado deve ter um interesse digno de protecção legal relativamente ao risco coberto, sob pena de nulidade do contrato[5]. No seguro de danos, o interesse respeita à conservação ou à integridade de coisa, direito ou património seguros (n.º 2). Quando se trate de seguro de pessoas, deve entender-se, por paralelismo de razão, que o segurado tem interesse em obter protecção contra certas consequências desfavoráveis que para ele potencialmente decorrerão da afectação da pessoa segura por um evento aleatório[6]-[7].

O RJCS regula também a referência do contrato a um risco, que vale como evento aleatório apto a causar consequências desfavoráveis na esfera do segurado (art. 44.º). Assim, o contrato de seguro é nulo se, aquando da celebração, o segurador, o tomador do seguro ou o segurado tiver conhecimento de que o risco cessou (n.º 1)[8].

---

[5] A lei não especifica se este interesse deve ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial; por paralelismo face à redacção do art. 398.º, n.º 2, do CC, que regula os conteúdos admissíveis das obrigações, parece admitir-se que o interesse seguro tenha natureza extrapatrimonial. Rejeitando esta possibilidade, LIMA REGO, M.: *Contrato de seguro e terceiros, Estudo de Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, por exemplo, pp. 278 e ss., seguida por ENGRÁCIA ANTUNES, J. A.: "O Contrato de Seguro na LCS de 2008", *ROA*, 2009, núm. 69, pp. 811-854, p. 841; MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: "O contrato de seguro", *Cadernos de Direito Privado*, 2015, núm. 51, pp. 26-36, p. 29. Considerámos que tal interesse pode ter natureza extrapatrimonial, já em DE OLIVEIRA MARTINS, M. I.: *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 283 e ss., e, mais recentemente, em trabalho apresentado para obtenção de grau académico, ainda inédito ("Contrato de seguro e conduta dos sujeitos ligados ao risco", adiante referido como "Contrato de seguro") por referência, aliás, à determinação da prestação do segurador de acidentes pessoais através das tabelas de avaliação do dano em direito civil, que, nas suas determinações, contemplam as vertentes morais do dano.

[6] LIMA REGO, M.: *Contrato de seguro*, cit., por exemplo, pp. 48, 274 e ss., 604-608 e 713; para que haja a produção de tais consequências desvantajosas na esfera do segurado, este tem pois que ser afectado pelo evento que se projecte na esfera da pessoa segura, tendo pois interesse na integridade desta pessoa – DE OLIVEIRA MARTINS, M. I.: *O seguro de vida*, cit., pp. 299 e ss.

[7] Este requisito não se confunde com a exigência, no seguro de vida, de consentimento da pessoa segura que não seja beneficiária do seguro, que referiremos abaixo, já que tal consentimento não garante que haja interesse da parte do segurado; de resto, a própria lei o recorta como uma exigência a acrescer à existência de interesse, usando o termo "ainda" ("a pessoa segura que não seja beneficiária tem ainda de dar o seu consentimento") – além das autoras citadas na nota anterior, VASQUES, J.: "Anotação ao art. 43.º", *in Lei do Contrato de Seguro anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 241-245, p. 245).

[8] O art. 216.º, n.º 1, determina, porém, em relação ao seguro de saúde, que as doenças preexistentes, conhecidas da pessoa segura à data da realização do contrato, consideram-se abrangidas na

Coerentemente, é lícita a cobertura do risco putativo, já cessado aquando da celebração do contrato, desde que aqueles sujeitos não tenham de tal conhecimento (n.º 2). E, por outro lado, não produz efeitos o contrato dirigido à cobertura de um risco futuro que não chegue a existir (n.º 3). Nestes casos, o tomador tem direito à restituição do prémio pago, salvo quando estiver de má fé (presume-se a má fé do tomador se o segurado tiver conhecimento, ao tempo da contratação, de que o sinistro já ocorreu); por sua vez, o segurador de boa fé pode descontar ao montante a restituir as despesas necessárias à celebração do contrato que tenha suportado (n.ºs 4 a 6).

A descrição do contrato permite também já alinhar alguns dos sujeitos que podem nele fundar posições jurídicas. Damos de seguida conta da estrutura subjectiva do contrato de seguro individual. As duas partes no contrato são o segurador e o tomador de seguro. Nos termos do art. 16.º, o segurador deve estar legalmente autorizado a exercer a actividade seguradora em Portugal, sob pena de, sem prejuízo de outras sanções aplicáveis, se produzir uma nulidade atípica do contrato, que determina que o segurador permanece ainda assim vinculado às obrigações que para ele decorreriam do contrato (salvo má fé da contraparte). O tomador é a contraparte do segurador, cabendo-lhe em princípio, mesmo quando o seguro seja por conta de outrem, a generalidade das posições jurídicas passivas decorrentes do contrato (art. 48.º, n.º 2).

Quando o contrário não resultar do contrato ou de outras circunstâncias atendíveis, presume-se que o tomador é também titular do interesse seguro – estaremos perante um seguro por conta própria (arts. 47.º e 48.º). Quando o interesse seguro garantido pelo contrato pertence a um terceiro, diferente do tomador, estaremos perante um seguro por conta de outrem. Aqui, ao lado do tomador, existirá o segurado, que é, salvo estipulação em contrário compatível com o requisito do interesse, o titular da generalidade dos direitos contratuais (art. 48.º, n.º 3). Ao segurado não tomador cabe também uma plêiade de posições jurídicas passivas, que valoram a sua proximidade face ao risco (por exemplo, "deveres" de informação e controlo material do risco e do sinistro).

Nos seguros de pessoas, surge ainda a figura da pessoa segura, que é aquela em cuja esfera poderá ter lugar o evento aleatório contratualmente relevante. Esta não se confunde com o segurado – basta pensar nos seguros da vida ou integridade física

cobertura convencionada pelo segurador, podendo ser excluídas por acordo em contrário, de modo genérico ou especificadamente. Não se trata, porém, de uma excepção à regra geral, já que os riscos cobertos pelo seguro de saúde são riscos complexivos, havendo muitas vezes incerteza relevante quanto ao "se" e ao "modo" da sua manifestação em eventos que possam relevar como sinistros à face do contrato – vg., realização de certas despesas médicas ou manifestação de certos estados de incapacidade. Já, por exemplo, se o contrato conferisse o direito a receber certo montante perante a mera contracção de certa doença e esta tivesse já sido contraída, sendo tal conhecido ao tempo da contratação, não poderia deixar de se considerar que o contrato seria nulo por falta de cobertura de qualquer risco.

enquanto activo empresarial (vg., sobre a vida ou integridade de um futebolista a favor do seu empresário) para perceber que assim seja[9]. Nos seguros de vida, quando a pessoa segura não coincida com o tomador nem com o beneficiário da prestação, terá ainda que dar o seu consentimento para a cobertura do risco (art. 43.º, n.º 3)[10]. Uma vez que se admita que o fundamento deste consentimento é não só a prevenção do risco moral, como a tutela da dignidade pessoal da pessoa segura, deverá ele ser exigido tanto nos seguros de vida em caso de morte como nos em caso de vida[11].

Por último, nos seguros com prestações predeterminadas, poderá surgir um beneficiário, enquanto titular do direito à prestação devida em caso de sinistro, desprovido da qualidade de tomador, segurado ou pessoa segura. Pense-se, por exemplo, seguro de vida celebrado por um pai pelo qual, em caso do seu falecimento, a prestação deverá ser efectuada ao seu filho. Trata-se nestes casos de um contrato a favor de terceiro, não tendo os credores do tomador qualquer pretensão em relação à prestação seguradora, apenas podendo tê-la face aos montantes despendidos pelo tomador (art. 200.º).

A estrutura é diferente no seguro de grupo, que assenta num contrato celebrado entre o segurador e um tomador, enquanto sujeito ao qual os vários segurados estão ligados por um vínculo diferente do de segurar (art. 76.º) Há liberdade negocial na configuração desta estrutura, mas, tipicamente, esta exprime-se na conjugação de um contrato-quadro entre o segurador e o tomador, que enquadra a celebração de contratos de seguro individuais entre cada segurado e o segurador, ou exprime-se através de um contrato de seguro a favor dos terceiros segurados, celebrado entre segurador e tomador[12]. O seguro de grupo pode ser contributivo ou não contributivo, em função de os segurados suportarem ou não, no todo ou em parte,

[9] A demarcação entre a pessoa segura e a figura do segurado enquanto titular do interesse seguro – que pode ou não coincidir com a pessoa segura, como resulta do exemplo que daremos de seguida – é clara para uma parte da doutrina, entre a qual nos inserimos, sendo uma decorrência do relevo do requisito da existência de um interesse seguro (LIMA REGO, M.: *Contrato de seguro*, cit., pp. 48-49, 604-608 e 713; DE OLIVEIRA MARTINS, M. I.: *O seguro de vida*, cit., pp. 29-31); outros autores rejeitam, porém, que em relação aos seguros de pessoas faça sentido falar de um segurado diferente da pessoa segura.

[10] O consentimento é dispensado quando o contrato resulta do cumprimento de disposição legal ou de instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

[11] LIMA REGO, M.: *Contrato de seguro*, cit., pp. 623 e ss.

[12] As normas que enquadram o seguro de grupo contributivo parecem, porém, pressupor que se esteja perante uma estrutura de contrato-quadro acompanhado de contratos de seguro individuais. Para a chamada de atenção para as possibilidades que a autonomia privada introduz nesta sede, foi fundamental, em Portugal, LIMA REGO, M.: *Contrato de seguro*, cit., pp. 777 e ss.; para uma exemplificação do alcance de tal liberdade por referência a um caso jurisprudencial, DE OLIVEIRA MARTINS, M. I.: "Seguros de vida contratados como seguros de grupo e crédito à habitação, Anotação ao ac. do TRG de 6.10.2011, Proc. 771/08", *Cadernos de Direito Privado*, 2012, núm. 39, pp. 45-68, passim.

o pagamento do prémio que lhes corresponde; em qualquer caso, porém, o dever de o pagar ao segurador pertence em princípio ao tomador (art. 80.º, n.º 1).

II. NORMAS COMUNS À GENERALIDADE OS CONTRATOS DE SEGURO.

1. Proibição da discriminação.

O RJCS proíbe em geral, na celebração, execução e cessação do contrato de seguro, as práticas discriminatórias em violação ao princípio da igualdade constitucionalmente consagrado, conforme consta do art. 15.º, n.º 1[13]. Os n.ºs 2 e ss. do mesmo artigo regulam especificamente os casos da discriminação em razão da deficiência e do risco agravado de saúde, permitindo o tratamento diferenciado nesses casos apenas quando fundado em práticas e técnicas de avaliação, selecção e aceitação de riscos próprias do segurador que sejam objectivamente fundamentadas, tendo por base dados estatísticos e actuariais rigorosos considerados relevantes nos termos dos princípios da técnica seguradora[14]. Deve salientar-se que a jurisprudência determina o que seja a discriminação ilícita ainda por referência a parâmetros de igualdade face a grupos detentores de característica diferenciadora comparável, bem como face a uma aplicação das várias vertentes do princípio da proporcionalidade, questionando da existência de uma alternativa menos onerosa para o particular[15].

A discriminação em razão do género encontra-se regulada em lei especial, proibindo-se actualmente as diferenciações de prémios e prestações com base nesse

[13] Trata-se, nos termos do art. 13.º da Constituição, das práticas que estabeleçam diferenciações entre sujeitos, especialmente em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual, sem fundamento material para tanto.

[14] Caso haja recusa de celebração do contrato ou agravamento do respetivo prémio, o segurador deve, com base nos referidos dados, prestar ao proponente, sem dependência de pedido nesse sentido, informação sobre o rácio entre os fatores de risco específicos e os fatores de risco de pessoa em situação comparável, mas não afetada por aquela deficiência ou risco agravado de saúde. Em caso de incumprimento deste dever de informação ou do seu cumprimento de modo considerado insatisfatório, haverá direito de reclamar para a ASF.

[15] Assim, o TRL (ac. de 26 de Junho de 2012, Processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1-7) e depois o STJ (ac. de 11 de Março de 2013, Processo n.º 1269/09.0TVLSB.L1.S1) consideraram que a cláusula que, num seguro de vida de grupo, determinava a redução da prestação apenas nos casos em que a morte decorresse de sida ou doença causada ou agravada por esse sintoma, ou de suicídio, era nula por violação do princípio da igualdade, já que haveria meios menos onerosos de conseguir o objectivo legítimo da contenção dos prémios e já que se discriminava os portadores de VIH em relação a sujeitos que viessem a morrer de doenças tão ou mais prevalecentes e dotadas da mesma ou maior morbilidade. Cfr. sobre o tema, DE OLIVEIRA MARTINS, M. I.: "Sobre a discriminação dos portadores de VIH/sida na contratação de seguros de vida", *BFDUC*, 2013, núm. 2, pp. 749-800, especialmente o texto a partir da nota 67.

fundamento, tal como já antes se proibiam diferenciações com fundamento em custos relativos à gravidez e maternidade[16].

2. Conclusão do contrato.

2.1. Deveres de informação do segurador.

No período que antecede a conclusão do contrato, o segurador enfrenta deveres de informação e esclarecimento, que lhe advêm de diversas fontes – apenas a título de exemplo, do RJCS, do Regime Jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais (aprovado pelo Decreto-Lei 446/85, de 25 de Outubro; adiante, RGCCG) do Regime dos contratos à distância relativos a serviços financeiros (aprovado pelo DL n.º 95/2006, de 29 de Maio). Estas normas aplicam-se cumulativamente, podendo o segurado invocar as que lhe forem mais favoráveis[17]. O alcance dos deveres preceituados é, de todo o modo, tendencialmente sobreponível, manifestando-se as diferenças no tocante à consequência jurídica. Referir-nos-emos, de seguida, por razões de simplicidade, apenas à articulação entre o RJCS e o RJCCG, que são os diplomas mais frequentemente invocados nesta sede.

O segurador tem o dever de informar o aderente do conteúdo do clausulado (arts. 5.º do RJCCG, que designa este dever como de comunicação, e 18.º a 21 do RJCS, designando este dever como de informação), levando-o ao seu conhecimento por escrito (art. 21.º, n.º 1) e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comum diligência (art. 5.º, n.º 2, RJCCG). Tal implica a comunicação individualizada[18] e integral do clausulado e a sua redacção com clareza e lisura. Assim, não são permitidos modelos de contratação que impliquem que o segurado apenas tome conhecimento de parte do conteúdo da apólice depois de se vincular (cfr. ainda art. 21.º, n.º 5, do RJCS).

[16] Trata-se da Lei n.º 14/2008, de 12 de Março, que foi alterada em 2015 de modo a passar a exprimir a jurisprudência Test-Achats, do TJUE; cfr. os arts. 6.º e 7.º.

[17] Cfr. os arts. 3.º e 21.º do RJCS. Em especial, sobre a articulação das normas do RJCS com as demais normas aplicáveis às hipóteses de contratação à distância, SOVERAL MARTINS, A.:, "Contratação à distância e contrato de seguro", *Estudos de Direito do Consumidor*, 2016, núm. 10, pp. 91-155, passim.

[18] O facto de a integralidade das cláusulas estar publicada em Jornal Oficial (como acontece com os clausulados de seguro obrigatório aprovados pela entidade supervisora) não exime o segurador ao cumprimento dos seus deveres (assim, recentemente o ac. do TRP de 27 de Maio de 2013, Processo n.º 1425/09.1TTPRT.P1, ou o ac. do STJ de 10 de Maio de 2016, processo n.º 852/13.4TBSTS.P1.S1).

Este dever é complementado por um outro dever que o RJCS designa como de esclarecimento (art. 18.º e 22.º) e o RJCCG designa como de informação (art. 6.º), vinculando o predisponente a promover a compreensão efectiva do alcance do clausulado, de modo a conferir ao aderente as condições para ponderar sobre os termos da oferta que lhe é dirigida. Tal implica que o segurador deva fazer as aclarações que se mostrarem necessárias para impedir que, por inexperiência ou desconhecimento, o segurado celebre um contrato que não se adequa aos seus interesses[19]. O RJCS impõe ainda um dever especial de esclarecimento acerca de que modalidades de seguro, entre as que o segurador ofereça, são convenientes para a concreta cobertura pretendida – dever que vale contudo apenas na medida em que a complexidade da cobertura e o montante do prémio a pagar ou do capital seguro o justifiquem e o meio de contratação o permita (art. 22.º). Por último, positiva-se expressamente o dever de prestar todos os esclarecimentos razoavelmente solicitados pelo segurado (art. 22.º, n.º 2, do RJCS e 6.º, n.º 2, do RJCCG).

Quando a cláusula não tiver sido correctamente comunicada, em violação dos deveres de informação "lato sensu" previstos no RJCCG, deverá então ser expurgada do contrato (art. 8.º), vigorando, na parte afectada, as normas supletivas aplicáveis, com recurso, se necessário, às regras de integração dos negócios jurídicos (art. 9.º, n.º 1). Todo o contrato é, contudo, havido como nulo se tal expurgação conduzir a uma indeterminação insuprível de aspectos essenciais do mesmo ou a um desequilíbrio nas prestações gravemente atentatório da boa fé (art. 9.º, n.º 2)[20]. Já a consequência prevista para a violação dos deveres acolhidos no RJCS é a da responsabilidade civil (art. 23.º, n.º 1 e n.º 4)[21] ou, no caso da violação dos deveres de informação previstos no RJCS, a da resolução do contrato no prazo de 30 dias contados da recepção da apólice[22].

---

[19] DE SOUSA RIBEIRO, J.: *O problema do contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 373-375.

[20] A doutrina entende, porém, que a consequência da nulidade total é excepcional.

[21] Esta poderá ter especial interesse, como salienta LIMA REGO, M.: "O contrato e a apólice de seguro", *in Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, coord. por M. LIMA REGO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 15-37, pp. 30-31, quando o segurado tenha sido informado de que lhe seriam atribuídos mais direitos do que aqueles que a apólice efectivamente lhe vem a atribuir, podendo vir então requerer a reparação do interesse contratual positivo, tudo se passando como se essas cláusulas ampliativas efectivamente constassem do contrato. Poderá ainda ter especial interesse quando o próprio regime supletivo aplicável na sequência de expurgação da cláusula (9.º RJCCG) for de difícil compreensão para o segurado, permitindo então obviar à sua aplicação (assim, em relação à regra proporcional aplicável no subseguro, BARROS FERREIRA RODRIGUES ROCHA, F.: *Do princípio indemnizatório no seguro de danos*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 142-143).

[22] Esta faculdade encontra-se, todavia, excluída quando a violação do dever não tenha razoavelmente afectado a decisão de contratar do tomador ou quando tenha já entretanto ocorrido accionamento da cobertura por terceiro (art. 23.º, n.ºs 2, 3 e 4) Recorde-se que se trata de deveres de conteúdo paralelo aos que o RJCCG designa por deveres de comunicação.

Note-se que, sendo o seguro contratado com intervenção de mediador, é sobre este, e não sobre o segurador, que impendem os deveres de esclarecimento previstos no RJCS (cfr. o art. 22.º, n.º 4), entendendo a doutrina que tal vale também para os deveres paralelos previstos no art. 6.º RJCCG, e aí designados por deveres de informação[23]. Já os deveres de informação permanecem na esfera do segurador – este poderá servir-se do mediador para cumprimento de tais deveres, mas não se exime à responsabilidade pela actuação dos sujeitos de que se sirva para o cumprimento das suas obrigações[24].

No caso de o seguro ser contratado como seguro de grupo, tem sido entendimento da jurisprudência superior que os deveres de informação cabem exclusivamente ao tomador do seguro, que os cumpre com base em modelo escrito elaborado pelo segurador (art. 78.º)[25]. Em caso de incumprimento deste dever, tratando-se de seguro de grupo contributivo, o tomador incumpridor deverá então, até à data da renovação do contrato ou data aniversária, suportar a parte do prémio que corresponde ao segurado e responder perante este em caso de ocorrência do sinistro (art. 87.º, n.º 3). Quando se trate de seguro de grupo não-contributivo, o tomador deve reparar o dano que tenha causado na esfera do segurado (art. 79.º). Por sua vez, o segurador responde, com base no RJCS ou no RJCCG, pelas insuficiências do modelo escrito com base no qual são cumpridos os deveres.

2.2. Deveres de informação do segurado: a declaração inicial do risco.

O RJCS contem um regime da declaração inicial do risco, que a generalidade da doutrina entende afastar nesta sede a aplicação das regras gerais sobre dolo ou erro na formação do negócio jurídico[26]. Vale o sistema do "questionário aberto" ou

[23] MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: "O mediador na conclusão e execução do contrato de seguro", *in Contrato de seguro, Estudos*, coord. por J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 153-189, pp. 178-179; o autor critica, porém, tal consequência quando o mediador se trate de um verdadeiro agente de que o segurador se serve para a realização do contrato – já que então o segurador deveria permanecer responsável pelo cumprimento do dever, ainda que se servisse de outrem para a sua actuação (MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: "O novo regime jurídico do contrato de seguro, Beves considerações sobre a protecção dos segurados", *in Contrato de seguro, Estudos*, coord. por J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 11-36, pp. 12-13).

[24] Vale então o art. 800.º do Código civil, enquadrado no regime da responsabilidade contratual, mas aplicável à responsabilidade pré-contratual que aqui estará em causa.

[25] Este é o entendimento do STJ, ainda recentemente reafirmado – cfr., com citação de muita jurisprudência anterior, o ac. do STJ de 20 de Maio de 2015, Processo n.º 17/13.5TCGMR.G1.S1, que rejeita portanto o entendimento segundo o qual o segurador permanece responsabilizado por esses deveres.

[26] VIEIRA GOMES, J. M.: "O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase pré-contratual à luz do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida II*, coord. por R. PINTO DUARTE, J. LEBRE DE FEITAS, A. CRISTAS et al., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 387-445, pp. 396-398; POÇAS, L.: *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 480.

"declaração espontânea", encontrando-se o segurado obrigado a declarar todas as circunstâncias que conheça e razoavelmente deva ter por significativas para a apreciação do risco pelo segurador, ainda que não especificamente perguntadas por este (art. 24.º, n.ºs 1 e 2)[27]. Trata-se de circunstâncias conhecidas até ao início da produção de efeitos pelo contrato[28]; e exige-se o conhecimento efectivo da circunstância em causa, não bastando a cognoscibilidade[29].

A adopção de um sistema de declaração espontânea surge em contra-corrente face à evolução da generalidade dos ordenamentos europeus[30], surgindo, pois, vários expedientes de limitação do seu alcance. Parte-se de que o critério da relevância se refere àquele segurador em concreto[31], considerando-se nessa base que a redacção do questionário fornece pelo menos orientação ao segurado quanto às matérias que são relevadas para o segurador[32]; ou que apenas podem ser relevadas as circunstâncias em cujo conteúdo, ao menos de um modo implícito, o segurador tenha mostrado interesse durante o processo de formação do contrato[33].

---

[27] O art. 24.º, n.º 3, prevê um conjunto de situações em que o segurador não pode prevalecer-se da inexactidão das declarações; trata-se sobretudo da clarificação de soluções que resultariam directamente do princípio da boa fé (VIEIRA GOMES, J. M.: "O dever de informação", cit., pp. 414-415). Assim, salvo havendo dolo do tomador do seguro ou do segurado com o propósito de obter uma vantagem, o segurador não pode prevalecer-se: a) da omissão de resposta a pergunta do questionário; b) de resposta imprecisa a questão formulada em termos demasiado genéricos; c) de incoerência ou contradição evidentes nas respostas ao questionário; d) de facto que o seu representante, aquando da celebração do contrato, saiba ser inexacto ou, tendo sido omitido, conheça; e) de circunstâncias conhecidas do segurador, em especial quando são públicas e notórias.

[28] Uma vez que o contrato comece a produzir os seus efeitos, entra então em aplicação o regime das modificações do risco (VIEIRA GOMES, J. M.: "O dever", cit., pp. 404-405 e LIMA REGO, M.: "O risco e as suas vicissitudes", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, coord. por M. LIMA REGO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 275-297, p. 286).

[29] Tal é a perspectiva maioritária (vg.,VIEIRA GOMES, J. M.: "O dever de informação", cit., pp. 405-406 e LIMA REGO, M.: *Contrato de seguro,* cit., p. 104); minoritariamente, POÇAS, L.: *O dever*, cit., pp. 340-342, considera, que o parâmetro da boa fé determina a equiparação do conhecimento ao desconhecimento culposo.

[30] Muito crítico, VIEIRA GOMES, J. M.: "O dever", cit., pp. 400-401; crítico *de iure condendo*, POÇAS, L.: *O dever*, cit., pp. 367-368.

[31] POÇAS, L.: *O dever*, cit., pp. 350-351.

[32] VIEIRA GOMES, J. M.: "O dever", cit., pp. 410-411. Por maioria de razão, a ausência de apresentação de um questionário, com a mera apresentação de uma declaração, para assinatura pelo candidato a pessoa segura, pela qual ele afirma estar de boa saúde, leva a uma avaliação mais leniente ainda do que aquele deverá valorar como estado de doença relevante, exigindo-se, já que se trata de uma declaração em termos de tudo ou nada e em geral nenhum sujeito apresenta uma saúde perfeita, uma gravidade significativa dos sintomas de doença (ac. do TRL de 3 de Maio de 2016, Processo n.º 2644/12.9TJLSB.L1-7, acompanhando no raciocínio Luís Poças; similarmente, ac. do TRP de 3 de Fevereiro de 2014, Processo n.º 7075/11.5TBVNG.P1).

[33] DE ALBUQUERQUE MATOS, F.: "Uma outra abordagem em torno das declarações inexactas e reticentes no âmbito do contrato de seguro, Os arts. 24.º a 26.º do Dec.-Lei. n.º 72/2008, de 16 de Abril ", *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, IV*, coord. por M. D. C. ANDRADE, M. J. ANTUNES, S. A. D. SOUSA, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 615-638, pp. 619-620.

As consequências jurídicas da inexactidão das declarações afectam, por um lado, o conteúdo ou subsistência do contrato; por outro, afectam o direito a prestação relativa a sinistro entretanto ocorrido. Qualquer uma destas consequências apenas se produz se o incumprimento tiver sido doloso ou negligente: a inexactidão não culposa não tem consequências. O regime apela ainda à distinção entre dolo (simples) e dolo com o propósito de obtenção de uma vantagem, considerando-se, porém, que são marginais as hipóteses em que o dolo é simples e não se norteia pelo propósito de obter uma vantagem[34]. Por outro lado, em sede de incumprimento negligente do dever, exige-se ainda a verificação de requisitos de causalidade.

No caso de incumprimento negligente (art. 26.º), o segurador pode, dentro do prazo de três meses a contar do conhecimento da inexactidão, propor uma alteração ao contrato, apenas podendo optar directamente pela cessação quando demonstre que em caso algum celebra contratos para a cobertura de riscos relacionados com o facto inexactamente declarado. Caso haja rejeição da proposta apresentada, o contrato cessará os seus efeitos, devendo o segurador devolver o prémio na proporção do risco não coberto[35]. Caso ocorra entretanto um sinistro que, na sua verificação ou circunstâncias, tenha sido influenciado por circunstância incorrectamente declarada, o segurador deverá efectuar a sua prestação, reduzida na proporção da diferença entre o prémio pago e o que seria devido caso o risco tivesse sido correctamente declarado. Quando o segurador demonstre que em caso algum teria celebrado o contrato se tivesse conhecido a circunstância incorrectamente declarada[36], fica exonerado do dever de prestar, devendo apenas devolver o prémio pago.

No caso de incumprimento doloso (art. 25.º), o segurador pode, dentro do prazo de três meses a contar do conhecimento da inexactidão[37], exercer o seu direito a anular o contrato. Neste caso, o segurador fica retroactivamente liberado da cobertura do risco, mantendo, porém, direito a receber o prémio devido até ao final desse prazo

[34] POÇAS, L.: *O dever*, cit., p. 477. Na verdade, a distinção nem sempre é clara, dependendo do modo como se recorte o próprio dolo. Se o dolo simples implicar o conhecimento da inexactidão e de que a circunstância era relevante para a decisão de contratar, ou de o fazer naquelas condições, a generalidade dos casos de dolo simples implicará o propósito de obter uma vantagem – seguro a que não se teria acesso ou a um preço a que não se teria acesso (VIEIRA GOMES, J. M.: "O dever", cit., p. 427). O segurado poderá, sim eventualmente provar que a inexactidão se deveu a outros motivos, como vergonha, face a circunstâncias pessoais, ou ostentação.

[35] O contrato cessa os seus efeitos trinta dias após o envio da declaração de cessação, ou vinte dias após a recepção pelo tomador da proposta de alteração, caso este nada responda ou a rejeite.

[36] VIEIRA GOMES, J. M.: "O dever", cit., p. 436, entende que se deve ser aqui especialmente exigente, para evitar comportamentos oportunistas do segurador no sentido de encaixar os prémios caso não ocorra qualquer sinistro e fazer cessar o contrato caso ocorra. Como tal, o segurador deveria, por exemplo, mais do que provar as directrizes dadas aos seus mediadores, provar a recusa passada da celebração de contratos daquele género.

[37] Salvo se ocorrer entretanto sinistro, devendo então o segurador clarificar a sua posição.

de três meses (n.ºs 3 e 4) [38]; caso o segurado tenha actuado com dolo agravado – dolo com o propósito de obter uma vantagem –, o segurador manterá o direito a receber o prémio até ao termo do contrato (n.º 5). O direito a reter ou exigir o prémio tem uma feição punitiva, uma vez que não é contrabalançado pela cobertura de qualquer risco. Note-se que o segurador deve, antes da celebração do contrato, esclarecer o eventual segurado sobre o dever em causa, bem como sobre o regime do seu incumprimento, sob pena de responder pelos danos causados (art. 24.º, n.º 4)[39].

No âmbito do seguro de vida e apenas no tocante à cobertura de riscos ligados à duração da vida humana, as divergências negligentes tornam-se incontestáveis uma vez decorridos dois anos a contar da celebração do contrato (art. 188.º).

2.3. Conclusão do contrato e início da produção dos seus efeitos.

Como vimos acima, ao segurado deverá ser facultado cabal conhecimento de todo o conteúdo do contrato antes de se vincular. É sobre esta base que se colocam as declarações negociais, podendo a proposta negocial ou um mero convite a contratar provir do segurador ou então, num modelo comum e subjacente a várias disposições do RJCS (por exemplo, arts. 21.º, n.º 5, e 27.º), provindo a proposta

[38] O segurador só perde tal direito se na declaração inexacta tiver concorrido dolo ou negligência grosseira do seu representante. Esta limitação deixa de se aplicar porém quando o segurado tiver actuado com dolo com o propósito de obter uma vantagem – o que é muito criticado, pois implica a aplicação da consequência fortemente punitiva do n.º 5 mesmo quando os representantes do segurador tenham também actuado com dolo agravado (GOMES, J. M. V.: "O dever", cit., pp. 430-431).

[39] É duvidoso o modo como se deva apurar quais os danos causados pela omissão de informar: trata-se de determinar a situação que se verificaria se o segurado que declarou insuficientemente o risco tivesse sido cabalmente informado do seu dever e consequências. GOMES, J. M. V.: "O dever", cit., p. 422, com dúvidas, considera que, face a um segurado negligente, se poderá possivelmente afirmar que este, devidamente informado, teria declarado completamente o risco e mantido a indemnização por inteiro; quando se tal implicasse uma circunstância correspondente a um contrato que o segurador nunca celebraria, haveria que distinguir entre as hipóteses em que haveria mercado para a cobertura daquele risco – em que o dano corresponderia à cobertura perdida – das hipóteses em que não houvesse tal oferta de cobertura – em que o dano seria então o do pagamento inútil de prémios. Quanto ao incumprimento doloso, mais difícil se tornaria prever se o conhecimento cabal do regime legal teria ou não eficácia dissuasora bastante. Já POÇAS, L.: *O dever*, cit., pp. 457-458, considera que se deve aplicar analogicamente o regime do art. 26, n.º 4, a), para ter em devida conta o facto de o segurado que tivesse correctamente declarado o risco dever nesse caso pagar prémios mais elevados. Por sua vez, DE ALBUQUERQUE MATOS, F.: "Uma outra", cit., pp. 621-622, considera que haverá então que mobilizar as normas sobre concorrência de culpas (art. 570.º CC), e que em qualquer caso só quando a culpa do segurador ultrapassar a do segurado é que poderá a omissão de informação da parte do segurador abrir as vias à efectiva responsabilização do segurador; no mesmo sentido, POÇAS, L.: *O dever*, cit., pp. 463-464, acrescentando que o segurador que tenha actuado com dolo não pode, por aplicação do parâmetro tu quoque, prevalecer-se deste regime.

negocial da parte do segurado, geralmente de acordo com modelo fornecido pelo segurador. O contrato tem-se por concluído, nos termos gerais, uma vez que a aceitação alcance a esfera da contraparte. Porém, quando a proposta provenha do segurado, o silêncio do segurador vale aceitação em certos casos, quando se trate de contrato de seguro individual, o segurado seja uma pessoa singular, e a sua proposta tenha correspondido a um modelo fornecido ou consentido pelo segurador[40].

A apólice é, por sua vez, o documento que contém os termos do acordo contratual, podendo ser apresentada e entregue pelo segurador no momento da celebração do contrato, enquanto suporte da sua declaração negocial, como ser expedida dentro do prazo de 14 dias contados deste momento (art. 34.º, n.º s 1 e 2), devendo neste caso o texto da apólice ser conforme ao acordo de vontades alcançado. É o seu texto que fica a valer em definitivo, se no prazo de 30 dias contados da data da entrega da apólice, o segurado não invocar qualquer desconformidade entre o acordado e o conteúdo da apólice[41]. A existência de desconformidade dá direito à correcção da apólice (art. 37.º, n.ºs 1 e 4), abrindo também o direito a resolver o contrato no prazo de trinta dias contados da recepção da apólice e podendo ainda implicar a responsabilidade civil do segurador (uma vez que tenha havido lugar à produção de dano na esfera do segurado).

Na falta de estipulação em contrário, o contrato produz efeitos a partir das 0 horas do dia seguinte ao da sua celebração (39.º) e vale por períodos de um ano renováveis (arts. 40.º e 41.º). No que toca ao início da cobertura dos riscos, as partes podem, porém, prever períodos de carência ou cobertura retroactiva de riscos, não se cobrindo porém sinistros já ocorridos de que o segurado (ou o tomador de seguro) tenha conhecimento (art. 42.º).

3. Execução do contrato.

3.1. Deveres a cargo do segurado.

O dever de prestação principal que incumbe ao segurado é o de proceder ao pagamento do prémio. O prémio corresponde à contrapartida pela cobertura acordada, cabendo às partes contratuais a determinação do seu montante e condições de pagamento (arts. 51.º e 52.º). O que caracteriza, pois, as opções legais nesta sede é o regime do incumprimento deste dever.

[40] Nos termos do art. 27.º, o contrato tem-se por concluído nos termos propostos em caso de silêncio do segurador durante 14 dias contados da recepção de proposta do tomador do seguro feita em impresso do próprio segurador, devidamente preenchido, ou apresentada de outro modo devidamente autorizado pelo segurador, acompanhada dos documentos que o segurador tenha indicado como necessários e entregada ou recebida no local indicado pelo segurador.

[41] Findo este prazo, apenas são invocáveis divergências que resultem de documento escrito ou de outro suporte duradouro (art. 35.º).

O regime legal encontra-se redigido em termos pouco claros, o que tem levado a certas dúvidas por parte da doutrina[42]. Com efeito, o RJCS cria um regime a que intitula de "Regime especial" (arts. 58.º a 61.º), mas considera-o aplicável à generalidade dos seguros, com excepção dos seguros de vida, colheitas e pecuário, dos seguros mútuos em que o prémio seja pago com o produto de receitas e dos seguros de grandes riscos (arts. 57.º, n.º 2, a), e 58.º). E, mesmo face a estes seguros excepcionados, pode ser pactuada a sujeição ao regime dito especial, desde que a natureza do vínculo não se oponha a tal. De resto, as normas que dão a este regime especial a sua feição particular, desenhando-o como um sistema de subordinação absoluta da cobertura ao pagamento do prémio, têm natureza absolutamente imperativa no tocante aos seguros para cobertura de riscos de massa. Assim, o regime previsto nos arts. 58.º a 61.º do RJCS contem, na verdade, as regras gerais relativas ao não pagamento do prémio – normas que são imperativas no caso dos seguros de riscos de massa (12.º, n.º 1, e 13º, n.º 1). Para os seguros excepcionados pelo art. 58.º –entre os quais se contam, com grande importância prática, os seguros de grandes riscos[43]– vale a liberdade contratual, dentro dos limites da lei[44].

O regime em apreciação rege-se pela máxima "no premium, no risk", determinando que a cobertura dependa sempre de ter sido pago o prémio relativo a esse período (art. 59.º)[45]. Uma vez chegada a data de vencimento do prémio, não se concede ao segurado qualquer período suplementar para proceder ao respectivo pagamento,

[42] Acresce que o art. 57.º estabelece que a consequência do não pagamento é a constituição do segurado em mora, o que contrariaria frontalmente as consequências de cessação automática no contrato previstas nos art. 61.º. Tal leva pelo menos um autor a defender que o regime especial tem afinal alcance excepcional (trata-se de BONIFÁCIO RAMOS, J. L.: "O pagamento do prémio na Lei do Contrato de Seguro", *Cadernos de Direito Privado*, 2012, núm. 39, pp. 3-19, pp. 10 e ss.); porém, a generalidade da doutrina, criticando ou não as opções terminológicas legais, manifesta-se no sentido de o regime valer como dizemos em texto – retomando posições já anteriormente expressas, LIMA REGO, M.: "O prémio", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, coord. por M. LIMA REGO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 191-212, pp. 192 e ss.; no mesmo sentido, MARTÍNEZ, P. R.: "Comentários complementares ao art. 24.º", *in LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 148-155, pp. 281-282).

[43] A estatuição do art. 58.º, que determina que o "regime especial" apenas se aplica aos seguros de grandes riscos quando tal decorra de estatuição das partes, torna obscuro o sentido do art. 12.º, n.º 2, do diploma, que, prevendo que tal regime pode ser afastado da aplicação aos grandes riscos por vontade das partes, o dota de índole supletiva, em lugar de tornar a sua aplicação dependente de estipulação expressa. Tal antinomia leva LIMA REGO, M.: "O prémio", cit., p. 192, a defender (com razão) a interpretação ab-rogante do art. 12.º, n.º 2.

[44] Assim, por exemplo, no tocante ao seguro de vida relativo a riscos de massa, o contrato não pode, por força do art. 13.º, n.º 1, prever um regime mais gravoso do que o que resulta do art. 202.º, nos termos do qual o tomador do seguro deve pagar o prémio nas datas e condições estipuladas no contrato (n.º 1) e segurador deve avisar o tomador do seguro com uma antecedência mínima de 30 dias da data em que se vence o prémio, ou fracção deste, do montante a pagar assim como da forma e do lugar de pagamento (n.º 2).

[45] Nessa medida, como precisa LIMA REGO, M.: "O prémio", cit., pp. 200-201, se a data convencionada para o pagamento do primeiro prémio tiver lugar depois da data para a qual se convenciona o início da cobertura do risco, esta última fica suspensa até que haja lugar ao pagamento do primeiro prémio, na data estipulada.

cessando imediatamente a cobertura (art. 61.º). Se o não pagamento respeitar ao prémio inicial ou a sua primeira fracção, o contrato resolve-se automaticamente, sendo destruídos retroactivamente os seus efeitos. Se tal não pagamento respeitar a um prémio subsequente, determina a cessação do contrato com efeitos para o futuro: tratando-se de uma anuidade subsequente, ou da primeira fracção de uma anuidade, impede a prorrogação do contrato. Tratando-se de uma fracção de prémio no decurso de uma anuidade, de um prémio de acerto ou parte de prémio variável, ou de prémio adicional resultante de modificação do contrato fundada em agravamento do risco, o não pagamento determina a resolução automática do contrato na data do vencimento[46].

A tutela do segurado face a este regime que o deixa imediata e automaticamente sem cobertura em caso de não pagamento é feita apenas por via informativa, nos termos do art. 60.º. Nos seus termos (n.ºs 1 e 2), o segurador deve dirigir ao segurado um aviso de pagamento com uma antecedência de pelo menos trinta dias em relação à data em que se vence o prémio, informando sobre as consequências da falta de pagamento. No entanto, em contratos em que a periodicidade de pagamento dos prémios seja de três meses ou menos, o segurador está dispensado de fazer tal aviso antes do vencimento de cada prestação, desde que preste toda a informação relativa aos prémios em sede de formação do contrato. A dureza deste regime tem sido criticamente reconhecida por alguma doutrina[47].

Por outro lado, reconhece-se o interesse na manutenção da cobertura que possa haver da parte de terceiros. Assim, no âmbito do seguro-caução e do seguro de vida em que haja estipulação beneficiária irrevogável, confere-se ao segurado a faculdade de evitar a resolução do contrato mediante pagamento do prémio em dívida (arts. 164.º e 204.º). Trata-se, porém, de normas supletivas.

Por último, saliente-se que o regime assenta no princípio da divisibilidade do prémio, devendo o segurador, em caso de cessação antecipada do contrato, restituir o prémio *pro rata temporis* (art. 107.º, n.ºs 1 e 2)[48].

Em matéria de agravamento do risco, o RJCS não prevê um regime de limitação das condutas do segurado que venham agravar o risco; mas impõe-lhe, sim, deveres de

[46] O art. 61.º, n.º 4, determina ainda que o não pagamento, até à data do vencimento, de um prémio adicional resultante de uma modificação contratual determina a ineficácia da alteração, subsistindo o contrato com o âmbito e nas condições que vigoravam antes da pretendida modificação, a menos que a subsistência do contrato se revele impossível, caso em que se considera resolvido na data do vencimento do prémio não pago.

[47] MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: "O novo", cit., pp. 18-19 e BONIFÁCIO RAMOS, J. L.: "O pagamento", cit., pp. 15 e ss.

[48] Nos termos do n.º 1, o segurador pode reter o prémio quando tenha havido lugar ao pagamento da prestação devida em caso de sinistro; porém, como LIMA REGO, M.: "O prémio", cit., p. 211, salienta, isto só deve valer quando tal pagamento houver esgotado o capital seguro para o período em curso.

comunicação dos agravamentos com reflexo no contrato[49]. Tal dever incide sobre todas as circunstâncias que agravem o risco, desde que estas, caso fossem conhecidas pelo segurador aquando da celebração do contrato, tivessem podido influir na decisão de contratar ou nas condições do contrato (art. 93.º, n.º 1)[50]. O prazo para o cumprimento é de 14 dias contados do conhecimento efectivo da circunstância agravante.

As consequências aplicáveis em caso de não cumprimento são de dois tipos. Por um lado, afectam para futuro a manutenção do contrato ou os termos em que este permanece vigente; por outro, afectam o direito a uma prestação seguradora relativa a um sinistro ocorrido antes de a cessação ou modificação produzir efeitos. Quanto ao primeiro conjunto de consequências jurídicas, deve notar-se que elas são pautadas pelo princípio da conservação dos negócios jurídicos. Apenas se atribui ao segurador a faculdade de fazer cessar o contrato quando demonstre que, em caso algum, celebra contratos que cubram riscos com as características resultantes desse agravamento do risco (art. 93.º, n.º 2, b)). Nos restantes casos, o segurador poderá apenas propor uma modificação do contrato, presumindo-se, em caso de silêncio do tomador, a sua aceitação[51] (art. 93.º, n.º 2, a)). Em qualquer caso, o segurador dispõe do prazo de trinta dias contados do seu conhecimento da circunstância para se pronunciar.

Caso, nesta pendência, ocorra um sinistro cuja verificação ou consequência tenha sido influenciada pelo agravamento do risco, o dever de prestar do segurador pode ser também afectado; caso não se verifique esse requisito de causalidade, o segurador permanece vinculado a prestar. Verificado esse requisito de causalidade, o segurador exonera-se em qualquer caso quando demonstre que nunca cobre riscos daquela natureza e o agravamento proceda de facto do tomador ou do segurado. Nos demais casos, há que distinguir em função de ter havido ou não cumprimento

[49] Este dever não vale para os seguros de vida, nem, resultando o agravamento do estado de saúde da pessoa segura, para as coberturas de acidente e de invalidez por acidente ou doença complementares de um seguro de vida (art. 190.º); nem vale para os seguros de saúde, no que respeita às alterações do estado de saúde da pessoa segura (art. 215.º, a)).

[50] A lei não precisa de que circunstâncias se trate; à luz do escopo de transferência do risco que preside ao contrato, a doutrina procura porém delimitar quais as circunstâncias que poderão abrir as vias à aplicação das consequências jurídicas de modificação ou cessação do contrato, ou de não cobertura do sinistro, de que diremos de seguida. Considera-se que tais circunstâncias devem ser aquelas que são tidas em consideração na concreta prática de cobertura de riscos do segurador em causa (analogamente, para o regime da declaração inicial do risco VIEIRA GOMES, J. M.: "O dever", cit., pp. 407-408) e que não podem deixar de ecoar o que se considera serem as circunstâncias relevantes para efeitos de declaração inicial do risco (foi o que defendemos no nosso "Contrato de seguro", pp. 353 e ss.). Como tal, considerando-se que a omissão da inserção de uma circunstância em questionário apresentado para efeitos de declaração inicial do risco gera uma presunção da sua irrelevância, a mesma irrelevância deve ser presumida para efeitos da declaração de um agravamento.

[51] A presunção forma-se no decurso de trinta dias contados da chegada da proposta ao poder ou ao conhecimento do segurado (arts. 93.º, n.º 2, a) do RJCS e 224.º do Código civil).

do dever de comunicação do agravamento, e dos termos do incumprimento. Se o dever de comunicação do agravamento houver sido cumprido, o segurador mantém-se obrigado a prestar. Se tal dever não tiver sido cabalmente cumprido, o segurador cobre parcialmente o risco, reduzindo-se a sua prestação na proporção entre o prémio efectivamente cobrado e aquele que seria devido em função das reais circunstâncias do risco. Quando, porém, o dever de comunicação do agravamento tiver sido violado com dolo com o propósito de obter uma vantagem por parte do tomador de seguro ou segurado, o segurador pode recusar a cobertura e reter os prémios vencidos.

Conversamente, nos termos do art. 92.º, o segurador deve, a partir do momento em que tenha conhecimento de circunstância que gere uma diminuição inequívoca e duradoura do risco com reflexo nas condições do contrato, reflecti-la no prémio cobrado. Na falta de acordo quanto ao prémio devido, assiste ao segurado o direito a resolver o contrato.

O RJCS não dispõe de uma norma geral que limite as possibilidades de previsão de exclusões do risco ou criação de deveres de controlo do risco por contrato. Porém, a jurisprudência escrutina e limita estas cláusulas contratuais através do regime dos contratos de adesão. Trata-se de um controlo que opera também em termos de conteúdo, determinando a exclusão da cláusula de que resulte uma desproporção entre os direitos e deveres das partes que se mostre contrária à boa fé. Nestas matérias, é recorrente o apelo ao critério do esvaziamento do contrato, considerando-se nula uma cláusula que frustre as expectativas de obtenção de segurança depositadas no contrato[52].

O sinistro corresponde à verificação total ou parcial do evento que, nos termos do contrato, desencadeia o dever de prestar do segurador por referência à cobertura do risco (art. 99.º). Em sede de definição do sinistro, o contrato é, pois, em princípio soberano; porém, a noção de sinistro relevante para o acionamento de cada fattispecie pode não ser coincidente, bastando-se a algumas hipóteses a verificação parte dos pressupostos do sinistro – ou mesmo, discutivelmente, a sua iminência – e requerendo outras a verificação da totalidade dos pressupostos.

[52] Além da jurisprudência que se tem pronunciado pela abusividade de cláusulas que recortam o risco de invalidez permanente e definitiva de um modo demasiado exigente, que mencionaremos no final da exposição, refira-se ainda, a título de exemplo, o ac. da TRC de 30 de Junho de 2015, Processo n.º 20/10.7TBPPS.C1, que, pelos fundamentos referidos em texto, considerou nula a cláusula que, num contrato de seguro de responsabilidade civil do ramo construção civil, excluía da cobertura os danos "decorrentes da falta de cumprimento das normas legais ou regulamentares, ou dos usos próprios da actividade" ou "resultantes da não adopção das medidas de segurança aconselháveis". Nos casos mais extremos, preencher-se-á mesmo a hipótese do art. 45.º, n.º 1, do RJCS, que proíbe que as condições especiais e particulares modifiquem a natureza dos riscos cobertos tendo em conta o tipo de contrato de seguro celebrado (cfr. , para a norma idêntica que antes vigorava, MARTINEZ, P. R.: *Direito dos seguros, Apontamentos*, Principia, Cascais, 2006, pp. 95-96).

O segurador fica exonerado do dever de prestar em caso de causação dolosa do sinistro pelo tomador ou pelo segurado (art. 46.º, n.º 1). Caso tenha sido o beneficiário o causador doloso, é apenas o seu direito que é posto em causa (art. 46.º, n.º 2, e art. 192.º), revertendo então a favor de um beneficiário de segunda linha. A causação com negligência grosseira encontra-se, pois, supletivamente coberta.

A cobertura de actos dolosos não é, porém, taxativamente proibida, sendo permitida quando a lei assim o determine –por exemplo, no caso do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel[53], ou no caso do suicídio cometido depois de decorrer um ano sobre a celebração do contrato[54]– ou quando tal for expressamente convencionado e tal não contrarie a ordem pública – por exemplo, seria contrário à ordem pública no caso de um seguro de incêndios – ou a natureza do contrato – tal contrariedade ocorreria, por exemplo, no caso de um seguro de acidentes pessoais, dado o caractere da acidentalidade do sinistro. A cobertura de actos dolosos do segurado é, aliás, o que vale supletivamente no seguro de responsabilidade civil obrigatória (art. 148.º, n.º 2)[55].

Contíguo a este regime é o regime do afastamento e mitigação do sinistro, também dito do salvamento. Nos termos do art. 126.º, n.ºs 1 e 2, o tomador do seguro, o segurado ou o beneficiário que tome conhecimento da verificação do sinistro nessa qualidade deverão empregar os meios ao seu alcance para prevenir ou limitar os danos. Trata-se de uma obrigação de meios, referida à adopção de um conjunto de medidas razoáveis não especificadas, e não à consecução de um resultado. A lei parece assentar em que tal dever apenas se constitui quando pelo menos parte dos factos constitutivos do sinistro já se manifestou, uma vez que se reporta a um dever de afastamento ou mitigação de danos, e não do próprio sinistro; porém, por convocação do parâmetro da boa fé, poder-se-á defender que o dever retroage ao momento em que o dano se encontre iminente[56]. Este dever é contrabalançado por um direito a obter do segurador o reembolso das despesas de salvamento havidas. Tal pagamento encontra-se, porém, sujeito a vários limites. Em primeiro lugar, apenas serão reembolsadas as despesas razoáveis face ao objectivo da contenção das consequências do sinistro e proporcionadas[57]; o facto de se revelarem ineficazes na

[53] Cfr. o art. 27.º, n.º 1, a), do regime do seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel, consagrando o direito de regresso do segurador.

[54] Art. 191.º.

[55] Veja-se o que diremos abaixo quanto ao direito de regresso do segurador no seguro de responsabilidade civil.

[56] Considerando muito duvidosa a solução oposta, VIEIRA GOMES, J. M.: "Do dever ou ónus de salvamento no novo regime jurídico do contrato de seguro (Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16/4)", *Cadernos de Direito Privado*, núm. 28, 2009, pp. 3-22, p. 9; defendemos a solução em texto em "Contrato de seguro", p. 410. Contra, DA COSTA OLIVEIRA, A.: "Anotação ao art. 126.º", *in LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 427-432, pp. 430-431.

[57] A lei não determina qual o critério a mobilizar para aferir da proporcionalidade das despesas. Uma vez que o montante do capital seguro foi já erigido em limite máximo inultrapassável, parece-nos que este não deve ser também convocado como parâmetro de proporcionalidade; mais

contenção dos danos não põe em causa o reembolso (art. 127.º, n.º 1). Em segundo lugar, tal reembolso encontra-se limitado em termos de montante, não podendo, somado ao montante da prestação devida por sinistro, exceder o valor do capital seguro. O valor do reembolso apenas poderá ultrapassar tal parcela sobrante quando se refira a medidas adoptadas em cumprimento de determinações concretas do segurador ou quando a sua cobertura autónoma resultar do contrato (art. 127.º, n.º 3)[58].

O segurado e o tomador devem notificar o segurador da ocorrência do sinistro, explicitando em tal notificação as circunstâncias da verificação do sinistro, as eventuais causas da sua ocorrência e respectivas consequências. O prazo para o fazerem é de oito dias contados da tomada de conhecimento efectiva do sinistro (art. 100.º, n.ºs 1 e 2)[59]. Deverão ainda prestar ao segurador todas as informações relevantes, relativas ao sinistro e às suas consequências, que por ele sejam solicitadas (n.º 3).

O RJCS não decreta consequências jurídicas directamente aplicáveis aos casos de incumprimento dos deveres conexos com o sinistro, estabelecendo apenas, nos seguros que cubram riscos de massa, limites para os regimes que possam ser criados pelo contrato. Nos termos do art. 101.º (aplicável ao regime do salvamento por força do art. 126.º, n.º 3), o contrato apenas pode prever, em regra, como consequência do incumprimento, a redução da prestação do segurador atendendo ao dano que o incumprimento dos deveres lhe cause. Em ambos os casos, requer-se ainda que tal não cumprimento seja culposo, embora a valoração da culpa não seja idêntica num caso e noutro. No caso dos deveres de participação do sinistro e prestação de informações solicitadas, o não cumprimento faz presumir culpa (simples), sendo ao obrigado que cumpre provar que não poderia razoavelmente ter procedido ao cumprimento. Já o dever de salvamento é, como vimos, um dever de fattispecie aberta, referido à adopção das condutas que em concreto se mostrem razoáveis. Como tal, não basta a produção do sinistro para presumir que o segurado, ou outro dos obrigados, o podia ter razoavelmente mitigado. O segurador terá ainda que provar a culpa dos sujeitos, no sentido de demonstrar a omissão de medidas razoáveis para o afastamento ou contenção dos danos[60]. Acresce que, no

adequado será dizer que as despesas serão reembolsadas desde que proporcionadas ao dano potencial – mas só o serão até ao limite da parcela sobrante entre o valor da prestação seguradora e o valor do capital seguro (foi o que defendemos em "Contrato de seguro", pp. 419 e ss.).

[58] O art. 127.º, n.º 4, adapta estas disposições às hipóteses de subseguro, determinando que o reembolso a efectuar pelo segurador seja também proporcionalmente diminuído.

[59] Quando o sinistro corresponda a um estado de coisas dilatado no tempo, entende-se que o dever surge quando se tornem conhecidos os pressupostos que permitam identificar a ocorrência de um sinistro, já que tal permitirá ao segurador a observação e recolha de provas relativamente às circunstâncias do sinistro, bem como emissão de instruções atinentes à gestão das operações de salvamento, quando o contrato o previr (foi o que defendemos no nosso "Contrato de seguro", p. 387).

[60] A lei valora ainda aqui expressamente o facto de o estado de desconhecimento desconforme ao Direito ser sanado por outro modo (art. 101.º, n.º 3), determinando que não se aplica o regime

entendimento de alguma doutrina, por contiguidade deste regime face ao regime da causação do sinistro, não poderá aqui bastar um incumprimento correspondente a culpa simples, requerendo-se um incumprimento correspondente a negligência grosseira[61]. Por outro lado, apenas é lícito prever a exoneração total quando a violação dos deveres seja dolosa e cause dano significativo ao segurador.

3.2. Deveres a cargo do segurador.

A obrigação principal do segurador é a de efectuar a prestação convencionada para o caso de sinistro. Nos termos do art. 102.º, n.ºs 1 e s, o segurador obriga-se a satisfazer a prestação contratual a quem for devida, após a confirmação da ocorrência do sinistro e das suas causas, circunstâncias e consequências, podendo, em função das circunstâncias, ser ainda necessária a prévia quantificação das consequências do sinistro. No entanto, apenas decorridos trinta dias suplementares face ao momento em que o segurador confirma a ocorrência das circunstâncias necessárias à determinação do seu dever de prestar é que o cumprimento deste se torna exigível e começam, designadamente, a correr juros de mora (art. 104.º, determinando o momento do vencimento da obrigação do segurador). Num contexto em que a preocupação geral é, inversamente, a de minorar a distância entre o momento do sinistro e aquele em que o segurado recebe a prestação, com vista a salvaguardar o efeito útil do contrato, trata-se de uma solução que causa perplexidade[62]. Trata-se de soluções que poderão vir a ser mitigadas pela aplicação da regra do art. 805.º, n.º 3, do CC, que determina que o devedor se constitui em mora se a falta de liquidez do crédito lhe for imputável, ou pela aplicação do parâmetro da boa fé, que poderá responsabilizar o segurador-devedor pela sua falta de cooperação na liquidação da prestação[63].

sancionatório caso o segurador tenha, dentro do período legal, conhecimento do sinistro por outro modo.

[61] Assim, VIEIRA GOMES, J. M.: "Do dever ou ónus", cit., p. 19; no mesmo sentido , o nosso "Contrato de seguro", p. 412.

[62] Uma ligeira mitigação desse estado de coisas é conferida pelo regime do reembolso das despesas de salvamento, em que se determina que estas devem ser pagas pelo segurador antecipadamente à data da regularização do sinistro, quando o tomador do seguro, o segurado ou o beneficiário exija o reembolso, as circunstâncias o não impeçam e o sinistro esteja coberto pelo seguro (art. 127.º, n.º 2).

[63] Apontámos estas vias no nosso "Contrato de seguro", p. 380; criticamente também MENEZES CORDEIRO, A.: *Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 754-755. Na jurisprudência, veja-se o ac. do TRP de 25 de Janeiro de 2011, Processo n.º 3322/07.6TJVNF.P1, que considerou que a seguradora que protelou sem fundamento a recusa definitiva do dever de prestar violou um dever lateral, fundado na boa fé, ficando obrigada à indemnização dos danos causados.

III. CESSAÇÃO DO CONTRATO.

Relativamente aos modos de fazer cessar o contrato, estão regulados os modos gerais de cessação: a caducidade por término do prazo de vigência, perda do interesse ou cessação do risco (arts. 109.º e 110.º), a revogação por mútuo acordo (art. 111.º), a denúncia (arts. 112.º e ss.), e a resolução, por justa causa ou outro fundamento legalmente reconhecido (116.º e ss.).

Abordaremos alguns pontos da regulação que merecem especial destaque, por se referirem aos modos de cessação que contemplam a intervenção de maior arbítrio das partes: a denúncia e a resolução.

A denúncia é uma faculdade que opera por declaração de qualquer das partes, tornando operativa a ideia de que o princípio da proporcionalidade se opõe a vínculos perpétuos. Como tal, estando em causa contratos celebrados por tempo indeterminado, a denúncia pode ter lugar a todo o tempo. Estando em causa contratos celebrados por prazo limitado, com renovação automática, a denúncia opera para o termo do prazo. Trata-se de uma forma de fazer cessar o contrato que não exige a invocação de um fundamento específico, produzindo-se ad nutum; como tal, a lei contrabalança tal abertura com a protecção de expectativas formadas quanto à manutenção do vínculo, prevendo um conjunto de casos em que a denúncia é abusiva. Estes limites só valem nos casos em que a vinculação assumida seja mais intensa: quando se trate de contratos celebrados por tempo indeterminado ou por um período determinado, mas com período de vigência inicial igual ou superior a 5 anos (art. 113.º e 114.º, n.º 5). Limita-se a livre desvinculação através de três parâmetros: em primeiro lugar, se oponha à natureza do vínculo, o que acontece, por exemplo, quando o contrato for celebrado para vigorar até à verificação de determinado facto (art. 114.º, n.ºs 1 e 2); em segundo lugar, quando se oponha à finalidade prosseguida pelo contrato, o que acontece nomeadamente nos seguros em que o decurso do tempo agrava o risco (por exemplo, no caso de um seguro de saúde – cfr. art. 114.º, n.ºs 1 e 3); em terceiro lugar, quando a cessação corresponda a uma atitude abusiva, presumindo-se abusiva a denúncia feita na iminência da verificação do sinistro ou após a verificação de um facto que possa desencadear uma ou mais situações de responsabilidade do segurador (art. 114.º, n.ºs 1 e 4).

A resolução apenas tem lugar, em princípio, com fundamento em justa causa (art. 116.º) –por exemplo, perda de confiança por violação grave e reiterada de deveres contratuais. A resolução pode ainda ter lugar como forma de protecção da parte contratual mais fraca, ao abrigo daquilo a que se chama "direito de arrependimento". Assim, o tomador que seja pessoa singular pode resolver o contrato sem invocação de justa causa nos contratos de seguro de vida, de acidentes pessoais e de saúde com uma duração igual ou superior a seis meses, bem como nos

seguros qualificados como instrumentos de captação de aforro estruturado, dispondo em qualquer caso de trinta dias contados da data de recepção da apólice para o fazer (art. 118.º, n.º 1, als. a) e b)); nos demais casos, pode resolver o contrato de seguro desde que este tenha sido celebrado à distância, no prazo de 14 dias contados da data de recepção da apólice (art. 118.º, n.º 1, al. c))[64].

O RJCS regulou ainda os termos em que pode ser prevista no contrato a resolução na sequência de sinistros (art. 117.º), através de disposições que são imperativas para os seguros de massa (n.º 5). Presume-se que há sucessão de sinistros quando ocorram dois sinistros num período de doze meses ou, sendo o contrato anual, no decurso da anuidade; mas permite-se convenção diversa (n.º 2). O conteúdo imperativo do regime resume-se, nos termos dos n.ºs 3 e 4, à proibição da convenção em relação a certos tipos de seguros quando a resolução seja exercida pelo segurador –a saber, seguros de vida, de saúde, de crédito e caução, bem como os seguros obrigatórios de responsabilidade civil– bem como à proibição da atribuição de eficácia retroactiva à resolução e fixação de um prazo máximo para o seu exercício (30 dias contados do pagamento ou recusa de pagamento do sinistro).

IV. SEGUROS DE DANOS.

No que toca aos seguros de danos, o RJCS continua a regulá-los por referência ao princípio indemnizatório, determinando que a prestação devida pelo segurador está limitada pela medida dos danos decorrentes do sinistro (128.º; cfr., para os seguros de coisas, o art. 130.º, n.º 1)[65] – para além de, claro, não poder exceder o capital seguro. Nos seguros de coisas, atende-se, nos termos do regime supletivo legal, ao valor do interesse seguro ao tempo do sinistro (art. 130.º, n.º 1).

Porém, este princípio tem, face à lei actual, um alcance muito diverso do que era o seu tradicional: não só não é dotado de carácter imperativo, como a lei dá acolhimento expresso às figuras que configuram as derrogações tradicionais ao princípio indemnizatório. Assim, acolhe-se expressamente as apólices de valor convencionado, bem como o seguro a valor novo. O único limite imperativo à fixação pelas partes do valor do interesse seguro é a proibição de que tal valor seja manifestamente infundado (art. 131.º, n.º 1).

O princípio indemnizatório é flanqueado por um conjunto de disposições que mantêm a equivalência entre a prestação a cargo do segurado e a prestação do segurador, determinada de acordo com o princípio indemnizatório. Trata-se das

[64] Para excepções e aclarações destas regras gerais, cfr. os demais n.ºs do art. 118.º

[65] Porém, nos seguros de coisas, os lucros cessantes e o dano decorrente da privação do uso apenas serão cobertos caso tal seja expressamente convencionado (art. 130.º, n.ºs 2 e 3).

normas sobre sobresseguro, pluralidade de seguros, subseguro e direito de sub-rogação do segurador[66].

Há sobresseguro quando o capital seguro (ou seja, o máximo de capital pagável pelo segurador) exceder o valor do interesse seguro (ou seja, o valor da relação económica entre o segurado e o bem exposto ao risco). O RJCS regula a matéria no art. 132.º. Nos termos do n.º 1, a prestação devida pelo segurador é limitada ao montante do dano (art. 132.º, n.º 1, e 128.º), podendo além disso as partes pedir a modificação do contrato de seguro, no sentido da redução do capital seguro e correlata redução dos prémios devidos[67]. Esta modificação contratual apenas produz efeitos em relação ao futuro; em relação aos efeitos já produzidos pelo contrato –isto é, aos prémios já pagos–, vale o art. 132.º, n.º 2. Nos seus termos, estando o tomador do seguro ou o segurado de boa fé, o segurador deve proceder à restituição dos sobre-prémios que tenham sido pagos nos dois anos anteriores ao pedido de redução do contrato, deduzidos os custos de aquisição calculados proporcionalmente[68].

Apesar de apenas o n.º 2 se referir expressamente ao facto de o tomador estar de boa fé, parte importante da doutrina considera que também o n.º 1 vale apenas nesse caso: para as hipóteses de má fé, o regime deverá ser diferenciado[69]. Assim, para além de o tomador-segurado de má fé não ter direito a pedir a restituição do

[66] Como é sabido, os regimes do sobresseguro e do sub-seguro apenas fazem sentido em relação ao seguro de coisas, não se aplicando ao seguro de responsabilidade ou aos seguros de pessoas, já que aí não há um interesse seguro cujo valor seja previamente determinável (a propósito dos seguros de pessoas, cfr. o art. 180.º, n.º 2, a contrario, remetendo, face aos seguros com prestações indemnizatórias, apenas para o regime da pluralidade de seguros). Já o regime da sub-rogação pode valer em qualquer dos casos – embora, no seguros de responsabilidade, de forma mais marginal, já que apenas vale quando o segurado for apenas co-responsável pelos danos, e, mesmo nesse caso, haja quem alegue estar em causa um direito de regresso (BARROS FERREIRA RODRIGUES ROCHA, F.: *Do princípio*, cit., pp. 179-180).

[67] Claro está que o interesse em tal pedido é do tomador (que, nos seguros por conta própria, como assumimos nesta exposição por razões de simplificação, é também o segurado), que passa assim a pagar prémios menores, e não do segurador. A doutrina considera que se trata aliás de um direito potestativo de produzir a modificação do contrato por declaração recipienda (BARROS FERREIRA RODRIGUES ROCHA, F.: *Do princípio*, cit., pp. 98-99).

[68] A doutrina mostra-se crítica a respeito deste regime, considerando arbitrário e punitivo tal limite de dois anos – MENEZES CORDEIRO, A.: *Direito dos*, cit., p. 807, III.

[69] De outro modo, criar-se-iam contradições normativas em várias direcções. Por um lado, face aos regimes da declaração inicial do risco ou do agravamento do risco, que recusam o direito ao recebimento de qualquer prestação por parte do tomador-segurado que actue dolosamente, e cuja aplicação se poderia equacionar em relação, respectivamente, ao sobresseguro originário e ao seguro superveniente. Por outro lado, e decisivamente, tal contradição existiria face ao regime inteiramente análogo da pluralidade de seguros, que prevê igualmente a exoneração do segurador nos casos de actuação de má fé (art. 133.º, n.º 2). Assim, POÇAS, L.: *O dever*, cit., 197-198; cfr. BARROS FERREIRA RODRIGUES ROCHA, F.: *Do princípio*, cit., pp. 100-106. Como tal, exige-se que ocorra má fé no sentido requerido no regime do sobresseguro, implicando uma intenção fraudulenta: estará, pois, de má fé o tomador ou segurado que conheça da divergência dos valores e a omita, com intenção de lucrar.

sobre-prémio, verá comprometidos os seus direitos contratuais, por aplicação analógica das normas que regulam o sobresseguro. O resultado será o de o segurador ficar então exonerado do dever de prestar em caso de ocorrência de sinistro, com retenção dos prémios pagos.

Face às situações de pluralidade de seguros[70], prescreve-se, nos termos do art. 133.º, n.º 1, um duplo dever do segurado de informar o segurador, já que este se impõe em dois momentos: assim que tome conhecimento da ocorrência de pluralidade de seguros; e aquando da participação do sinistro[71]. Em caso de sinistro, uma vez que o segurado cumpra o seu dever de informar, poderá exigir a indemnização de qualquer um dos seguradores, que responderá dentro dos limites da respectiva obrigação (art. 133.º, n.º 3). Trata-se de uma aplicação das regras da solidariedade passiva, em que os seguradores accionados têm depois direito de regresso face aos demais, caso tenham respondido para lá da proporção da quantia que cada um teria que pagar caso houvesse um só seguro (art. 133.º, n.º 4). Como vimos, caso o tomador-segurado omita de modo fraudulento o seu dever de informar, ficam os seguradores exonerados das respectivas prestações (art. 133.º, n.º 2), retendo, porém, a totalidade dos prémios até conhecimento da omissão do dever de informar[72].

Estas regras valem também para os seguros de pessoas que garantam prestações de cariz indemnizatório (art. 180.º, n.º 2). As prestações de valor predeterminado devidas ao abrigo de seguros de pessoas são, salvo convenção em contrário, livremente cumuláveis com prestações indemnizatórias ou igualmente de valor predeterminado (art. 180.º, n.º 1). Não obstante, mesmo nestes casos, o segurado ou o tomador devem, por razões de prevenção do risco moral, informar os seguradores da existência de tal pluralidade; tal só não se impõe face ao seguro de saúde (art. 215.º, b)). O RJCS não prevê sanção para a omissão de tal conduta, sendo o contrato livre de a prever.

Há subseguro quando o capital seguro for inferir ao valor do interesse que incide sobre o objecto seguro (art. 134.º). Na verdade, este não é o único requisito para aplicação deste regime, o qual exige ainda que esteja em causa um sinistro parcial – caso ocorra dano total, o segurador deve prestar por inteiro[73]. Quando o sinistro

[70] A qual só existe, como é sabido e o art. 133.º, n.º 1, reitera, quando haja identidade de risco, de interesse e de âmbito temporal do seguro.

[71] Segundo BARROS FERREIRA RODRIGUES ROCHA, F.: *Do princípio*, cit., p. 126, não se trata aqui de uma pura duplicação, já que a comunicação devida aquando do sinistro é uma comunicação concreta, dirigida apenas aos seguradores potencialmente implicados pelo sinistro em causa. No entanto, caso o primeiro destes deveres seja omitido de modo não fraudulento, o cumprimento do segundo – i.e., a comunicação na sequência do sinistro –, afastando qualquer intenção de lucrar do segurado, determina a aplicação do regime geral da solidariedade passiva entre seguradores, nos termos do art. 133.º, n,º 4.

[72] Para a data até à qual há direito à retenção dos prémios, BARROS FERREIRA RODRIGUES ROCHA, F. B. F. R.: *Do princípio*, cit., p. 128.

[73] MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: "O novo", cit., p. 24; BARROS FERREIRA RODRIGUES ROCHA, F.: *Do princípio*, cit., pp. 135-136.

seja parcial, aplica-se a regra proporcional: o segurador apenas responde pelo dano na proporção da relação entre o capital seguro e o valor do interesse sobre o objecto seguro. Trata-se de um regime que, na sua incidência e consequências, é dificilmente antecipável por um segurado leigo; de resto, a ocorrência de subseguro não advém sempre de acto voluntário de limitação do valor da prestação do segurador, podendo provir de uma valorização involuntária dos activos. Como tal, os riscos de falta de transparência são aqui ampliados. Tal suscita não só exigências acrescidas de informação, como suscitou, no âmbito do seguro de riscos relativos à habitação, a criação de um regime especial de actualização automática do valor do imóvel, de acordo com índices publicados pela ASF (art. 135.º)[74].

Este conjunto é completado pelas normas sobre sub-rogação. Nos termos do art. 136.º, n.º 1, o segurador que tiver pago a indemnização fica sub-rogado, na medida do montante pago, nos direitos do segurado contra o terceiro responsável pelo sinistro. Entende-se que deste regime resulta que a sub-rogação opera automaticamente, no sentido de o pagamento pelo segurador ao segurado produzir, independentemente de qualquer acto do segurado, a transferência dos seus direitos contra o terceiro para o segurador. Porém, por aplicação das regras gerais dos arts. 583.º e 584.º, conjugados com o art. 594.º, todos do Código Civil, será necessária a notificação do terceiro para que o ingresso do segurador em tais direitos produza efeitos contra ele – assim, o pagamento feito pelo terceiro não notificado ao segurado continuará a ser liberatório para o terceiro[75].

O direito do segurador contra o terceiro está sujeito a vários limites. Por um lado, este direito tem o mesmo conteúdo que o do segurado, mantendo o terceiro todas as suas defesas contra o segurador. Por outro lado, a sub-rogação apenas procede na medida em que os danos a indenizar pelo segurador sejam idênticos aos danos a indemnizar pelo segurado. A sub-rogação não pode proceder em relação aos danos que não estejam cobertos pelo seguro nem em relação a valores pelos quais o segurador responda, mas já não assim o terceiro causador (por exemplo, caso o segurador se obrigue a repor o valor em novo) [76]. Quando o património do terceiro não baste para satisfazer o direito do segurado face à parte do dano pelo qual o segurador não responda e o direito do segurador exercido em sede sub-rogatória,

[74] O segurador deve informar o tomador do seguro, aquando da celebração do contrato e por altura das respectivas prorrogações, do teor do disposto no número anterior, bem como do valor seguro do imóvel, a considerar para efeito de indemnização em caso de perda total, e dos critérios da sua actualização (art. 135.º, n.º 2), sob pena de não aplicação da regra proporcional, na medida do incumprimento (n.º 3).

[75] VIEIRA GOMES, J. M.: "Da sub-rogação legal do segurador à luz da nova lei do contrato de seguro (Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril)", *in Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanchez, II*, coord. por P. OTERO, F. ARAÚJO, J. TABORDA DA GAMA, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 449-484, pp. 472-474; BARROS FERREIRA RODRIGUES ROCHA, F.: *Do princípio*, cit., p. 157.

[76] Cfr. VIEIRA GOMES, J. M.: "Da sub-rogação", cit., pp. 460-461.

terá prioridade, salvo convenção em contrário em contratos de grandes riscos, o direito do segurado (art. 136.º, n.º 3)[77].

Acresce que o segurador não dispõe do direito de se sub-rogar quando tal implique dirigir-se contra o próprio segurado, dado este ser legalmente responsável pelo terceiro lesante (art. 136.º, n.º 4, a)); ou contra cônjuge, pessoa que viva em união de facto, ascendentes e descendentes do segurado que com ele vivam em economia comum, salvo se a responsabilidade destes terceiros for dolosa ou se encontrar coberta por contrato de seguro (art. 136.º, n.º 4, b))[78]. Nos termos do n.º 2 do art. 136.º, o tomador do seguro ou o segurado responde, até ao limite da indemnização paga pelo segurador, por acto ou omissão que prejudique os seus direitos. Considera-se, porém, que tais consequências só se aplicam se tal actuação for culposa[79].

O regime da sub-rogação vale actualmente apenas em relação a seguros de carácter indemnizatório, tendo, a partir de Setembro de 2015, sido excluída a possibilidade de convencionar a sub-rogação no caso dos seguros de capitais (art. 181.º, n.º 1). Por outro lado, enquanto que nos seguros de pessoas o direito de sub-rogação do segurador só vale quando expressamente pactuado, nos demais seguros vale a não ser que seja expressamente afastado[80].

V. Questões seleccionadas quanto ao Seguro de responsabilidade civil.

Salientamos, em relação aos seguros de responsabilidade civil, algumas tomadas de posição do legislador relativamente a questões mais relevantes ou polémicas.

Em primeiro lugar, relativamente ao âmbito temporal da cobertura. O ponto de partida é o da liberdade negocial para estipular os limites temporais do dever de prestar, atendendo por exemplo ao momento de ocorrência do facto gerador da

[77] O princípio é, porém, o oposto em caso do seguro de crédito, concorrendo o segurador e o segurado em paridade (art. 165.º, n.º 1).

[78] Trata-se aqui de excluir o direito do segurador nos casos em que o seu exercício implicasse no fundo a agressão do património do segurado, ou quando tal implicasse conceder ao segurador direitos que o segurado, por razões de decoro e conveniência social, nunca exerceria, e que poderão causar perturbações na sua vida privada. Impondo como requisitos cumulativos a economia comum e a relação de parentesco ou análoga, o rol legal é considerado excessivamente restritivo pela doutrina, e potencialmente antinómico face ao fundamento do contrato de seguro, deixando-se em aberto a possibilidade da sua interpretação correctiva (VIEIRA GOMES, J. M.: "Da sub-rogação", cit., pp. 475-478).

[79] BARROS FERREIRA RODRIGUES ROCHA, F.: *Do princípio*, cit., pp. 172-173.

[80] Apesar do silêncio da lei, a doutrina considera que o regime tem, aliás, nos seguros de massas, carácter relativamente imperativo (DA COSTA OLIVEIRA, A.: "Art. 136.º", cit., pp. 469-470; VIEIRA GOMES, J. M.: "Da sub-rogação", cit., pp. 481 e ss.).

responsabilidade do segurado, da manifestação do dano, ou da apresentação de pedido de reparação (art. 139.º, nº 2).

A regra supletiva é, porém, nos termos do art. 139.º, n.º 1, de que a garantia cobre a responsabilidade civil do segurado por factos geradores de responsabilidade civil ocorridos no período de vigência do contrato, abrangendo os pedidos de indemnização apresentados após o termo do seguro. O critério de base é, pois, o da localização temporal do facto gerador da responsabilidade. Este, tomado na sua forma pura, cria para o segurador o conhecido risco de ser chamado a responder, muito tempo depois do facto gerador e possivelmente da cessação do contrato; como tal, o segundo segmento da norma limita o dever do segurador aos casos em que o facto gerador de responsabilidade dê lugar a pedido indemnizatório apresentado, judicial ou extrajudicialmente, ao segurado, dentro do ano subsequente à cessação do contrato. O n.º 3 limita as possibilidades de tomada em consideração apenas da data da apresentação da reclamação, criando uma regra semi-imperativa para os casos em que não haja lei ou regulamento especial em sentido contrário e o risco não se encontre coberto por um contrato de seguro posterior. Nestes casos, o seguro garante o pagamento de indemnizações resultantes de eventos danosos desconhecidos das partes e ocorridos durante o período de vigência do contrato, ainda que a reclamação seja apresentada no ano seguinte ao termo do contrato.

Em segundo lugar, determina-se, no que toca à actuação processual do segurado, que este deve prestar ao segurador toda a informação que razoavelmente lhe seja exigida e abster-se de agravar a posição substantiva ou processual do segurador; e determina-se ainda que tanto o reconhecimento, por parte do segurado, do direito do lesado, como o pagamento da indemnização que a este seja efectuado, são inoponíveis ao segurador que não tenha dado o seu consentimento (art. 140.º, n.ºs 6 e 7). Esta última norma é polémica e de duvidosa constitucionalidade, pois pode retirar ao segurado-réu a possibilidade de alcançar uma posição global mais favorável e subtrair-lhe um argumento relevante para a defesa em sede penal[81].

Em terceiro lugar, cumpre dar notícia da regulação do direito de regresso do segurador, pelo qual este recupera do tomador ou segurado montantes que haja pago ao terceiro lesado, ao abrigo do seu dever de prestação em caso de sinistro (art. 144.º). Trata-se no que a estas hipóteses concerne não já de uma transferência do risco do segurado para o segurador, mas do conferir de uma garantia patrimonial acrescida ao terceiro lesado. Nos termos legais, o segurador tem direito de regresso relativamente à quantia despendida, contra o tomador do seguro ou o segurado que tenha causado dolosamente o dano ou tenha de outra forma lesado dolosamente o segurador após o sinistro (n.º 1). Regula-se ainda supletivamente os termos de exercício do direito de regresso, quando tenha sido convencionado para valer fora das hipóteses de dolo, determinando-se que tal direito apenas existe na exacta

[81] MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: "O novo", cit., pp. 26-17, aludindo ao princípio da tutela jurisdicional efectiva (art. 20.º da Constituição).

medida em que a prestação do segurador tenha sido causada pelo facto que funda o direito de regresso (n.º 2).

Em quarto lugar, detemo-nos na regulação da acção directa do terceiro lesado contra o segurador. No caso do seguro obrigatório, a regra, relativamente imperativa, é da existência de acção directa, tendo o terceiro lesado direito a exigir a indemnização directamente do segurador (art. 146.º, n.º 1)[82]. Nos seguros facultativos, o direito de acção directa apenas existe quando expressamente convencionado (art. 140.º, n.º 2).

Em caso de pluralidade de seguros, o lesado pode exigir a indemnização de qualquer um deles, nos termos acima descritos. Porém, não pode ser invocado contra ele o regime que pune o tomador/segurado de má fé (133.º, n.º 6).

IV. SEGUROS DE PESSOAS.

No que toca à regulação geral da categoria, demos já conta das normas que regem as questões da pluralidade de seguros e da sub-rogação. Damos agora conta do regime da obtenção de dados sobre a saúde da pessoa segura.

O próprio segurador deve prestar ao candidato uma série de informações relativas aos exames a realizar[83]; porém, as questões mais sensíveis que aqui se colocam concernem ao tratamento da informação relativa à saúde do candidato. Com efeito, as informações relativas à saúde merecem uma tutela reforçada, já que são, de acordo com as normas sobre protecção de dados pessoais, dados sensíveis[84]. Nos

[82] Tal disposição conjuga-se aliás com a imposição de que, salvo disposição legal ou regulamentar em sentido diverso, a prestação do segurador corresponda à indemnização devida ao terceiro lesado, nos termos gerais (art. 138.º, n.º 2, ex vi 146.º, n.º 3).

[83] Nos termos do art. 178.º, n.º 1, quando haja lugar à realização de exames médicos, o segurador deve entregar ao candidato, antes da realização dos referidos exames, discriminação exaustiva dos exames, testes e análises a realizar; informação sobre entidades junto das quais os referidos actos podem ser realizados; informação sobre o regime de custeamento das despesas com a realização dos exames e, se for o caso, sobre a forma como o respectivo custo vai ser reembolsado a quem o financie; identificação da pessoa, ou entidade, à qual devam ser enviados os resultados dos exames ou relatórios dos actos realizados. Nos termos do n.º 2, cabe ao segurador a prova do cumprimento do disposto no número anterior. O RJCS não determina as consequências do incumprimento de tais deveres de informação, pelo que valem as regras gerais, havendo lugar à reparação dos danos causados com o incumprimento (tratar-se-á muitas vezes do reembolso de despesas havidas com exames levados a cabo de modo não condicente com as exigências do segurador).

[84] Nos termos tanto do Direito português, constitucional – art. 35.º, n.º 3, da CRP – e infraconstitucional – art. 7.º da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, de protecção de dados pessoais –, como do Direito internacional vigente na ordem jurídica interna – Convenção para a Protecção das Pessoas Relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, aprovada no seio do Conselho da Europa a 28 de Janeiro de 198 (art. 6.º; cfr. ainda Recomendação 2002(9) do Conselho da Europa, ponto 4.6.), como da Directiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do

termos do art. 178.º, n.º 3, o resultado dos exames médicos deve, quando solicitado, ser comunicado à pessoa segura ou a quem esta expressamente indique. Esta comunicação está subordinada a pedido da pessoa segura – como não poderia deixar de ser, atenta a vertente do "direito a não saber" compreendida no direito à informação sobre a saúde – e é em princípio mediada por médico, podendo ser transmitida directamente pelo segurador à pessoa segura quando as circunstâncias forem já do conhecimento da pessoa segura ou se puder supor, à luz da experiência comum, que as conhecia (178.º, n.º 4) e devendo actualmente entender-se que a mediação de médico pode ainda ser dispensada pela própria pessoa segura[85]. De resto, mais latamente, o segurador não pode recusar-se a fornecer à pessoa segura, quando instado para o efeito, todas as informações de que disponha relativamente à saúde daquela, devendo disponibilizar tal informação por meios adequados do ponto de vista ético e humano (n.º 5).

Saliente-se, de resto, que é proibido qualquer pedido ou utilização de informação genética relativa aos candidatos por parte dos seguradores (art. 12.º da Lei n.º 12/2005).

Quando o tomador do seguro ou segurado o solicitem e quando a decisão do segurador for no sentido da não aceitação do seguro ou sua aceitação em condições especiais, o segurador deve informá-los sobre os efeitos dos resultados dos exames médicos sobre a sua decisão (178.º, n.ºs 3 e 5). Esta solução não é isenta de dúvidas, já que a comunicação dos efeitos negativos de tais exames sobre a decisão do segurador poderá implicar em alguma medida a revelação de informação sobre a saúde da pessoa segura ao tomador ou segurado que não se confundam com ela[86]. Uma vez que a pessoa segura é a única titular da informação relativa à sua saúde (art. 3.º, sobretudo n.ºs 1 e 3 da Lei 12/2005), não só se impõem especiais cautelas ao fazer tal comunicação como, quando elas não bastem, deverá tal comunicação ser autorizada pela pessoa segura.

Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (art. 8.º) –, a informação relativa à saúde beneficia do estatuto de informação integrante de uma "categoria específica de dados", ou correspondente a "dados sensíveis", cujo tratamento é, por via de princípio, proibido.. Sobre os problemas que tal coloca inclusivamente face ao sistema de declaração espontânea do risco, DE OLIVEIRA MARTINS, M. I., "Da assimetria informativa ao excesso de informação: a protecção da reserva da vida privada da pessoa segura, no tocante à informação relativa à sua saúde", 2014, disponível em https://apps.uc.pt/mypage/faculty/mivom/pt/publicacoes (consultado pela última vez a 22.08.2015), § 3 e pp. seguintes.

[85] Com efeito, a Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro, sobre informação genética pessoal e informação de saúde, foi muito recentemente alterada (pela Lei n.º 26/2016, de 22 de Agosto), tendo sido abandonado o paradigma anterior, em que o acesso à informação sobre a própria saúde era sempre mediado por profissional, por um paradigma em que o titular pode aceder directamente à informação que lhe diz respeito (art. 3.º, n.ºs 3 e 4) .

[86] DE OLIVEIRA MARTINS, M. I.: "Sobre a discriminação", cit., nota 58.

De entre os seguros de pessoas, aquele que é regulado de modo mais denso é o seguro de vida. Este tem tido considerável importância prática e suscitado significativa jurisprudência, dada a sua associação aos contratos de mútuo bancário para aquisição de imóveis. Em relação a esta matéria, vale a pena assinalar a existência de legislação especial que tutela o segurado no seguro de vida exigido pelo mutuante para concessão do crédito, retirando consequências jurídicas da união que existe em termos económicos entre este seguro de vida e o contrato de mútuo que vem garantir[87]. Em sede jurisprudencial, é de assinalar, em relação a este núcleo, que os tribunais superiores têm sistematicamente considerado abusiva a cláusula relativa à cobertura complementar do risco de invalidez permanente e definitiva que defina este estado como a incapacidade de levar a cabo autonomamente os actos elementares da vida corrente, como a alimentação ou higiene pessoal – já que o estado de incapacidade para o exercício de actividade remunerada, que põe em causa a capacidade de pagamento do mútuo, não exige uma incapacidade tão extrema[88]. Recentemente, foi também considerada abusiva a conduta do banco beneficiário do mútuo que, em caso de morte ou incapacidade de um dos segurados, se abstém de acionar o seguro de vida cuja constituição a seu favor exigiu, procurando obter o pagamento através do património do co-mutuário ou dos herdeiros[89].

BIBLIOGRAFIA

BARROS FERREIRA RODRIGUES ROCHA, F.: *Do princípio indemnizatório no seguro de danos*, Almedina, Coimbra, 2015.

BONIFÁCIO RAMOS, J. L.: "O pagamento do prémio na Lei do Contrato de Seguro", *Cadernos de Direito Privado*, 2012, núm. 39, pp. 3-19.

DA COSTA OLIVEIRA, A.: "Anotação ao art. 126.º", *in LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 427-432.

DE ALBUQUERQUE MATOS, F.: "Uma outra abordagem em torno das declarações inexactas e reticentes no âmbito do contrato de seguro, Os arts. 24.º a 26.º do Dec.-Lei. n.º 72/2008, de 16 de Abril ", *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, IV*, coord. por M. D. C. ANDRADE, M. J. ANTUNES, S. A. D. SOUSA,

[87] Trata-se do Decreto-Lei n.º 222/2009, de 11 de Setembro, que estabelece medidas de proteção do consumidor na celebração de contratos de seguro de vida associados ao crédito à habitação. Como ilustração do que afirmamos em texto, podemos referir o art. 3.º, n.º 1, que determina que a validade e eficácia do seguro de vida dependem da validade e eficácia do contrato de mútuo; ou o art. 5.º que determina o conteúdo mínimo das propostas de contrato de seguro associadas ao crédito à habitação por referência ao conteúdo do contrato de mútuo.

[88] Veja-se, apenas a título de exemplo, o muito recente ac. do STJ de 27 de Setembro de 2016, processo n.º 240/11.7TBVRM.G1.S1.

[89] Ac. do STJ de 25 de Novembro de 2014, processo n.º 3220/07.3TBGDM-B.P1.S1.

Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 615-638.

DE OLIVEIRA MARTINS, M. I., "Da assimetria informativa ao excesso de informacão: a proteccão da reserva da vida privada da pessoa segura, no tocante à informacão relativa à sua saúde", 2014, disponível em https://apps.uc.pt/mypage/faculty/mivom/pt/publicacoes (consultado pela última vez a 22.08.2015).

DE OLIVEIRA MARTINS, M. I.: "Seguros de vida contratados como seguros de grupo e crédito à habitação, Anotação ao ac. do TRG de 6.10.2011, Proc. 771/08", *Cadernos de Direito Privado*, 2012, núm. 39, pp. 45-68.

DE OLIVEIRA MARTINS, M. I.: *O seguro de vida enquanto tipo contratual legal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

DE SOUSA RIBEIRO, J.: *O problema do contrato, As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999.

ENGRÁCIA ANTUNES, J. A.: "O Contrato de Seguro na LCS de 2008", *ROA*, 2009, núm. 69, pp. 811-854.

LIMA REGO, M.: "O contrato e a apólice de seguro", *in Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, coord. por M. LIMA REGO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 15-37.

LIMA REGO, M.: "O prémio", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, coord. por M. LIMA REGO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 191-212.

LIMA REGO, M.: "O risco e as suas vicissitudes", in *Temas de Direito dos seguros, A propósito da nova Lei do Contrato de Seguro*, coord. por M. LIMA REGO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 275-297.

LIMA REGO, M.: *Contrato de seguro e terceiros, Estudo de Direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

MARTÍNEZ, P. R.: "Comentários complementares ao art. 24.º", *in LCS anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 148-155.

MARTINEZ, P. R.: *Direito dos seguros, Apontamentos*, Principia, Cascais, 2006.

MENEZES CORDEIRO, A.: *Direito dos seguros*, Almedina, Coimbra, 2016.

MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: "O contrato de seguro", *Cadernos de Direito Privado*, 2015, núm. 51, pp. 26-36.

MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: "O mediador na conclusão e execução do contrato de seguro", *in Contrato de seguro, Estudos*, coord. por J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 153-189.

MOITINHO DE ALMEIDA, J. C.: "O novo regime jurídico do contrato de seguro, Beves considerações sobre a protecção dos segurados", *in Contrato de seguro, Estudos*, coord. por J. C. MOITINHO DE ALMEIDA, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 11-36.

OLIVEIRA MARTINS, M. I.: "Sobre a discriminação dos portadores de VIH/sida na contratação de seguros de vida", *BFDUC*, 2013, núm. 2, pp. 749-800.

POÇAS, L.: *O dever de declaração inicial do risco no contrato de seguro*, Almedina, Coimbra, 2013.

SOVERAL MARTINS, A.:, "Contratação à distância e contrato de seguro", *Estudos de Direito do Consumidor*, 2016, núm. 10, pp. 91-155.

VASQUES, J.: "Anotação ao art. 43.º", *in Lei do Contrato de Seguro anotada*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 241-245.

VIEIRA GOMES, J. M.: "Da sub-rogação legal do segurador à luz da nova lei do contrato de seguro (Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril)", *in Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanchez, II*, coord. por P. OTERO, F. ARAÚJO, J. TABORDA DA GAMA, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 449-484.

VIEIRA GOMES, J. M.: "Do dever ou ónus de salvamento no novo regime jurídico do contrato de seguro (Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16/4)", *Cadernos de Direito Privado*, núm. 28, 2009, pp. 3-22.

VIEIRA GOMES, J. M.: "O dever de informação do (candidato a) tomador do seguro na fase pré-contratual à luz do Decreto-Lei n.º 72/2008, de 16 de Abril", *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida II*, coord. por R. PINTO DUARTE, J. LEBRE DE FEITAS, A. CRISTAS et al., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 387-445.

LEGISLACIÓN DEL SECTOR ASEGURADOR VENEZOLANO A LA LUZ DEL CONCEPTO DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y JUSTICIA.

VENEZUELAN INSURANCE LEGISLATION SINCE THE APPROACH OF THE SOCIAL STATE OF LAW AND JUSTICE.

MARÍA FERNANDA PEÑA BORTONE
Profesora Facultad de Ciencias Económicas y Sociales.
Universidad de Los Andes. Venezuela
bortone@ula.ve, nandap81@gmail.com

RESUMEN: *La legislación venezolana para el sector asegurador ha cambiado en las últimas décadas motivado principalmente a los cambios constitucionales y a la conceptualización del Estado Social de Derecho y Justicia. La intervención del Estado en el sistema financiero se ha hecho cada vez más fuerte. El presente artículo hace un recuento de la legislación en materia de seguros desde el año 1995 hasta el 2016, concordándolo con algunas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia.*

PALABRAS CLAVE: *Venezuela, Legislación de seguros, Estado Social de Derecho y Justicia, Constitución Económica.*

ABSTRACT: *Venezuelan insurance legislation has changed in the last decades mainly motivated by constitutional changes and the conceptualization of the Social State of Law and Justice. State intervention in the financial system has become increasingly strong. This paper recounts insurance legislation from 1995 to 2016, in line with some decisions of the Supreme Court of Justice.*

KEY WORDS: *Venezuela, insurance legislation, Social State of Law and Justice, economic constituti*

SUMARIO: I. DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999, LA CONCEPCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y JUSTICIA Y LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA.-II. DEL SISTEMA FINANCIERO NACIONAL.- III. LA LEGISLACIÓN DE SEGUROS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y JUSTICIA ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA.- IV. CONCLUSIONES.

I. DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA DE 1999, LA CONCEPCIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y JUSTICIA Y LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA.

Dentro de cualquier Estado, independientemente de su organización política o su sistema económico, la Constitución es el instrumento que organiza no solo la política, el orden social y la estructura jurídica, sino que presenta la organización económica. Así, lo que entendemos como Derecho Constitucional Económico (DCE) se presenta como una rama del derecho que ordena la vida económica del Estado. Dentro de la Constitución Económica (CE) de los países, algunas veces expresamente delimitada otras con normas dispersas dentro del ordenamiento constitucional, se establecen los principios o reglas fundamentales del sistema económico[1].

La intervención del Estado en la economía comienza a verse cuando finaliza la Primera Guerra Mundial. Durante el siglo XX se entretejen con más fuerza la supremacía constitucional con la economía, se presentan los agentes de intervención a la economía y los derechos conectados con ella, todo bajo el manto protector de un nuevo concepto que marcará el desarrollo político hasta nuestros días con el Estado Social[2]. De esta forma, al hablar de la Constitución Económica, se refiere no solo del análisis de la estructura constitucional del fenómeno económico (propiedad, contrato y trabajo) y el sistema diseñado, sino también de las múltiples conexiones entre los lineamientos políticos y económicos[3].

La CE está sujeta a dos principios: Por un lado, al de neutralidad política, que quiere decir que pocas veces podemos deducir del texto constitucional el modelo económico o la orientación político-económica concreta, ya que ésta se encomienda

[1] VALLEJO MEJÍA, J: "La constitución económica", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* núm. 80, 1988, pp. 9-23.
[2] LÓPEZ GARRIDO, D.: "Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica" *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993, pp. 79-96.
[3] BLUME FORTINI, E.: "La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia*", Themis: Revista de Derecho*, núm. 36, 1997, pp. 29-37.

al legislador, quien dará un sentido especifico a los lineamientos de la Ley Fundamental. Este principio, debe ser entendido como clave interpretativa, es decir, según él: i) la Constitución no debe determinar ni prever una garantía a modelo económico alguno, ii) los preceptos constitucionales no deben ser tomados para establecer juicios respecto a los modelos económicos, iii) la orientación político-económica debe estar en manos del poder legislativo, quien se adaptará dentro de las necesidades y circunstancias específicas. No obstante, este principio no debe interpretarse como una ausencia de bases jurídicas sobre las cuales se desarrolle la economía de un Estado, sino que debe establecer las directrices para que el ente legislativo los desarrolle a través de los instrumentos que considere conveniente[4].

El segundo principio es el de subsidiariedad, el cual justifica la intromisión del Estado en el plano económico, está estrechamente relacionado con el Estado de Justicia y busca reforzar la supremacía de las funciones soberanas, a través del cumplimiento efectivo de sus fines esenciales. En este sentido, la intervención estatal debe o debería limitarse a aquellas actividades económicas que el sector privado no puede satisfacer parcial o completamente, caso en el cual, el Estado deberá concurrir como un actor más del mercado en igualdad de condiciones, sometiéndose a los principios de libre competencia[5].

Concretamente en el caso venezolano, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), publicada en la Gaceta Oficial Nº 5.453 Extraordinaria de fecha 24 de Marzo del año 2000, consagra en el Título III, Capítulo VII, los derechos económicos; y dedica el Titulo VI al sistema socio económico, especialmente el Capítulo I de ese apartado al régimen socioeconómico y la función del Estado en la economía.

Es importante destacar que una de las modificaciones más importantes de este cambio constitucional de hace ya casi 20 años fue la concepción de Venezuela como un Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia (Art. 3 CRBV), lo cual, como se verá más adelante, genera una serie de cambios legislativos e interpretaciones judiciales del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) que permiten la intromisión del Estado en la actividad económica de los particulares.

En su exposición de motivos, la CRBV explica que el régimen socioeconómico no se define en forma rígida, aunque se basa en los principios de justicia social, eficiencia, democracia, libre competencia e iniciativa, defensa del ambiente, productividad y solidaridad (Art. 299). Se plantea un "equilibrio entre Estado y mercado en razón de que el problema no es más Estado o menos Estado, sino un mejor Estado y el mercado no es un fin en sí mismo, sino un medio para satisfacer las necesidades colectivas". En este orden de ideas, se establece en sentido amplio y general el principio de neutralidad política de la CE. El principio de subsidiariedad

[4] BADELL, R.: "La constitución económica", *Revista BCV*, núm. 14, 2000, pp. 151-194.
[5] BADELL, R.: "La constitución", cit., pp. 151-194.

se pone de manifiesto cuando en el artículo 302, el Estado se reserva determinadas actividades económicas, particularmente, las relacionadas con el sector minero y de petróleo. En los últimos períodos presidenciales (Presidente Chávez 2007-2012, Presidente Maduro 2013-actualidad), las políticas de gobierno, por razones de orden público, han intervenido en otros importantes sectores económicos, como el de las telecomunicaciones, alimentación, banca y sistema financiero.

El concepto de Estado democrático y social de derecho y justicia ha sido desarrollado por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) a lo largo de distintas sentencias que interconectan dicho concepto con los derechos económicos de la Constitución. Así, por ejemplo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC-TSJ) Nº 85 24 enero de 2002[6], al indicar: "A juicio de esta Sala, el Estado Social debe tutelar a personas o grupos que en relación con otros se encuentran en Estado de debilidad o minusvalía jurídica, a pesar del principio del Estado de Derecho Liberal de la igualdad ante la ley, el cual en la práctica no resuelve nada, ya que situaciones desiguales no pueden tratarse con soluciones iguales. El Estado Social para lograr el equilibrio interviene no solo en el factor trabajo y seguridad social, protegiendo a los asalariados ajenos al poder económico o político, sino que también tutela la salud, la vivienda, la educación y las relaciones económicas, por lo que el sector de la Carta Magna que puede denominarse la Constitución Económica tiene que verse desde una perspectiva esencialmente social".

De igual manera, el máximo tribunal ha indicado que por Estado de Derecho debe entenderse el poder que se ejerce únicamente a través de normas jurídicas, lo que supone que toda la actividad del Estado y de la administración pública debe estar regulada por la Ley. Además, a la concepción del Estado de Derecho, la CRBV, incorpora la idea de Estado Social, que según la jurisprudencia sentada por la SC-TSJ N°85 24 enero 2002, surge ante la desigualdad real existente entre las clases y grupos sociales, lo cual atenta a la igualdad jurídica como derecho constitucional. Es entonces el Estado el instrumento de transformación social, que ha permitido al hombre liberarse de la miseria y la ignorancia. Según OCANDO Y PIRELA[7], la jurisprudencia constitucional del máximo ente plantea un concepto actual de Estado Social de Derecho que persigue la armonía de las clases, evitando que la dominante, por tener el poder económico, político o cultural, abuse y subyugue a otras clases o grupos sociales, impidiéndole el desarrollo y sometiéndolas a la pobreza y a la ignorancia.

El Estado Social de Derecho en la búsqueda de la mejor distribución de las riquezas, acceso a la cultura, manejo lógico de los recursos naturales, entre otros, tiene entonces la opción válida y legal de intervenir la actividad económica, bien

[6] SC-TSJ núm. 85 24 enero 2002. Disponible: http://historico.tsj.gob.ve

[7] OCANDO OCANDO, H./ PIRELA ISARRA, T.: "El Estado social de derecho y de justicia nuevo paradigma del Estado venezolano", *Frónesis*, Vol. 15, núm. 2, 2008, pp. 191-204.

reservándose actividades estratégicas, bien vigilando, inspeccionando y fiscalizando las actividades realizadas por los particulares en áreas específicas, condicionando los derechos económicos al interés social[8].

Así las cosas, la intervención estatal en la actividad económica la justifica la SC-TSJ en sentencia Nº 1.507 5 junio 2003[9], donde estableció que en los casos de emergencia económica y en especial de emergencia financiera, el Estado amplía sus potestades de dirección sobre el sistema financiero, variando de ser el rector que delimita directrices obligatorias de las políticas financieras a las de un interventor y manejador de la actividad. Esto en razón del carácter social que detenta de conformidad al artículo 299 Constitucional, que le faculta para actuar sobre las actividades de la colectividad, asumiendo determinadas tareas conforme al principio de justicia en pro de regular las necesidades colectivas.

Continúa la Sala explicando que la concepción del Estado Social permite que, de acuerdo a los principios delimitados en la Constitución Económica, deje de ser un simple velador del desenvolvimiento de las relaciones económicas, sino que en los casos en que por razones económicas, de justicia social y dentro del marco de un sistema democrático, el Estado participe activa y directamente rectificando aquellas situaciones provenientes de las relaciones entre los agentes económicos que sean perjudiciales tanto para la colectividad, como para aquellos entes que, siendo partícipes de la actividad económica, se encuentren en una situación de debilidad.

Finaliza la Sala indicando que esta acción del Estado de proteger el bienestar general de los efectos de las fuerzas económicas, comprende no solamente implementar un sistema jurídico objetivo y abstracto que garantice el ejercicio de determinadas libertades, sino que implica la asunción de tareas activas. Con estas últimas se refiere la Sala a los entes de control y supervisión de los distintos sectores financieros.

Autores como Morles[10] y Planchart[11] consideran que la intervención del Estado en la actividad económica violenta el artículo 112 de la CRBV, pues esto desincentiva la inversión privada, limita la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria. Sin embargo, la misma SC-TSJ N° 2.641 1 octubre 2003[12] ha indicado que la posibilidad que le da el mismo artículo a los Poderes Públicos de intervenir, mediante Ley está vinculada con el logro de alguno de los objetivos del interés social que en él se mencionan. Así, el reconocimiento de la libertad económica debe conciliarse con otras normas fundamentales que justifican la intervención del Estado

[8] OCANDO OCANDO, H. Y PIRELA ISARRA, T.: "El Estado", cit., pp. 191-204.
[9] SC-TSJ N° 1.507 5 junio 2003. Disponible: http://historico.tsj.gob.ve
[10] MORLES HERNÁNDEZ, A.: *Derecho de Seguros*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2013.
[11] PLANCHART G., "Prólogo", en BAUMEISTER, A. (Dir.): *Estudio sobre derecho de seguros,* Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2003, pp. 17-20.
[12] SC-TSJ N° 2.641 1 octubre 2003 Disponible: http://historico.tsj.gob.ve

en la economía, por cuanto la Constitución venezolana reconoce un sistema de economía social de mercado.

La misma SC-TSJ N° 117 6 febrero 2001[13] ha indicado que "A la luz de todos los principios de ordenación económica contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se patentiza el carácter mixto de la economía venezolana, esto es, un sistema socioeconómico intermedio entre la economía de libre mercado (en el que el Estado funge como simple programador de la economía, dependiendo ésta de la oferta y la demanda de bienes y servicios) y la economía interventora (en la que el Estado interviene activamente como el "empresario mayor")" justificando entonces en las distintas sentencias anteriormente mencionadas la limitación de la libertad económica en atención al interés social.

II. Del Sistema Financiero Nacional.

Como se explicó en las páginas precedentes, los derechos económicos y sociales establecidos en la CRBV, se orientan a la protección del débil jurídico (trabajador, consumidor/usuario, arrendatario, cuentahabiente, asegurado), la norma suprema presenta al Estado como un regulador de la economía para asegurar el desarrollo humano integral, defender el ambiente, promover la creación de valor agregado nacional y fuentes de trabajo en la búsqueda de la justa distribución de la riqueza; y así lo ha desarrollado tanto el poder legislativo en su actividad como el poder ejecutivo en ejercicio de las leyes habilitantes que delegaron en éste la facultad de establecer las directrices, propósitos y marco en materias determinadas a través de decretos ejecutivos con rango, valor y fuerza de ley como ocurrió en los períodos 1999, 2000-2001, 2007-2008, 2010-2012 y 2013-2014 al presidente Chávez y en el año 2015 al presidente Maduro.

Bajo esta premisa, el Estado ha dictado una serie de leyes e instrumentos infra legales que regulan el sistema financiero en general y la actividad aseguradora en particular, la cual estaba amparada, inicialmente, en el Código de Comercio publicado en Gaceta de la República de Venezuela N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955.

En relación al Sistema Financiero Venezolano, en el año 1999 se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Marco que regula el Sistema Financiero Público del Estado Venezolano, publicado en la Gaceta Oficial de Venezuela Nº 5.396 Extraordinario, de fecha 25 de octubre de 1999, que posteriormente fuera derogado en el año 2010, por la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional (LOSFN), publicada en Gaceta Oficial Nº 39.447 del 16 de Junio de ese año y reimpresa por

[13] SC-TSJ N° 117 6 febrero 2001. Disponible: http://historico.tsj.gob.ve

error material en Gaceta Oficial Nº 39.578 del 21 de diciembre de ese mismo año[14].

El objeto de la LOSFN es regular, supervisar, controlar y coordinar el Sistema Financiero Nacional (SFN), a fin de garantizar el uso e inversión de sus recursos hacia el interés público y desarrollo económico y social, en el marco de la creación real de un Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia (Art. 1 LOSFN).

El SFN está conformado por instituciones financieras públicas, privadas, comunales o bajo cualquier otra forma de organización que opere en el sector bancario, asegurador, mercado de valores o cualquier otro sector o grupo de instituciones financieras, que a juicio del Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN), deban formar parte del sistema, así como los usuarios (personas naturales o jurídicas) de las instituciones que lo conforman (Art. 5 LOSFN). Estas instituciones financieras son entidades o formas de organización colectiva o individual, pública, privada o mixta que realicen actividades de intermediación, capten recursos del público para obtener fondos para luego ser utilizados en operaciones de crédito e inversión financiera. Se incluyen, además, las instituciones financieras de carácter comunitario y las personas (naturales o jurídicas) que presten servicios financieros o servicios auxiliares del sistema (Art. 6 LOSFN).

Específicamente para el caso que nos ocupa, la LOSFN considera que el sector asegurador está integrado por las empresas que mediante el cobro de una prima se obligan a indemnizar el daño producido al usuario, satisfacerle un capital, una renta u otras prestaciones convenidas y permitidas por la ley, las empresas que toman a su cargo, total o parcialmente un riesgo ya cubierto por otras, sin alterar lo convenido inicialmente entre la aseguradora y el usuario (Art. 9 LOSFN). Estas empresas tienen una prohibición expresa contenida en el artículo 7 de la Ley in comento de conformar grupos financieros entre sí o con empresa de otros sectores o asociados a grupos financieros internacionales, lo cual para algunos autores[15] representa un desconocimiento por parte del Estado de la dinámica del sistema financiero en general y del asegurador en particular. Esta Ley marco establece que los entes de regulación, supervisión y control de cada uno de los sectores que integran el SFN buscarán desarrollar las actividades, normas y procedimientos que persigan concretar los planes de desarrollo económico y social de la nación (Art. 12 LOSFN).

El Título IV de la Ley profundiza sobre el sector asegurador. En este sentido, el Artículo 22 establece que "el sector asegurador promoverá el desarrollo de su actividad en función de elevar el nivel de vida de la población, asignará eficientemente los recursos, administrará los riesgos y movilizará los ahorros de largo plazo sobre una sana base financiera y en atención a fortalecer el desarrollo económico del país." Consideramos que esta disposición refuerza lo indicado en las páginas precedentes al procurar cumplir con la Constitución en sus artículos 2 y 3,

[14] Vigente al momento de la redacción de este artículo.
[15] v. MORLES HERNÁNDEZ, A.: *Derecho de Seguros*, cit.

relacionados con la designación de Venezuela como un Estado Democrático y Social de Derecho y Justicia, que propugna como valores superiores, entre otros, la justicia, igualdad, solidaridad y responsabilidad social y establece entre sus fines la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo. Finaliza el Titulo IV con algunas obligaciones del ente de regulación y obligaciones genéricas para los entes que conforman el sector asegurador.

El TSJ, en aplicación del artículo 203 de la CRBV, se pronunció sobre la constitucionalidad y el carácter orgánico de la LOSFN en la SC-TSJ N° 354 10 mayo 2010[16], y al respecto indicó que:

"En el presente caso, la Ley sometida al control previo de esta Sala tiene como objeto la regulación, supervisión, control y coordinación del Sistema Financiero Nacional, conformado por el conjunto de instituciones financieras públicas, privadas, comunales o que opere bajo otra forma jurídica en el sector bancario, asegurador, el mercado de valores o cualquier otro sector conexo o afín a tales actividades, con el propósito de garantizar el uso e inversión de sus recursos hacia el interés público y el desarrollo económico y social, en el marco de creación real de un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia (artículo 1 LOSFN).

Para tornar operativos los preceptos de dicha Ley, el legislador creó en su texto una estructura orgánica compleja, regida por disposiciones de Derecho Público, que cumplirá con aquellas actividades de regulación, control, supervisión y coordinación del Sistema Financiero Nacional, cual es el Órgano Superior del Sistema Financiero Nacional (OSFIN). Asimismo, estableció su marco de competencias y, correlativamente, fijó las obligaciones que deberán cumplir las personas e instituciones pertenecientes al sector bancario, asegurador, de mercado de valores y otros que podrán pertenecer al Sistema Financiero Nacional. Finalmente, el legislador consagró el régimen sancionatorio en la materia y fijó los mecanismos procedimentales para determinar la comisión de infracciones a la Ley y sus respectivas sanciones.

Lo anterior no sólo es un desarrollo legislativo basado en los principios que recoge el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sino que también se halla ínsito en los principios que fundamentan el régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela, enunciados en el artículo 299 del mismo Texto Fundamental."

De lo anterior se desprende entonces que la LOSFN cumplió con todos los requisitos formales de creación de ley y su denominación como orgánica. Sin embargo, en este punto vale la pena acotar que cronológicamente, la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional es posterior a una serie de reformas a la legislación

[16] SC-TSJ N° 354 10 mayo 2010. Disponible: http://historico.tsj.gob.ve

sobre seguros (que estudiaremos en siguiente apartado).

III. La legislación de seguros desde el punto de vista del Estado social de derecho y justicia establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El sector asegurador ha sido considerado tradicionalmente como el fuerte jurídico, frente al cual los asegurados se encuentran en estado de indefensión, donde deben suscribir contratos de adhesión no negociables[17]. Esta concepción es la que genera que dentro del proceso de transformación política venezolana que inició el año 1999 con la nueva constitución se tomen medidas en la creación de nuevas leyes que efectivamente protejan al débil jurídico frente a los grandes grupos financieros.

En las dos últimas décadas (incluso antes del cambio constitucional de 1999), la legislación de seguros ha sido objeto de múltiples reformas. Durante la crisis financiera de los años 1994-1995, se registró la quiebra de 17 instituciones, lo que dejó en un estado precario la economía nacional. Muchos ahorristas perdieron sus ahorros y los asegurados por las empresas filiales de los grandes grupos financieros quedaron desprotegidos[18]. Esto llevó a que el Congreso de la República, bajo el mandato del Presidente Caldera dictara la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, publicada en Gaceta Extraordinaria Nº 4.865 del 8 de marzo de 1995. Esta ley tenía como objeto establecer los principios y mecanismos mediante los cuales el Estado regulaba las actividades aseguradora, reaseguradora y conexas en beneficio de los contratantes, asegurados y beneficiarios de los seguros mercantiles. La Ley desarrolló lo relativo a la Superintendencia de Seguros (competencia, funciones, requisitos para ser superintendente, sus deberes y atribuciones, organización interna, financiamiento, etc.), lo relacionado con las autorizaciones y requisitos para funcionar como empresa de seguros o reaseguros (sólo bajo los tipos mercantiles de Compañías Anónimas o Sociedades de Responsabilidad Limitada), lo relacionado con la constitución y funcionamiento de sociedades de corretaje de seguros o reaseguros; las garantías que debían enterarse al Banco Central de Venezuela. Una ley de carácter más bien técnico donde se establecen los parámetros de funcionamiento de las empresas de seguros y reaseguros, pero no muestra una activa protección al asegurado.

Bajo el mismo período presidencial, el entonces presidente dicta el Reglamento General de Empresas de Seguros y Reaseguros, publicado en la Gaceta Oficial Nº

[17] Ver Exposición de Motivos del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 6.220 Extraordinaria del 15 de marzo de 2016.

[18] VERA L./ GONZÁLEZ R.: *Quiebras bancarias y crisis financieras en Venezuela: una perspectiva macroeconómica*. Banco Central de Venezuela. Caracas, 1999, Disponible en http://www.bcv.org.ve

5.339 Extraordinaria del 27 de abril de 1999. Este instrumento infralegal desarrolla la ley en términos similares, incluyendo algunas notificaciones y previsiones que deben hacerse a favor los asegurados en los casos de cesión de cartera, revocación de la autorización, disolución o liquidación de las empresas de seguros o reaseguros.

En estos dos instrumentos se le da a la Superintendencia de Seguros un rol dentro de la actividad como ente fiscalizador y regulador. Esta figura tiene presencia dentro de la legislación venezolana inicialmente como Fiscalía de Seguros en el año 1935, y posteriormente, creándose como servicio autónomo con el nombre de Superintendencia de Seguros en 1958[19]

En el período 2000-2001, se publica en la Gaceta Oficial 37.077 del 14 de noviembre de 2000 la Ley Habilitante que autoriza al Presidente de la República para que, en Consejo de Ministros, dicte decretos con fuerza de Ley, de acuerdo con las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan, de conformidad con el tercer aparte del artículo 203 y el numeral 8 del artículo 236 de la CRBV.

Entre las habilitaciones que recibió en esa oportunidad el Presidente Chávez, estuvo, la de "dictar medidas que regulen la actividad aseguradora con la finalidad de conferir al organismo de control los medios adecuados para el ejercicio de sus funciones; llenar los vacíos normativos en materia de supervisión contable, forma de reposición de capital y asunción de pérdidas de capital, adecuación de capitales mínimos, previsión de sanciones aplicables, establecimiento de responsabilidades de los administradores de las empresas de seguros y reaseguros y sus accionistas, modificación de las garantías previstas y la forma en que deben ser presentadas las reservas. Se establecerá un régimen de fusión de las empresas de seguro y se redimensionará el mercado asegurador con el fortalecimiento institucional del sector."

Así, la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros es derogada, bajo la Ley Habilitante del 2000-2001, por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley por la cual se dicta la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.553 Extraordinaria, reimpresa por error material en Gaceta Oficial Nº 5.561 Extraordinaria del 28 de noviembre de 2001. La exposición de motivos de este Decreto Ley ya mostraba los principios constitucionales de protección al débil jurídico, el rol del Estado Social del Derecho y Justicia y la interpretación y conceptualización que comenzaba a darse por parte del TSJ en los albores de la nueva constitución.

Una de las premisas fundamentales para la promulgación del Decreto Ley (DL) fue dotar al órgano de control de mecanismos para una supervisión preventiva, que garantizara el cumplimiento de los derechos del asegurado y redefinir el marco

[19] Nota de prensa tomada de la página web de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora: http://www.sudeaseg.gob.ve/ 10 de diciembre de 2016. 5:20 am.

jurídico de los sujetos que participan de la actividad aseguradora. El DL define la actividad aseguradora, amplía los sujetos que están regidos por él, no solo limitándolo a las empresas aseguradoras y reaseguradoras, sino a los agentes, corredores, sociedades de corretaje, oficinas de representación y sucursales de seguros o reaseguros extranjeros, peritos avaluadores, inspectores de riesgo y cualquier persona natural o jurídica que se dedique al financiamiento de la actividad aseguradora. Protege la libre competencia en la actividad, con lo cual considera que se perfecciona el funcionamiento del mercado asegurador.

De manera explícita se amplían las funciones de la Superintendencia de Seguros a la intervención, regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización en forma consolidada, de cada una de las empresas que conforman el sector así como de los grupos económicos que puedan conformarse en el ramo asegurador, aun cuando sus miembros no estén en el país. Se amplían considerablemente tanto en número como en funciones las facultades de la superintendencia, llegando incluso a intervenir en la soberanía de la Sociedad Anónima (art. 10), ya que solo este tipo societario se puede establecer como empresa del ramo. Este DL estipula de forma mas completa que la ley anterior la organización de la Superintendencia de Seguros.

Este instrumento además de presentar un aumento significativo en su articulado, muestra una mayor protección para los usuarios del seguros, despliega una protección específica e instituye unos derechos concretos para el tomador, el asegurado y el beneficiario, además estos derechos no son solo en relación con aquella parte de la población que puede adquirir un seguro comercial, sino que obliga a la contratación de seguros solidarios, los cuales estarían destinados a personas naturales con ingresos inferiores de dos salarios mínimos y a asegurar a los microempresarios, en definitiva, presenta inclusión de artículos relacionados con el bienestar colectivo.

Por último, vale la pena mencionar que el Decreto Ley presenta un Título completo sobre ilícitos administrativos aplicados por la Superintendencia e ilícitos penales que no solo van para los administradores, gerentes o personas que tengan algún tipo de jerarquía dentro de la empresa aseguradora sino también para el inspector de riesgos, el médico que de falsa certificación de salud, talleres mecánicos o proveedor de bienes por cuenta de la empresa que cobren precios superiores a los que usualmente se cobra a otros consumidores, entre otras. Este Decreto Ley tuvo una suspensión temporal de sus efectos erga omnes por la Sentencia de la SC-TSJ 1.911 13 agosto 2002[20], y fue derogado por la Ley de la Actividad Aseguradora de 2010.

Bajo la misma Ley Habilitante, se publica en Gaceta Oficial Nª 5.533 del 12 de noviembre de 2001 el Decreto con Fuerza de Ley del Contrato de Seguros. La exposición de motivos fundamenta que no puede regularse la actividad aseguradora

[20] SC-TSJ 1.911 13 agosto 2002. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve

sin establecer disposiciones que precisen el fundamento mismo de la actividad; que lo relativo a contrato de seguros era regulado, hasta ese momento por el Código de Comercio, que no consagraba ninguna garantía para el tomador del seguro, débil jurídico en la mayoría de los casos y que con una nueva normativa, se puede recoger tendencias en materia del contrato de seguros, que incluyan el carácter imperativo de las disposiciones. Continúa la exposición de motivos explicando que el contrato de seguros sigue siendo de naturaleza mercantil, bilateral, oneroso, aleatorio, de buena fe, de ejecución sucesiva y consensual. A nuestro juicio, se trataba de una ley de carácter técnico jurídico que vino a esclarecer las condiciones relacionadas con el contrato de seguro, permitiendo, una vez más, la incorporación de los principios de protección al débil jurídico que se desarrollan bajo el Estado Social de Derecho. Este Decreto Ley fue derogado por la Ley de la Actividad Aseguradora del 2015.

Algunos autores[21] consideran que el Decreto Ley del Contrato de Seguros tiene vicios de inconstitucionalidad, por haber sido dictado fuera de las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegaron, por cuanto la habilitación dada al entonces presidente de la república era sobre la reglamentación de la actividad aseguradora de empresas comerciales y sus relaciones con un organismo del Estado y éste; otros autores[22] van más allá e indican que todo el conjunto de Decretos Legislativos, incluidos el Decreto Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros y el Decreto Ley del Contrato de Seguros tienen vicios de inconstitucionalidad provenientes de la Ley Habilitante en sí misma y cada uno de ellos, porque además de la razón anterior, estos no se sometieron a consulta pública antes de su emisión y/o porque no cumplieron con la obligación impuesta por la Constitución y la misma Ley Habilitante de informar a la Comisión Especial de la Asamblea Nacional con por lo menos 10 días de anticipación a la publicación en Gaceta Oficial.

Posterior a estos dos Decretos Leyes, se da una nueva normativa en el sector asegurador, se publica en Gaceta Oficial Nº 5.990 Extraordinario del 29 de Julio de 2010 la Ley de Actividad Aseguradora (LAA2010), reimpresa por error material en la Gaceta Oficial Nº 39.481 del 5 de agosto del mismo año. LAA2010. Esta ley es contemporánea a la LOSFN, por lo que puede observarse la complementariedad entre una y la otra. Tiene por objeto establecer el marco normativo para el control, vigilancia, supervisión, autorización, regulación y funcionamiento de la actividad aseguradora, a fin de garantizar los procesos de transformación socioeconómica que promueve el Estado. Imprime, desde su primer artículo el carácter protector del interés general, de los derechos de los tomadores, asegurados y beneficiarios de los contratos de seguros, reaseguros, contratantes de medicina prepagada, asociados de las cooperativas que realicen la actividad aseguradora, entendiendo como ésta a la relación y operación relativa al contrato de seguro y reaseguro y las demás

[21] Como MORLES HERNÁNDEZ, A.: *Derecho de Seguros*, cit.; y PLANCHART G., "Prólogo", cit. pp. 17-20.

[22] BREWER-CARIAS, A. "Régimen constitucional de la delegación legislativa e inconstitucionalidad de los decretos habilitados dictados en 2001". Disponible en: http://www.allanbrewercarias.com

actividades conexas, como la intermediación, la inspección de riesgos, peritaje avaluador, medicina prepagada, fianzas y financiamiento de primas, entre otros.

La protección al débil la estipula por la participación popular en la actividad aseguradora, a través de asociaciones, organizaciones de participación popular u organizaciones comunitarias, para contribuir con la defensa de sus derechos e intereses en la materia aseguradora y conforme a lo establecido en la Ley para la Defensa de las Personas en el acceso a los bienes y servicios. La LAA2010 tiene todo un Capítulo (XI) sobre la protección del tomador, asegurado, beneficiario y contratante; el artículo 129 tiene entre sus numerales el derecho a la protección de los intereses económicos de los tomadores, asegurados, beneficiarios y contratantes en el reconocimiento de su condición de débil jurídico de la actividad aseguradora, y tiene el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que le hayan podido ser causados en dicha condición.

Las empresas aseguradoras y reaseguradoras deben mantener la forma de Compañía Anónima, sin embargo, la Superintendencia de la Actividad Aseguradora podrá otorgar autorización a asociaciones cooperativas u organismos de integración para realizar operaciones de seguro y/o medicina prepagada en beneficio de sus asociados, siempre previo cumplimento de los requisitos que contiene la ley que regule las asociaciones cooperativas, la LAA2010 y su reglamento. Las empresas del Estado pueden ser autorizadas para funcionar como empresas de seguros y reaseguros y quedarán exceptuadas del cumplimiento de los requisitos de promoción, composición accionaria, garantía a la nación y declaración de origen de los recursos económicos para la constitución de la sociedad mercantil.

Esta LAA2010 mantiene la estructura del Decreto Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros de 2001, aunque profundiza la protección al asegurado, contratantes y beneficiarios del seguro. Está redactado para concordar con lo estipulado en la LOSFN. Con cada cambio legislativo se afianza la interpretación del Estado Social de Derecho y Justicia que el TSJ.

La reforma más reciente de las leyes que regulan el sector asegurador es el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora publicada en Gaceta Oficial Nº 6.220 Extraordinario del 15 de marzo de 2016, que forma parte de la segunda Ley Habilitante que el Legislativo le aprobó al Presidente Nicolás Maduro en su período presidencial.

Esta Ley Habilitante publicada en la Gaceta Oficial Nº 6.178 Extraordinario del 15 de marzo de 2015, explica en su exposición de motivos que por razones de injerencia extranjera en la búsqueda por perturbar el orden interno se hacía urgente aprobar una Ley Habilitante que facultara al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango, Valor y Fuerza de Ley en materia económica, financiera,

energética e industrial; de seguridad, soberanía y defensa de la República; de justicia y paz y para la integración regional y relaciones internacionales.

Bajo tal premisa, se habilitó a la cabeza del Ejecutivo Nacional para que legislara para "reforzar la garantía del ejercicio de los principios constitucionales de soberanía y autodeterminación de los pueblos; protección contra la injerencia de otros estados en asuntos internos de la República, acciones belicistas, o cualquier actividad externa o interna, que pretenda violentar la paz, la tranquilidad pública y el funcionamiento de las instituciones democráticas, por un mundo más seguro".

Amparado en esta condición, el Ejecutivo dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de la Actividad Aseguradora (LAA2016). Desde su exposición de motivos se puede observar claramente que el espíritu y propósito de la Ley se dirigirá hacia una democratización de la actividad aseguradora, hacia el resguardo del débil jurídico y la profundización del concepto de Estado Social de Derecho y con una clara exposición a la tendencia política del partido de gobierno, hacia el Socialismo Bolivariano del siglo XXI y el plan de gobierno (llamado Plan de la Patria 2013-2019). Para el legislador accidental, la actividad aseguradora históricamente ha estado al margen de las políticas de cualquier gobierno, siendo un sector que genera buenos niveles de rentabilidad a cambio de poca inversión. Indica que casi el 3,13% del PIB de Venezuela lo representa el sector, ubicándose el país como uno de los mayores consumidores de prima per cápita en América Latina. Por último, indica la exposición de motivos que se busca que las medidas tomadas en relación con la actividad aseguradora permitan hacer definitiva la transición al Sistema Público Nacional de Salud establecido como derecho social fundamental en la CRBV.

La estructura de la LAA2016 amplía las facultades de la Superintendencia de la Actividad Aseguradora (SUDEASEG), la base de cálculo para la contribución especial que deben dar los sujetos regulados para el funcionamiento de la misma, así como de la garantía a la nación que deben mantener los sujetos en el BCV.

Entre las innovaciones de la LAA2016 está la figura del defensor del asegurado, quien deberá velar porque los usuarios tengan respuesta oportuna por parte de los sujetos regulados por el Decreto Ley, así como un aporte obligatorio de los mismos al Sistema Público Nacional de Salud y otro a un fondo para la investigación y desarrollo de la actividad aseguradora.

La LAA2016 deroga el Decreto Ley de Contrato de Seguros, y establece un plazo de ciento ochenta días para que la SUDEASEG dicte nuevas normas del contrato de seguro y otros contratos y relaciones de la actividad aseguradora, tarea que cumplió con la publicación en Gaceta Oficial Nº 40.973 del 24 de agosto de 2016 de la Providencia mediante la cual se dictan las normas que regulan la relación contractual

en la actividad aseguradora. Este cambio a establecer la regulación del contrato de seguros a través de normas infralegales parece un acierto, toda vez que la dinámica de la actividad aseguradora puede requerir de modificaciones sucesivas, lo que se hace más viable por medio de providencias administrativas que por leyes formales.

IV. CONCLUSIONES.

Como puede observarse entonces, la protección a los particulares en la actividad aseguradora no es nueva, sin embargo, se ha fortalecido en los últimos años bajo la concepción del Estado Social de Derecho y Justicia, y es que éste, en la búsqueda por la creación y justa distribución de la riqueza no puede permitir que los particulares atropellen a los demás. Es su deber ordenar la actividad económica mediante el otorgamiento de concesiones y autorizaciones de actuación en áreas determinadas, donde los particulares puedan crear riqueza propia pero sin que sea en detrimento de quienes entran en contacto con las actividades indicadas[23].

En Venezuela, la intervención del Estado en la economía puede verse como una forma en la cual cumple sus fines, por ejemplo, al democratizar el acceso al crédito, la bancarización tanto a la población como a las pymes y micropymes, y la democratización del sector asegurador, cumpliendo así con lo establecido en establecido en el artículo 112 CRBV in fine "promoviendo así la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza", todo lo cual supone resultados positivos como el de estimular el desarrollo económico [ABLAN BORTONE, N: "El Estado como Banquero", *Diario Frontera,* 8 de Abril de 2002, Cuerpo C, p. 5, Disponible: http://www.saber.ula.ve].

La intervención del Estado en la economía al restringir la libertad de empresa establecida en el artículo que se comenta, el cual dispone que las leyes podrán establecer limitaciones por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social, en definitiva, por razones de orden públicos debería, en un Estado de Derecho ser interpretado de manera restrictiva. Sin embargo, en un Estado Social de Derecho de acuerdo a las interpretaciones jurisprudenciales revisadas en este artículo se equiparan más al "El orden público, entendido como "conjunto orgánico de principios y valores ordenadores de una institución jurídica dada y, en definitiva, de un íntegro sistema de derecho positivo", principio abstracto que permite anular un acto sin apoyo de ningún texto concreto del ordenamiento positivo que lo prescriba –según lo ha decidido la Casación Venezolana– es, además, la base racional en que se apoya la legislación protectora de los débiles jurídicos (trabajadores, arrendatarios, clientes de los bancos, asegurados, viajeros, inversionistas, consumidores) y el pretexto que invoca la Administración Pública para desarrollar sus competencias de regulación y control sobre ciertas actividades empresariales (la banca, los seguros, la bolsa, el transporte, la

[23] Como el caso de la actividad aseguradora, v. OCANDO OCANDO, H./ PIRELA ISARRA, T.: "El Estado", cit., pp. 191-204.

producción, distribución y consumos de bienes)" [MORLES HERNÁNDEZ, A.: *Derecho de Seguros*, cit. p. 34.]

La legislación en relación a la actividad aseguradora ha cambiado, se ha fortalecido a favor del débil jurídico en las últimas décadas. No puede pretenderse que la normativa de una institución de naturaleza mercantil se mantenga sin cambios frente a una reestructuración ideológica-política de un país. Sin embargo, a juicio de quien escribe, de ser una legislación proteccionista ha ido avanzando a ser una intervencionista, lo cual podría comprometer el sector y producir una reducción en esa misma producción de PIB que señala el legislador accidental para profundizar en su función fiscalizadora.

BIBLIOGRAFÍA

ABLAN BORTONE, N.: "El Estado como Banquero", *Diario Frontera,* 8 de Abril de 2002, Cuerpo C, p. 5. Disponible: http://www.saber.ula.ve

BADELL, R.: "La constitución económica", *Revista BCV,* año 2000, núm. 14, pp. 151-194.

BLUME FORTINI, E.: "La Constitución económica peruana y el derecho de la competencia*", Themis: Revista de Derecho*, año 1997, núm. 36, pp. 29-37.

BREWER-CARIAS, A.: "Régimen constitucional de la delegación legislativa e inconstitucionalidad de los decretos habilitados dictados en 2001". Disponible en: http://www.allanbrewercarias.com

LÓPEZ GARRIDO, D.: "Apuntes para un estudio sobre la Constitución Económica" *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, 1993, pp. 79-96.

MORLES HERNÁNDEZ, A.: *Derecho de Seguros*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2013.

OCANDO OCANDO, H. Y PIRELA ISARRA, T.: "El Estado social de derecho y de justicia nuevo paradigma del Estado venezolano", *Frónesis*, Vol. 15, núm. 2, 2008, pp. 191-204.

PLANCHART G.: "Prólogo", en BAUMEISTER, A. (Dir.): *Estudio sobre derecho de seguros,* Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, pp. 17-20.

VALLEJO MEJÍA, J: "La constitución económica", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* núm. 80, 1988, pp. 9-23

VERA L./ GONZÁLEZ R.: *Quiebras bancarias y crisis financieras en Venezuela: una perspectiva macroeconómica*, BCV, Caracas, 1999, Disponible en http://www.bcv.org.ve